

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS (PARIS 2)

INSTITUT DE DROIT COMPARE



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

ETUDE COMPAREE DU STYLE DES DECISIONS DE JUSTICE :

**COUR DE CASSATION FRANCAISE – COUR SUPREME DU
ROYAUME UNI – TRIBUNAL FEDERAL SUISSE**

Mémoire présenté et soutenu par ROMARIC NELSON GOUN

SOUS LA DIRECTION DE MADAME LE PROFESSEUR MARIE GORE

« L'humilité est le chemin qui conduit à la vérité »

Saint Bernard de Clairveaux, *Traité sur l'humilité et l'orgueil*,
Tome 1

« L'âme de l'homme est une vigne ; l'âme, pour produire
des fruits de vertu, a besoin d'une culture attentive et
continue, comme la vigne pour produire des fruits
délicieux. »

Saint Antoine de Padoue

« Il faut rappeler l'importance des mots pour nous, juristes. Si le chiffre est l'instrument du comptable, le symbole celui du chimiste, la ligne celui du dessinateur, la couleur celui du peintre, la note celui du musicien, le mot, la phrase, la ponctuation sont nos instruments et pas plus qu'il n'est de bonne pratique dans les disciplines sus-évoquées, l'à peu près ne peut être utile dans l'art du juriste, bien souvent plus artisan qu'artiste. Il faut, donc, avoir le souci, le culte du mot juste ... »

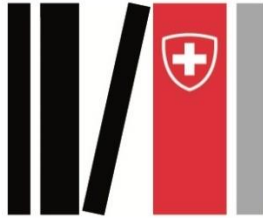
Jean Marc Mousseron, *Technique contractuelle*, Editions FRANCIS
LEFEBVRE, 2017, 5^{ème} édition, p .431, n°1351

« Je ne promets rien de complet, parce que toute chose humaine supposée
complète est, pour cette raison même, pleine d'erreurs »

Herman Melville, Moby Dick Gallimard 1941
(Livre de poche n° 1404-1407-1408, pages 181 et 182).

AVERTISSEMENT

L'université Panthéon-Assas (Paris 2) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.



Institut suisse de droit comparé
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
Istituto svizzero di diritto comparato
Swiss Institute of Comparative Law



Séjour de recherche à l'Institut Suisse de droit comparé (Lausanne) et à l'Université de Genève.

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude, en premier, à Madame le Professeur Marie GORE pour avoir accepté de diriger ce mémoire. Et de m'avoir encouragé à choisir ce thème.

Je remercie, en second lieu, ma famille (mes parents) pour leur soutien tant moral que financier. Je leur exprime ma profonde reconnaissance pour le goût du travail et du courage qu'ils ont toujours su m'enseigner. Ce travail est un fruit de leur éducation.

J'adresse, ensuite, un sincère remerciement à M. Dimitri DONZE qui m'a beaucoup aidé, dans les recherches, lors de mon séjour à l'Université de Genève ; Je dis, également, merci au personnel de l'Institut Suisse de droit comparé (ISDC) de Lausanne pour leur accueil chaleureux. L'autorisation accordée, d'effectuer mes recherches, en dehors des heures d'accès, fut d'une grande aide.

J'utilise ces derniers mots pour remercier, enfin, toutes ces personnes et amis qui ont lu ce mémoire et ont su me corriger avec humilité. Merci à la Communauté du Chemin Neuf pour l'encadrement spirituel.

SOMMAIRE

AVERTISSEMENT	4
REMERCIEMENTS	7
SOMMAIRE	8
RESUME	9
ABREVIATIONS.....	10
OBSERVATIONS GENERALES.....	12
INTRODUCTION	16
PREMIERE PARTIE : LA CONSTRUCTION « DES STYLES JUDICIAIRES »	32
CHAPITRE 1 : LES ELEMENTS DECISIFS DANS LA CONSTRUCTION DES STYLES JUDICIAIRES.....	32
SECTION 1: Les fondements historiques	32
SECTION 2 : Le juge.....	39
SECTION 3 : Formation des juges et accession à la fonction de juge.....	45
CHAPITRE 2 : L'ELABORATION DES DECISIONS DE JUSTICE.....	51
SECTION 1 : La formation de jugement.....	51
SECTION 2 : Le délibéré	60
SECONDE PARTIE : LA COMPOSITION DES « STYLES JUDICIAIRES ».....	69
CHAPITRE 1 : LA STRUCTURE DES DECISIONS DE JUSTICE.....	69
SECTION 1 : L'en-tête	69
SECTION 2 : Le corps de la décision.....	72
SECTION 3 : La fin de la décision	84
CHAPITRE 2 : LA TECHNIQUE REDACTIONNELLE DES DECISIONS.....	89
SECTION 1 : Les méthodes des juges.....	89
SECTION 2 : Le « <i>logos</i> » judiciaire	113
CONCLUSION	130
ANNEXES.....	132
BIBLIOGRAPHIE.....	135
TABLE DES MATIERES	148

RESUME

L'objet de ce mémoire est de questionner le style des décisions de trois (3) juridictions : La Cour de cassation française, la Cour suprême du Royaume-Uni et le Tribunal fédéral suisse. Appréhender les styles judiciaires, sous un angle comparatiste, permettra de connaître, de comprendre et de faire ressortir les différences de structure et de rédaction des décisions. Ces éléments concernent l'exposé des faits, les terminologies employées, le vocabulaire judiciaire, les méthodes d'interprétation et de raisonnement des juges, l'insertion des données juridiques (jurisprudence, doctrine ...) dans leur décision, l'utilisation du principe de proportionnalité, la motivation ...

Pour ce faire, on s'intéressera, d'abord, aux éléments qui ont servi (et qui servent) de fondement à la construction de ces styles judiciaires à savoir l'histoire, la place qu'occupe le juge dans ces systèmes, la formation des juges, l'accession à la fonction de juge, la composition des formations de jugement, le délibéré. En d'autres termes, les éléments qui précèdent la phase de rédaction et qui jouent sur le style de rédaction. Puis, dans un second temps, c'est le style proprement dit qu'on interrogera. On verra comment ces styles sont composés tant par leur forme (l'en-tête, le corps de la décision ...) et que par leur contenu (la sémantique, le discours judiciaire, les méthodes des juges ...).

L'étude de tous ces éléments nous permettra de répondre à plusieurs questions : Qu'est-ce qui explique la différence de ces trois (3) styles judiciaires ? Comment ces (trois) juridictions forment-elles leur style ? Pourquoi les forment-elles ainsi ? Comment conçoivent-elles la fonction de juger ? Et qu'est-ce qu'un bon jugement ?

ABREVIATIONS

AC	Appeal Cases
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
al.	Alinéa
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Bd	Band
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
c.	contre
Cass. Civ.	(chambre civile de la cour de cassation)
CC	Code civil suisse du 10.02.1997
C. civ.	Code civil
CCst	Commentaire de la constitution fédérale helvétique
Cf	<i>Confer</i>
CLR	Cambridge Law Review
C. Org. Jud	Code de l'organisation judiciaire
CPC	Code de procédure civile
C. pr. Civ.	Code de procédure civile
Cst. féd	Constitution fédérale sur 18.4.1999
CRA	Constitutionnal Reform Act 2005
D.	Recueil Dalloz
DFJP	Département fédéral de justice et de police
doctr.	doctrine
éd.	édition
ég.	également
FF	Feuille Fédérale
HRA	Human Right Act 1998
ibidem	dans le même endroit cité
JT	Journal des tribunaux
LTF	Loi fédérale du 17.06.2005 sur le Tribunal fédéral
LQR	The Law Quaterly Review
n°	numéro
ndp	note de fin de page
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16.12.1943
<i>op. cit</i>	<i>opere citato</i>
Ord. 1958	Ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature
p.	page
RDS	Revue de droit Suisse
Rev. dr. Int. et comp.	Revue de droit international et de droit comparé
RIDC	Revue internationale de droit comparé

RTF
Rev. Trim. dr. civ.

Règlement du tribunal fédéral
Revue trimestrielle de droit civil

SDER

Service de documentation, des études et du rapport de la
Cour de cassation

ss.
vol.

suyants (es)
volume

OBSERVATIONS GENERALES

Il s'agit ici de préciser les éléments qui permettront la compréhension du présent mémoire. Ces éléments concernent la source des décisions (1), le système de numérotation des décisions ainsi que leur explication (2).

1. Source des décisions :

France : La cour de cassation française rend des arrêts de rejet et des arrêts de cassation. Pour ces derniers, la cassation peut être totale ou partielle. Toujours est-il que lorsque ces arrêts sont rendus, ils sont marqués d'initiales. Et ces initiales concernent tant la formation de la chambre de la cour de cassation ayant rendu l'arrêt que la diffusion, la publication ou non des arrêts. Et ce, qu'il soit mis sur support papier ou en ligne. Ainsi, la cour de cassation française utilise les initiales : **F** : formation restreinte, **FS** : formation de section, **FP** : formation plénière, **P** : publication au *Bulletin des arrêts de la cour de cassation*¹, **B** : publication au *Bulletin d'information de la Cour de cassation*², **R** : Rapport annuel de la Cour de cassation, **I** : mise en ligne sur le site internet de la cour de cassation (<https://www.courdecassation.fr/>), **D** : arrêt inédit³. Ces initiales sont utilisées non seulement pour savoir si les arrêts sont publiés et/ou en version numérique mais aussi aux fins de les hiérarchiser. Par exemple, il est possible de voir sous un arrêt FP – P + B + R + I. Cet indice signifie alors que l'arrêt (en question) a été rendu par la formation plénière (FP) de la cour de la cassation (à ne pas confondre avec l'Assemblée plénière). Elle figure au Bulletin des arrêts (P) de la cour, au Bulletin d'information (B) de la cour. Aussi, qu'il (l'arrêt) figure dans le Rapport annuel de la cour (R) et qu'il a été mis en ligne sur le site de la cour de cassation (I).

Il est donc possible de voir des arrêts qui sont à la fois en version papier et numérique, ou en uniquement en version numérique. Tout dépend de l'importance auquel (ou auxquels) la cour de cassation lui (ou leur) apporte⁴. Il faut préciser tout de même que tous les arrêts de la cour de cassation peuvent être consultés sur le site légifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

Royaume-Uni : La Cour suprême du Royaume-Uni (*The Supreme Court of the United Kingdom*) a été instaurée par le *Constitutionnal reform Act 2005*. Ce n'est qu'en 2009 (date d'entrée en vigueur de la réforme) qu'elle a vu le jour. Les décisions de la Cour suprême du Royaume-uni peuvent être consultées en ligne ou dans des recueils de jurisprudence.

- Pour les décisions en ligne, elles sont consultables sur son site, <https://www.supremecourt.uk/> . Pour celles-ci, il s'agit des décisions rendues depuis 2009 (date d'entrée en vigueur de la réforme) précisément en octobre 2009 (sa première décision a été rendue le 29 octobre 2009). Pour celles rendues avant le 31 juillet 2009, on pourra consulter : <https://publications.parliament.uk/pa/ld/ldjudgmt.htm> ou <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/> .
- Il existe de nombreux recueils de jurisprudence, au Royaume-uni, qui servent de sources jurisprudentielles. Le plus courant, ce sont les *Law Reports*⁵. Ce terme générique contient plusieurs séries : The Law Reports Appeal Cases (AC), The Law Reports Queen Bench division (QB), The Law Reports Chancery Division (Ch), The Law Reports Family Division (Fam). Ces Laws Reports

¹ Le Bulletin des arrêts de la cour de cassation est publié *mensuellement* (sur support papier). Il existe deux (2) Bulletins : le Bulletin des arrêts des chambres civiles (Il s'agit des 5 chambres civiles à savoir 1^{ère}, 2^{ème} et 3^{ème} chambre civile et des 2 autres chambres respectivement *commerciale, financière et économique* et *sociale*) et le Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle.

² Le Bulletin d'information de la Cour de cassation est bi-mensuel.

³ On dit d'un arrêt qu'il est *inédit*, lorsqu'il ne fait pas l'objet de publication. Les arrêts inédits font l'objet d'une simple diffusion. Il est possible de les voir sur le site internet Légifrance et sur Jurinet (base des arrêts de la cour de cassation accessible en intranet pour les abonnés).

⁴ Delphine LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, Thèse, LGDJ, 2017, p.152 et ss ; v. aussi A. LACABARATS, les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation, D. 2007, p.889.

⁵ Pour plus d'informations v. <https://www.law.ox.ac.uk/legal-research-and-mooting-skills-programme/law-reports> .

ne sont pas des publications officielles. C'est le *Incorporated Council of Law Reporting* (ICLR) qui procède à leur publication (semi-officielle). Il faut dire que s'agissant des décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni (ancienne *Appellate Committee of House of Lords*), ce sont les Appeal Cases (AC) qui servent de sources. On trouve aussi dans ces mêmes recueils, les décisions du *Judicial Committee of the Privy Council* (Comité judiciaire du Conseil Privé) de la Reine et, occasionnellement, les décisions de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). Il existe d'autres sources de recueil par exemple, The All England Law Report (All Er), The Weekly Law Report (WLR), et d'autres.

Suisse⁶ : L'article 57 du règlement du tribunal fédéral (suisse) fait obligation au Tribunal fédéral suisse d'informer « *le public sur sa jurisprudence* »⁷. Cette information des arrêts du tribunal fédéral suisse se fait de deux (2) manières : sous une forme imprimée (version papier), et en ligne.

- Lorsqu'ils sont publiés sous forme imprimée, ils sont contenus dans un recueil. Ce recueil est dénommé « *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse* ». Ce sont les ATF⁸. Toutes les décisions rendues par le Tribunal fédéral Suisse ne figurent pas dans le recueil. Seuls y figurent, les « arrêts de principe »⁹. Ces publications sont faites soit *intégralement*, soit sous forme *d'extraits*. Et ils le sont soit dans la langue dans laquelle la décision a été rendue, soit celle de la décision attaquée, soit dans une langue officielle choisie par les parties si la décision a été rendue dans une autre langue (ex. anglais)¹⁰.

Le recueil est subdivisé en cinq (5) parties¹¹ auxquelles chaque chiffre (romain) qui lui est attribué correspond aux différentes matières. La première partie (I) est consacrée au *droit constitutionnel*, la deuxième partie (II) au *droit administratif et droit public*, la troisième (III) au *droit privé*. Sont, enfin consacrées respectivement à la quatrième (IV) et cinquième (V) partie *le droit pénal et l'exécution des peines et les assurances*. Le classement opéré est fonction non de la nature du recours ou de la cour ayant rendu la décision mais plutôt de la matière considérée. Il faut préciser, toutefois, que ceux-ci peuvent faire l'objet d'une légère modification. Cette légère modification se justifie par le fait que toutes les sept (7) cours¹² qui composent le Tribunal fédéral connaissent du « *recours constitutionnel subsidiaire* ». Ainsi, en cas de décision rendue en matière pénale, civile ou fiscale, faisant objet d'un recours subsidiaire d'inconstitutionnalité. Cette décision figurera dans la première partie (I) consacrée au droit constitutionnel.

- La seconde forme de publication est la mise en ligne (internet). Les arrêts du tribunal fédéral suisse sont consultables sur son site : <https://www.bger.ch/fr/index.htm>.

Pour ces arrêts mis en ligne, on parle de « *jurisprudence en ligne* ». Cette jurisprudence en ligne comprend deux (2) formes d'arrêts. Ceux qui ont été publiés dans le recueil qui sont mis alors en ligne (nommé ATF en ligne – sur le site on verra *arrêts principaux ATF*) et ceux qui n'ont pas été publiés dans le recueil¹³. Cette jurisprudence en ligne est, dans la majorité des cas, anonymisée.

⁶ Pour une explication plus détaillée v. Pierre TERCIER et Christian ROTEN, *La recherche et la rédaction juridiques*, Schulthess Editions Romandes, 7^{ème} édition, 2016, p. 115-139 (n°554-686)

⁷ On perçoit, aussi, cette disposition à l'article 27 de la LTF de 2005.

⁸ Autrefois on les appelait R.O (Recueil officiel), pour éviter toute confusion avec le Recueil officiel des lois fédérales, depuis 1976, ils sont appelés ATF.

⁹ Art. 58 al. 1 RTF « les arrêts de principe sont publiés au recueil officiel ».

¹⁰ Arrêt 4A_84/2015 du 18.02.2016 v. consid. 1.

¹¹ Précisons que la subdivision, faite en cinq parties, vaut depuis 1995. De 1898 à 1913, le recueil était divisé en 2 parties. De 1914 à 1941, 3 parties. De 1942 à 1969, 4 parties. En 1970, 5 parties. Entre 1970 et 1994, 6 parties.

¹² Art 26. al 1. RTF

¹³ Pour ces arrêts, le tribunal fédéral dans la décision, ATF141 III 53 cons. 5.3.1, les nomme « arrêt non publié ». Autrement dit, pour désigner les arrêts mis en ligne (sur internet) qui n'ont pas été publiés dans le recueil, les juges utilisent la dénomination « arrêt non publié » pour le distinguer, ainsi, des ATF qu'ils nomment « arrêt publié ». Certains auteurs trouvent la dénomination erronée. v. Pierre Tercier, Christian Roten, *op. cit.* p. 134, n° 656. Pour eux, le seul fait de mettre l'arrêt à la « disposition du public par le biais d'internet constitue une publication au sens littéral du terme ... il faut donc parler à leur sujet **d'arrêts du tribunal fédéral publiés ligne** ou plus simplement **d'arrêts en ligne.** »

Concernant les ATF en ligne, les arrêts consultables sont ceux rendus depuis 1954. Pour ceux rendus entre 1875 et 1953, on pourra les consulter sur le site de la faculté de droit de l'université de Berne : http://servat.unibe.ch/dfr/dfr_bge00.html ou <http://www.fallrecht.ch>

Remarque : Il existe des arrêts rendus par le tribunal fédéral suisse qui ne sont ni dans le recueil officiel, ni mis en ligne. Elles demeurent néanmoins accessibles au public pour information. Mais dans la grande majorité des cas, les arrêts du Tribunal fédéral sont publiés¹⁴.

2. Système de numérotation des décisions :

France : Il n'y a pas en France de numérotation typique pour les arrêts. Cependant, lorsque les arrêts sont cités, 3 éléments restent indispensables. Ce sont la formation de la chambre ayant rendu l'arrêt, la date à laquelle l'arrêt a été rendu, et la source. Par exemple, il est possible de voir : **Civ. 1^{ère}, 16 mars 2016, Bull. civ. I, n°52**. Il signifie que l'arrêt a été rendu le 16 mars 2016, par la 1^{ère} chambre civile (de la cour de cassation). Il est trouvable au *Bulletin des arrêts des chambres civiles* précisément dans *la première partie* – consacrée à la première chambre civile, au n° 52. Hormis ces trois (3) éléments, on peut trouver en citant l'arrêt certains auteurs précéder *Civ. 1^{ère} de Cass.* (qui signifie cassation) et trouver entre la date de l'arrêt et la source, le numéro de pourvoi (n° 15-14.365). La numérotation pourra, alors, prendre cette forme : **Cass. Civ. 1^{ère}, 16 mars 2016, n°15-14.365, Bull. civ. I, n°52**.

Il faut dire aussi que, généralement, lorsque les auteurs ajoutent *le numéro du pourvoi*¹⁵. Ils peuvent, alors, les citer soit comme ce qui a été fait plus haut¹⁶ ou soit sans les sources de référence¹⁷. Dans tous les cas, le *n° du pourvoi* permet cibler précisément l'arrêt et facilite sa recherche.

La nature de la formation de la chambre ayant rendu varie aussi, selon qu'elle est ordinaire, mixte ou plénière. S'il s'agit d'un arrêt d'Assemblée plénière ce sera *Cass. Ass. Pl.* ou de la chambre mixte *Cass. mixte*.

Royaume – Uni : le mode de citation¹⁸ des décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni est différent de ceux en France. Il est possible de citer la décision sans faire référence au recueil de jurisprudence (c'est-à-dire les Law reports ou autres recueils). C'est ce qu'on appelle le *Neutral citation*. La citation de la décision prendra cette forme : *Jones v Kernott* [2011] UKSC 53. Le premier élément concerne le nom des parties (en italiques). Jones c'est le demandeur (Applicant) et Kernott, le défendeur (Respondent). Ces deux (2) noms sont séparés d'un *v* qui signifie *versus* (contre). Mais lorsqu'on cite en prononçant l'arrêt, on ne dit pas *versus* mais *and*¹⁹. Ensuite vient l'année de la décision qui est encadrée par les crochets [2011]. UKSC fait référence à la *Supreme Court* (Cour suprême) (littéralement *United Kingdom's Supreme Court*) et, enfin, le 53 correspond au numéro du jugement (53^{ème} jugement).

Il est possible de citer la décision en faisant référence à un Recueil de jurisprudence. C'est ce qu'on appelle le *Report citation*. Par exemple, l'affaire *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562 HL. L'indication AC signifie que la décision a été rapportée au *Law report Appeal cases*, volume de l'année 1932 aux pages 562 et suivantes. HL, que la décision a été rendue par l'ancienne Chambre des Lords.

¹⁴ La publication est entendue au sens littéral du terme. C'est-à-dire dans le sens de faire connaître à tous.

¹⁵ Le numéro de pourvoi est composé de sept (7) chiffres dont les deux (2) premiers correspondent à l'année d'enregistrement du pourvoi par le greffe (15 = 2015).

¹⁶ Jacques HERON, Thierry Le BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 2015, p. 593 (ndp n° 108).

¹⁷ *Ibidem.* (note 109) « Civ. 2^e, 8 septembre 2011, n°10-2290 »

¹⁸ <https://www.law.ox.ac.uk/legal-research-and-mooting-skills-programme/law-reports> .

¹⁹ René DAVID, Camille-Jauffret SPINOZI, Marie GORE, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 12^{ème} édition, 2016, p. 307.

Suisse : Deux (2) formes de numérotation sont utilisées en Suisse.

La première concerne les arrêts figurant dans les ATF. La recherche des ATF dans le recueil se fait en fonction de la numérotation attribuée aux affaires. Par exemple, ATF 141 III 53. ATF signifie que la décision est celle rendue par le Tribunal fédéral Suisse (littéralement ATF veut dire Arrêt du Tribunal fédéral suisse) et qui figure sous forme imprimée dans *le recueil officiel des arrêts du tribunal fédéral Suisse*. 141 fait référence au volume (Vol. 141). III signifie la matière concernée (il équivaut donc au *droit privé*). 53 signifie qu'on peut trouver l'arrêt à la page 53 du recueil. On peut y adjoindre certaines mentions pour faciliter la recherche notamment les considérants pour apporter une précision. Quand on ouvre les ATF, à la page indiquée on trouve la décision avec un autre numéro (c'est la seconde numérotation).

Les arrêts du tribunal fédéral suisse sont cités d'une autre manière. Ils ont, à l'instar des autres juridictions, une *côte* (un numéro de dossier). Depuis 2007²⁰, les arrêts du tribunal fédéral sont cités comme suit : 5A_267/2017²¹. Les numéros 5A_267/2017 s'expliquent de façon suivante : le 5 représente le numéro de la Cour²², la lettre A représente le moyen de droit²³. Ces deux (2) premiers points appelés *préfixe* sont séparés de 267/2017 par un tiret bas (_). Le numéro 267 indique le numéro d'enregistrement au rôle de la cour concernée. Et 2017, enfin, l'année d'enregistrement au rôle. Ainsi, 5A_267/2017 signifie que l'arrêt a été enregistré par la II^{ème} cour de droit civil. Qu'il s'agit du 267^{ième} recours en matière civile enregistrée en 2017.

Alors dans que dans les ATF, les arrêts peuvent être sous *forme intégrale* ou seulement sous forme *d'extraits de considérants*, le site internet du Tribunal fédéral offre « l'intégralité de ses arrêts ». Mais ces derniers ne peuvent être accessibles qu'en utilisant la numérotation qui vient d'être citée "xA_n°/année" (qu'il faut insérer dans la partie '*Autres arrêts dès 2000*' qu'on trouve sur le site du Tribunal).

²⁰ Avant 2007, les dossiers étaient numérotés différemment suivant le format dit OJ. Depuis 2007, ils suivent le format dit LTF. Pour approfondir la question v. Pierre TERCIER, Christian ROTEN, *op cit.* p.136-138, n°669-683.

²¹ Il s'agit d'un exemple, pris au hasard. L'arrêt a été rendu le 14 décembre 2017 (l'objet est la protection de la personnalité).

²² Les numéros des Cours sont répartis comme suit : **1** (I^{ère} cour de droit public), **2** (II^{ème} cour de droit public), **4** (I^{ère} cour de droit civil), **5** (II^{ème} cour de droit civil), **6** (cour de droit pénal), **8** (I^{ère} cour de droit social) et **9** (II^{ème} cour de droit social). Les différentes attributions de ces sept (7) cours peuvent être trouvées dans le RTF de 2008 (modifié en 2012) v. Art. 29 à 35.

²³ La lettre **A** pour le recours en matière civile (art. 72 à 77 LTF), **B** recours en matière pénale (art. 78 à 89 LTF), **C** recours en matière de droit public (art. 82 à 89 LTF), **D** recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 à 119 LTF). On peut adjoindre à ces lettres d'autres qui désignent des affaires, plus ou moins, non-judiciaires. **E** pour des points de droit énoncés par voie d'action (art. 120 LTF), **G** pour les interprétations et rectifications (art. 129 LTF), **T** pour les dénonciations à autorité de surveillance, **U** pour les échanges de vues internes, **V** les échanges de vues externes, **W** pour les mises en consultation CEDH, **X** et **Y** pour la procédure administrative et **Z** pour la juridiction non contentieuse.

INTRODUCTION

Une phrase « est une suite de mots qui a un sens. Une phrase écrite commence toujours par une *majuscule*. Elle se termine par un point. A l'intérieur de la phrase, on trouve des signes de ponctuation : La virgule [,], le point-virgule [;], les deux points [:]. »²⁴

1. Tout le monde le sait, la Cour de cassation française rédige sa décision en une seule phrase. Elle le fait ainsi pour fonder la logique de son raisonnement et partant, donner un sens à la décision. Elle commence par une majuscule et la termine par un point. Et à l'intérieur de la décision, on trouve des signes de ponctuation notamment *la virgule, le point-virgule, les deux (2) points*.

On peut dire de la Cour de cassation française qu'elle est toujours restée fidèle à cette règle apprise depuis les cours élémentaires. Elle l'est d'autant plus qu'elle le rappelle aux juridictions inférieures en y spécifiant expressément pour la rédaction des arrêts : « Chaque paragraphe se termine par un point-virgule. *Sauf la fin de l'arrêt qui se termine par un point.* »²⁵ Cette tradition, suivant laquelle les arrêts sont rédigés en *une seule* phrase, et à l'intérieur de cette phrase comprenant *une virgule* et/ou des *points-virgules*, ancrée dans la culture française, ne trouve pas écho dans la majeure partie des systèmes juridiques.

Du droit canonique au droit musulman, des systèmes juridiques des pays de common law aux systèmes des pays asiatiques, le style, la structure, l'élaboration, la rédaction ou l'écriture d'une décision de justice est radicalement différente. La conception du droit et du juge, le rôle attribué à celui-ci ainsi que l'influence de ses décisions l'y sont aussi. C'est à ce propos qu'on a voulu, par une comparaison, montrer la différence de style des décisions de justice de la Cour de cassation française, de la Cour suprême du Royaume-Uni et du Tribunal fédéral Suisse.

2. La comparaison²⁶ d'un concept ou d'une institution peut être faite de deux (2) manières. Elle peut être faite à *l'intérieur d'un système juridique donné* ou *au-delà de ce système considéré*. A ce titre, la comparaison des styles des décisions de justice devient double.

2.1. Il est possible de comparer, dans un premier temps, le style des décisions de justice au niveau interne (c'est-à-dire à l'intérieur d'un même système juridique). Soit selon que l'Etat est de forme unitaire soit qu'il est de structure fédérale.

Dans un Etat de forme unitaire, la rédaction d'une décision de justice, étant évidemment différente selon qu'elle provient d'une juridiction inférieure (par exemple le tribunal de grande instance en France) ou d'une juridiction supérieure (Cour de cassation française), une comparaison est possible.

²⁴ Janine LUCAS, Jean-claude LUCAS, Robert MEUNIER, *Français CE1-CE2 cycle 2, A portée des mots*, Hachette EDUCATION 2014, p.9

²⁵ Cour de cassation, « *La rédaction des arrêts* », fiche mise à jour le 15 juillet 2008 (22 pages).

²⁶ « Bien que des branches du droit interne d'un Etat donné puissent naturellement être comparées, c'est à la comparaison des droits de différents Etats que le vocable renvoie traditionnellement. » (Gilles CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2015, p.21,n°1). Il s'agit, donc, d'une même expression « comparaison » utilisée pour désigner une double réalité.

Il est, aussi, possible de limiter, toujours à l'intérieur d'un Etat unitaire, la comparaison des décisions entre des juridictions suprêmes²⁷.

Lorsque l'Etat est de structure fédérale, le style d'une décision de justice d'une juridiction peut aussi varier d'un Etat fédéré à un autre²⁸.

2.2. La comparaison peut, dans un second temps, se faire au-delà du système juridique. Et dans ce cas, l'on ne se trouve plus à l'intérieur du système juridique considéré, ou du moins *pas seulement*. Ce n'est qu'à ce niveau, qu'elle peut être « bilatérale ou multilatérale »²⁹.

La comparaison, des juridictions elle-même ou, du style des décisions juridictionnelles peut, alors, se faire de trois (3) manières : « entre groupe d'Etats, entre groupe d'Etats et Etats, et entre Etats³⁰ ». Dans le premier cas, il peut s'agir de comparer, par exemple, la cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'Homme³¹. Dans le second, la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme et de la Cour suprême américaine des Etats-Unis³². Le dernier cas, la Cour suprême jordanienne et le Conseil d'Etat français³³.

3. L'objet du présent mémoire, intitulé « Etude comparée du style des décisions de justice : Cour de cassation française - Cour suprême du Royaume-Uni – Tribunal fédéral Suisse », fait partie de la dernière catégorie de comparaison. Plus précisément, il est une comparaison micro-juridique. Il entend comparer le style de décisions de trois (Etats) voire de trois (3) systèmes juridiques différents.

Si l'habitude des comparatistes est d'opposer les systèmes de common law aux pays de civil law³⁴, deux (2) systèmes ayant largement influencé le monde juridique, aujourd'hui, s'intègre un système juridique intermédiaire : le système suisse³⁵. Le Tribunal fédéral suisse, par la structure de ses décisions, ses méthodes, sa technique rédactionnelle, ses délibérations orale et publique, présente une réelle singularité. Il emprunte des éléments appartenant à la common law et au civil law.

²⁷ Pour un exemple d'un Etat unitaire, v. Fanny MALHIÈRE, *la brièveté des décisions de justice (Cour de cassation, Conseil d'Etat, Le Conseil Constitutionnel)*, thèses, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2013.

²⁸ Par exemple, en Suisse la pratique des opinions séparées existe dans certains cantons alors que d'autres cantons n'en connaissent pas. v. partie « délibération orale et publique en Suisse. »

²⁹ Selon Michel FROMONT, la comparaison est bilatérale lorsqu'un juriste compare le droit de son pays avec le droit d'un autre pays. Elle est dite, en revanche, multilatérale lorsque celui-ci compare les droits étrangers entre eux tout en conservant son propre système comme référence privilégiée. (Michel FROMONT, *Reflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé in Mélanges en l'honneur de Camille-Jauffret Spinozi*, Dalloz, 2010, P. 377-388). Et ce, c'est nous qui ajoutons, peu importe qu'il s'agisse d'une micro-comparaison ou d'une macro-comparaison.

³⁰ Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 2016, 4^{ème} édition, P.3 (V. aussi n.d.p n°4)

³¹ Pour approfondir la question v. Francisco R. Barbosa Delgado, *les limites de la marge nationale d'appréciation et la liberté d'expression : étude comparée de la jurisprudence de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, thèses, 2010

³² Jean pradel, *Droit pénal comparé*, op. cit (v. note de bas page 4)

³³ Pour approfondir la question v. Moussa SHEHADA, *La cour suprême jordanienne comparaison avec le conseil d'Etat français*, Thèses, 1992.

³⁴ Uwe Kischel, la méthode en droit comparé l'approche contextuelle, RIDC. 2016, p.923. L'auteur fait remarquer ceci : « le droit continental et le common law, ont été tellement au centre des études comparatistes que l'on pourrait facilement supposer qu'il n'y a guère d'éléments nouveaux à raconter. » Ce faisant, elle oriente sur d'autres aspects qui peuvent faire l'objet de comparaison à savoir *le jury et la différence entre droit et fait*.

³⁵ Dans les classifications des familles de droit opérées, La suisse intègre la famille de la tradition romano-germanique. Nous l'avons qualifiée de « système intermédiaire », parce que le seul critère de comparaison pris en compte, dans ce mémoire, est le style de rédaction. C'est donc sur ce seul critère que nous le qualifions ainsi.

4. L'objet du présent mémoire, et par là du choix de ces trois (3) juridictions, est pluriel et peut être posé sous formes de questions : Qu'est-ce qui explique la différence des styles judiciaires ? Comment ces juridictions forment-elles leur style de décision ? Pourquoi rédigent-elles ainsi ? Quel sens attachent-elles à ce style ? Et, si l'activité première du juge est de « dire le droit », comment conçoivent-elles, donc, la fonction de juger ?

5. L'analyse de ces questions passe, évidemment et nécessairement, par « la circonscription » du domaine de la recherche, voire par une définition « autonome » de certaines notions. En d'autres termes, qu'entend-on par réellement par « *style* » et par « *décisions de justice* » ? (B). Ce n'est qu'une fois le domaine de l'étude précisé, qu'on pourra analyser le sujet proprement dit. Ceci se fera par l'énonciation d'un plan (C). Cependant, une première analyse s'impose, celle de présenter ces trois (3) juridictions (A).

A. PRESENTATION DES JURIDICTIONS

6. La présentation des juridictions se fera successivement. D'abord la Cour de cassation française (1), ensuite la Cour suprême du Royaume-Uni (2) et enfin le Tribunal fédéral Suisse (3).

1. Cour de cassation française

7. La France se caractérise par son dualisme juridictionnel. Elle dispose d'un ordre juridictionnel administratif ayant à sa tête le Conseil d'Etat et d'un ordre juridictionnel judiciaire qui a pour organe suprême la Cour de cassation. Selon les dispositions conjuguées des articles L. 411-1 et R- 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il y a, pour toute la République, une Cour de cassation qui a son siège à Paris³⁶. La Cour de cassation française est la juridiction suprême dans son ordre. Elle l'est géographiquement (parce qu'il n'existe qu'une seule Cour de cassation en France basée à Paris et qui ne siège nulle part ailleurs³⁷) et fonctionnellement (parce qu'elle est encore la seule à exercer cette fonction dans son ordre). Quel est son organisation (a) ? Et quelles sont ces fonctions (b) ?

a. Organisation³⁸

8. La Cour de cassation est composée de plusieurs membres. Elle est composée d'un premier président, des présidents de chambre, des conseillers, de 65 conseillers référendaires, des auditeurs, du procureur général, des premiers avocats généraux, des avocats généraux, des

³⁶ Palais de justice, 5 quai de l'Horloge, Paris 1^{er}.

³⁷ Il est utile de le préciser parce qu'en Suisse, le Tribunal fédéral qui est l'autorité suprême de la confédération siège à Lausanne. Mais certaine(s) cour(s) du tribunal siègent à Lucerne.

³⁸ Art. C. Org. Jud. (Art. R.421-1 à R. 421-10).

avocats généraux référendaires et du greffe. Elle compte plus de 250 magistrats (Actuellement 281 magistrats³⁹ soit 225 du siège et 56 du parquet).

9. La Cour de cassation française comprend six (6) chambres⁴⁰, soit cinq (5) chambres civiles et une chambre criminelle. Les chambres civiles se décomposent en trois (3) chambres civiles proprement dites à savoir, les 1^{ère}, 2^{ème} et 3^{ème} chambre civiles. Les (2) autres chambres sont la chambre économique, commerciale et financière, *et* la chambre sociale.

Chaque chambre comprend en son sein une ou plusieurs sections⁴¹ et siège soit en formation plénière soit en formation de section⁴². Cependant, il est possible de créer d'autres formations juridictionnelles suivant l'importance de l'affaire. Selon les affaires, le nombre des juges variera. Le nombre minimal que le législateur a voulu, pour que les questions soient examinées, selon l'article L. 431-1 al. 1 du Code l'organisation judiciaire, est de trois (3) magistrats ; dans certains cas, ils statueront à cinq. Le même code prévoit des cas de renvoi en chambre mixte⁴³ ou en Assemblée plénière⁴⁴ pour lesquels le nombre des magistrats s'accroitra.

b. Fonction

10. La cour de cassation, qui est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français, a un double rôle : un rôle non juridictionnel et un rôle juridictionnel.

10.1. En ce qui concerne son premier rôle (rôle non juridictionnel). La cour de cassation peut être saisie pour avis. Elle tient cette compétence des articles L. 441-1 à L. 441-4 du code de l'organisation judiciaire. En vertu de ces dispositions, il appartient à la Cour de cassation de connaître pour avis une question de droit nouvelle qui présente une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges. Pour cette saisine, seules les juridictions de l'ordre judiciaire sont élues⁴⁵. La saisine pour avis vaut aussi lorsqu'une convention ou un accord collectif présente une difficulté sérieuse et se pose dans de nombreux litiges. Il existe, aussi, une saisine en matière pénale⁴⁶.

10.2. Le second rôle. C'est son rôle juridictionnel. A l'instar du professeur Camille BROUELLE qui, à propos du rôle du Conseil d'Etat, affirmait que le rôle du Conseil d'Etat ne se résumait pas à donner des « *conseils* » au sens courant du terme⁴⁷ ; autant il faut affirmer que la Cour de cassation ne se limite pas à « *casser* » des décisions. Elle rend, aussi, des arrêts de rejet.

³⁹ https://www.courdecassation.fr/institution_1/presentation_2845/membres_cour_cassation_30991.html .

⁴⁰ Art. R421-3 du C. Org. Jud.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Art. L. 431-5 du C. Org. Jud.

⁴⁴ Art. L. 431-6 du C. Org. Jud.

⁴⁵ Ne sont pas des *juridictions* au sens de l'art. L. 151-1 du code org. Jud., *le batônnier* (Cass. Avis. 16 novembre 1998, n°09-80.010) et *les bureaux d'aide juridictionnelle* (Cass. Avis. 9 juillet 1993, D. 1994. 137, note Laroche de Roussane).

⁴⁶ C. pr. Pén. Art. 706-64 à 706-70.

⁴⁷ Camille BROUELLE, *contentieux administratif*, 4^{ème} édition, LGDJ, 2017, p. 21.

Cette binarité (arrêt de cassation / arrêt de rejet) se justifie par le fait qu'elle est, d'une part, juge du droit et, d'autre part, juge de cassation.

10.2.1. Lorsqu'il est dit de la Cour de cassation qu'elle est juge du droit, cela signifie que son rôle premier est de s'étendre sur les questions de droit (et non de fait)⁴⁸. Elle ne connaît du fond des affaires que si la loi en dispose autrement. Le rôle de la Cour de cassation est de vérifier si les « *arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire*⁴⁹ » ne contreviennent pas à la loi. En vérifiant si les juridictions précédentes ont fait une exacte application de la loi, la Cour de cassation confirme sa mission de cour régulatrice et unificatrice du droit. Elle veille, donc, selon l'article 6 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, à ce que la loi (mieux la règle de droit) soit être la même pour tous.

10.2.2. La Cour de cassation est, aussi, juge de cassation. Son rôle n'est pas de réexaminer l'affaire. C'est à ce titre, qu'on ne la considère pas comme un troisième degré de juridiction. La Cour de cassation, lorsqu'elle statue, considère comme « constants » les faits établis par l'autorité précédente. Elle est juge le jugement et non les affaires⁵⁰. Ainsi, si elle estime que l'autorité précédente a fidèlement appliqué la règle de droit, elle rejette le pourvoi et la décision devient irrévocable. Dans le cas contraire, elle casse la décision.

11. Pour finir, il faut souligner deux (2) choses. La *première* est que la distinction entre le fait et le droit est l'élément qui caractérise la Cour de cassation⁵¹ et, partant, la distingue ainsi de certaines Cours suprêmes (qui elles jugent en fait et en droit). La *seconde* est que le dualisme juridictionnel en France impose à la Cour de cassation, dans toutes ses formations, de ne connaître que des questions juridiques relevant de son ordre judiciaire. Elle ne connaît donc pas des questions qui relèvent de l'ordre administratif et des questions relevant de la constitutionnalité pour lesquelles le Conseil constitutionnel a reçu une compétence d'attribution. C'est ce qui la distingue des deux (2) juridictions que sont : la Cour suprême du Royaume Uni et le Tribunal fédéral Suisse.

2. Cour Suprême du Royaume-Uni⁵²

12. Il faut préciser d'emblée que l'appellation « Royaume-Uni⁵³ » réunit quatre nations constitutives : L'Angleterre, le pays de Galles, l'Ecosse et l'Irlande du Nord. Les trois premières nations forment la Grande Bretagne. En cela, il ne faut pas confondre droit anglais

⁴⁸ C'est à ce titre que la distinction du fait et du droit est importante non seulement pour la comparaison mais aussi pour « la délimitation du contrôle de cassation devant la plupart de Cours suprêmes ». v. Delphine LOUIS, *la distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, 2014, Thèse dactyl. p. 69 (n° 63).

⁴⁹ Art. L. 411-2 al. 1 du C. org. Jud.

⁵⁰ Pour certains auteurs, l'affirmation selon laquelle la Cour de cassation n'est pas juge de l'affaire mais de l'arrêt est juridiquement fautive. V. Jacques HERON, Thierry le BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.* p. 647-650 (n°809-812). Et dans le sens de la métamorphose de la cour de cassation en troisième degré de juridiction V. Fanny Luxembourg, « La cour de cassation, juge du fond », D. 2006, p. 2358.

⁵¹ Roger PERROT, Bernard BEIGNIER, Lionel MINIATO, *Institutions judiciaires*, 16^{ème} édition, Montchrestien, 2017, p. 182 (n° 228).

⁵² Aurélie DUFFY-MEUNIER, *La Cour suprême du Royaume-Uni après le Constitutionnal Reform Act 2005 : une juridiction hors norme*, RIDC, 2012, n° 3 – Juillet -Septembre 2012, pp. 681-734.

⁵³ La dénomination entière, depuis la sécession en 1922 de l'Irlande du Sud, est : « Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ».

et droit au Royaume-Uni. Le droit anglais est limité à l'Angleterre et au Pays de Galles. Il n'est pas le droit britannique.

L'adjectif « britannique » renvoie indifféremment au Royaume-Uni et à la Grande Bretagne⁵⁴. L'Irlande du Nord et l'Ecosse, qui ont des droits différents, ne sont pas soumis au droit anglais. De même les Îles anglo-normandes (Jersey et Guernesey) ainsi que l'Île de Man qui constituent des *British possession* et dépendent directement de la couronne, n'intègrent juridiquement pas l'expression « *Royaume-Uni* ». Si l'on veut englober le Royaume-Uni et les Îles précitées, on utilise le terme « *British Island* »⁵⁵.

Le Royaume-Uni comprend, donc, trois (3) ordres juridictionnels. Et en dépit de cette différence, le *Constitutionnal Reform Act* (CRA) 2005 a fait naître une seule juridiction suprême pour toutes ces nations : c'est la Cour suprême du Royaume-Uni (*The Supreme Court of the United Kingdom*). Dans un premier temps, nous verrons son organisation (a) et dans un second temps, sa fonction (b).

a. Organisation

13. La Cour suprême du Royaume-Uni a été instaurée par le *Constitutionnal Reform Act* (CRA) 2005. Siégeant à Londres⁵⁶, elle succède au Comité d'Appel de la Chambre des Lords (*Appellate Committee of The House of Lords*).

Aux termes de la section 23 (1) du CRA : « *There is to be a Supreme Court of United Kingdom.* »

14. Elle est composée de 12 juges (appelés *Justices of the Supreme Court*⁵⁷) désignés par la Reine⁵⁸ sur recommandation du premier ministre⁵⁹. Cette recommandation lui est proposée par le Lord Chancelier après sélection faite par une commission indépendante de cinq membres. En vertu de la section 27 (8) du CRA, « *In making selections for the appointment of judges of the Court the commission must ensure that between them the judges will have knowledge of, and experience of practice in, the law of each part of the United Kingdom* », la commission doit tenir compte, dans le choix des juges, de leur expérience pratique ainsi que de leur connaissance du droit de tout le Royaume-Uni. Ainsi, parmi les *Justices* de la Cour suprême du Royaume-Uni, deux doivent être Nord-Irlandais et Ecossais. Les *Justices* de la Cour suprême sont nommés à vie mais doivent quitter leur fonction à l'âge de 70 ou 75 ans selon les cas.

15. Contrairement à la Cour de cassation française, il n'y a pas de critérium indiqué pour les formations de jugement. Le minimum pour statuer est d'au moins trois (3) juges. Mais suivant

⁵⁴ Thibault GUILLUY, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : Recherche sur l'apparition et l'évolution de la constitution britannique*, Thèses dactyl. 2014, p. 13 (n.d.p n°8).

⁵⁵ *Ibidem.* p. 15 (v. note bas de page 12).

⁵⁶ Elle siége au Middlesex Guildhall.

⁵⁷ Section 23 (6) du CRA 2005.

⁵⁸ Section 23 (2) du CRA 2005.

⁵⁹ Section 26 (3) du CRA 2005.

les cas, les *Justices* peuvent statuer à cinq (5), à sept (7), à neuf (9) ou plus suivant l'importance des affaires.

b. Fonction

16. Ce qui différencie la Cour de cassation française de la Cour suprême du Royaume-uni, c'est que celle-ci est à la fois juge du droit et juge du fait. Elle constitue donc un ordre de degré dans la hiérarchie judiciaire britannique. La Cour suprême du Royaume-Uni est *la* juridiction suprême au Royaume-Uni. A ce titre, elle exerce plusieurs fonctions prévues à la section 40 du CRA (intitulé « *Jurisdiction* » qui signifie compétence).

17. Elle connaît, en dernière instance, des recours formés contre les décisions civiles et pénales rendues par les juridictions anglaises et galloises, et nord-Irlandaises. Quant à l'Ecosse, sa compétence est limitée au contentieux civil. La matière pénale relevant encore de la compétence de la *High Court of Judiciary*.

18. La Cour suprême du Royaume-Uni connaît, aussi, depuis le CRA, du contentieux lié à la « dévolution » qui était anciennement réservée au Comité judiciaire du Conseil Privé (*Judicial Committee of the Privy Council*⁶⁰) de la Reine. Elle veille à ce que les actes pris par les gouvernements et parlements écossais, Nord-Irlandais et gallois respectent leurs compétences normatives qui leur ont été attribuées par le Parlement de Westminster⁶¹. Cette attribution transférée à la Cour suprême du Royaume-Uni a conduit Lady Hale⁶² à assimiler le Royaume-Uni à un Etat fédéral. Elle le dit si bien : « *The UK has become a federal state with a Constitution regulating the relationships between the federal centre and component parts* ». Dans ce même contentieux de « dévolution », elle est chargée de se prononcer sur la conformité de ces actes au droit de l'Union Européenne et de la convention Européenne des droits de l'Homme⁶³.

19. La Cour suprême du Royaume-Uni assume, en outre, les fonctions de juridictions constitutionnelles⁶⁴ et administratives.

19.1. Le *Human Right Act* (HRA) de 1998, qui introduit la convention européenne des droits de l'Homme dans le système britannique, loin d'établir un contrôle de constitutionnalité (si on suppose bien sûr le HRA comme étant matériellement une constitution au risque de confondre contrôle de constitutionnalité et de conventionalité), donne autorisation aux juges

⁶⁰ Le *Judicial Committee of the Privy Council* est une juridiction, instituée auprès de la Reine, qui connaît, en dernier recours, des affaires rendues par les juridictions suprêmes de certains des 53 Etats du Commonwealth (par ex. la Jamaïque), des territoires britanniques, des *British possession* et des bases militaires britanniques souveraines. Les citoyens de ces Etats sont donc habilités, après épuisement des voies de recours internes, à saisir le Comité Judiciaire du Conseil Privé de la Reine. En théorie, c'est la Reine qui rend la décision et le *Judicial Committee* lui sert de Conseil. Mais en pratique, elle suit systématiquement l'avis de cette instance.

Ainsi, constate-t-on le plus souvent dans leur décision, une invitation faite à la Reine à suivre leur avis. On peut voir : « *For these reasons the Board will humbly advise Her Majesty that the appeal should be remitted to the Court of Appeal ...* » v. *McLeod v The Queen* [2017] UKPC 1, para. 19.

⁶¹ Le *Scotland Act de 1998*, le *Northern Ireland Act de 1988*, et le *Government of Wales Act 2006*.

⁶² Lady Hale, « *The Suprem Court in the UK Constitution* », *Legal Wales* (12 October 2012).

⁶³ Section 41 (4) CRA 2005.

⁶⁴ Eirik Bjorge, *La cour suprême du Royaume-Uni, une cour constitutionnelle digne de ce nom*, RFDA 2017, p. 213.

de constater une « déclaration d'incompatibilité ⁶⁵ » lorsqu'une disposition législative viole la Convention ⁶⁶. A la différence du droit français qui autorise le juge constitutionnel, en cas de QPC, a abrogé une disposition législative déclarée inconstitutionnelle ⁶⁷, au Royaume-Uni le juge n'a non seulement pas le droit de supprimer une disposition législative (Il ne peut que la déclarer « incompatible » à la convention permettant ainsi à l'exécutif de prendre un « *remedial order* ⁶⁸ » afin d'y remédier) mais aussi, la disposition déclarée « incompatible » reste en vigueur. Elle n'est pas abrogée. C'en est ainsi pour préserver la souveraineté du parlement britannique.

19.2. S'agissant de ses fonctions de juridiction administrative, son contrôle porte sur les décisions de la formation administrative de la *Hight Court* ainsi que celles rendues par les tribunaux administratifs spécialisés ⁶⁹.

Il faut maintenant étudier le Tribunal fédéral suisse.

3. Tribunal fédéral suisse

20. Bien que la Constitution fédérale suisse utilise l'expression « *confédération suisse* » ⁷⁰, la Suisse est et demeure un Etat fédéral composé de vingt-six (26) cantons ⁷¹ avec quatre (4) langues nationales ⁷². Lorsqu'un Etat est de forme fédérale, se pose directement la question de la nature du pouvoir judiciaire (tout comme les autres pouvoirs d'ailleurs). Dans certains cas, il peut être unique ⁷³. Dans d'autres cas, il peut être partagé ⁷⁴.

Le système judiciaire suisse connaît un partage de compétences entre juridictions fédérales ⁷⁵ et juridictions cantonales. Toutefois, cette coexistence n'empêche pas qu'il puisse exister dans « *l'organigramme des autorités judiciaires, une autorité supérieure, appelé à trancher les litiges en dernière instance* ⁷⁶ ». Cette instance c'est le Tribunal fédéral suisse. Nous étudierons, premièrement, son organisation (a) et secondement, sa fonction (b).

⁶⁵ Section (4) du Human Right Act de 1998.

⁶⁶ *R (on the application of F (by his litigation friend F)) and Thompson (FC) (Respondents) v Secretary of State for the Home Department (Appellant)* [2010] UKSC 17.

⁶⁷ Art. 62 (al. 2) de la Constitution française du 4 octobre 1958 : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée ... ».

⁶⁸ Section (10) du HRA de 1998.

⁶⁹ Robert Reed (Lord Reed), La cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux, AJDA 2017, p. 211

⁷⁰ On perçoit, par exemple, cette expression à l'article 1^{er} et 2 de la constitution fédérale du 18 avril 1999.

⁷¹ L'article 1^{er} de la Constitution fédérale cite les vingt-six (26) cantons. Politiquement parlant, il est composé de 20 cantons et 6 demi-cantons.

⁷² Art 4 de la Cst. féd. (Allemand, français, italien et romanche). Les trois (3) premières langues sont les langues officielles. Le romanche n'est une langue officielle, en vertu de l'article 70 de la constitution fédérale, que « pour les rapports que la confédération entretient les personnes de langue romanche. »

⁷³ C'est le cas de l'Inde qui est un Etat fédéral (l'Union de 29 Etats), avec un système judiciaire unique pour tout le pays.

⁷⁴ C'est le cas des Etats-Unis d'Amérique, où il y a la coexistence de deux (2) pouvoirs judiciaires. Un système judiciaire fédéral et un autre système judiciaire propre aux Etats fédérés.

⁷⁵ Les juridictions fédérales sont : Le Tribunal pénal fédéral, le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal des Brevets. Il faut rappeler, aussi, qu'il existait un Tribunal fédéral des assurances jusqu'en 2007. Depuis 2007, le tribunal des assurances a été absorbé par le Tribunal fédéral.

⁷⁶ P. MAHON, in « Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 » Zurich 2003, ch. 6 ad art. 188.

a. Organisation

21. Le Tribunal fédéral Suisse est, selon l'article 188 de la Constitution fédérale suisse, « *l'autorité judiciaire suprême de la Confédération* »⁷⁷.

Siégeant à Lausanne⁷⁸, Il est composé de 35 à 45 juges ordinaires et de juges suppléants.⁷⁹ Il est composé, actuellement, de 38 juges ordinaires et de 19 juges suppléants. Ces juges sont élus par l'Assemblée fédérale⁸⁰ pour une période de six (6) ans et exercent leur fonction durant ce temps.⁸¹

22. La formation juridictionnelle du Tribunal fédéral se compose de sept (7) cours⁸² à savoir : deux (2) cours de droit civil, deux (2) cours de droit public, une (1) cour de droit pénal et deux (2) cours de droit social⁸³. Ces différentes cours, en règle générale, statuent à trois (3) juges sauf si la cause soulève une question juridique de principe, ou un juge en fait la demande, ou lorsqu'elles statuent sur les recours contre un acte normatif cantonal soumis ou sujet à referendum ou contre des décisions cantonales ayant trait à la recevabilité d'une initiative ou à l'exigence d'un référendum⁸⁴. Dans ces cas, ils statueront à cinq (5) juges.

23. Le tribunal fédéral est aussi formé d'organes d'administration. Les organes d'administration sont la cour plénière, la commission administrative, la conférence des Présidents.

b. Fonction

24. La fonction première du Tribunal fédéral suisse est d'être « *l'autorité judiciaire suprême de la Confédération* »⁸⁵. A ce titre, le Tribunal fédéral est l'autorité de recours en dernière instance des décisions rendues par les juridictions cantonales⁸⁶ et fédérales⁸⁷ à l'exception des juridictions spécialisées⁸⁸. Il assure, à cet effet, par ses décisions le respect du droit fédéral.

⁷⁷ La loi sur le tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005 prévoit cette même disposition trait pour trait en son article 1^{er}.

⁷⁸ Av. du Tribunal fédéral, 29, 1005, Lausanne. L'article 4 LTF énonce aussi qu' « une ou plusieurs cours siègent à Lucerne ».

⁷⁹ Art.1 al 3 LTF.

⁸⁰ Art. 168 Cst. féd. et art. 5 LTF. L'Assemblée fédérale suisse, autorité suprême de la confédération, est composée du Conseil national (200 députés du peuple) et du Conseil des Etats (46 députés des cantons dont 2 par cantons et 1 par demi-cantons).

⁸¹ Art 145 constitution fédérale et art. 9 LTF.

⁸² Art. 26 RTF.

⁸³ Les articles 29, 30, 31, 32, 33, 34 et 35 du RTF donnent respectivement leur compétence,

⁸⁴ Art 20 de la LTF.

⁸⁵ Art. 188 de la Cst. féd. et Art. 1 al. 1 LTF. Il faut préciser que l'article fait mention de la *confédération*. Il faut distinguer l'expression (tout court de) *confédération* de celle de *confédération suisse* (tel qu'employé par l'article 1 et 2 de la Constitution fédérale). Selon *le petit commentaire de la constitution fédérale suisse*, (p. 13 n. 4) Lorsqu'on parle de *confédération suisse*, on vise l'ensemble de la structure fédérative de la Suisse (le niveau fédéral et le niveau cantonal) tandis que le vocable *confédération* renvoie à une collectivité distincte des cantons qui dispose d'organes qui lui sont propres (En d'autres termes, cette expression ne vise que le niveau fédéral).

Ainsi, lorsqu'il est dit que le Tribunal fédéral est l'autorité suprême de la confédération, il signifie qu'il est *suprême hiérarchiquement* aux juridictions fédérales de la confédération. Mais que par rapport aux juridictions cantonales, « il n'est pas supérieur hiérarchiquement aux tribunaux cantonaux » v. Yves DONZALLAZ, *Loi sur le tribunal fédéral suisse – commentaire*, Stämpfli Editions, 2008, p. 93 n. 77.

⁸⁶ Les juridictions cantonales appliquent le droit cantonal et le droit fédéral.

⁸⁷ Les juridictions fédérales sont le Tribunal pénal fédéral, le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral des brevets.

⁸⁸ C'est le cas des juridictions militaires. Comme autorité de dernière instance, c'est le Tribunal militaire de cassation qui connaît des pourvois en cassation (Art 13 du PPM, procédure pénale militaire, du 23 mars 1979 et art. 184 ss.) des décisions des juridictions inférieures que sont Les Tribunaux militaires (art 5 PPM) et les Tribunaux militaires d'appel (art. 9 PPM).

- Par droit fédéral, il faut entendre les normes du droit écrit et les principes juridiques non écrits qui ressortent d'une Loi fédérale⁸⁹. Ainsi, relève du droit fédéral, la Constitution, les lois, arrêtés, ordonnances et règlements émanant de l'Assemblée fédérale, du Conseil Fédéral, du Tribunal fédéral ou d'un département fédéral⁹⁰.

25. Aussi, connaît-il des recours en matière civile⁹¹, en matière pénale⁹² et des recours en matière de droit public⁹³. Et tous ces recours sont recevables contre les décisions des juridictions fédérales, de certaines autorités (autorités de l'autorité indépendante d'examen de plainte en matière de radio-télévision⁹⁴) et des juridictions cantonales.

Le Tribunal fédéral statue en droit et non en fait. En d'autres mots, Les juges du Tribunal fédéral, à l'instar de la Cour de cassation française et à la différence de la Cour suprême du royaume Uni, ne se limitent qu'aux questions de droit⁹⁵. Ils ne revoient les questions de fait qu'en cas d'erreur grossière faite par les autorités dont la décision est contestée.

26. Le Tribunal fédéral est, aussi, le gardien de la constitution fédérale et des constitutions cantonales. Il assume le titre de juridiction constitutionnelle⁹⁶. A ce titre, il connaît du recours constitutionnel subsidiaire⁹⁷ et examine la constitutionnalité des actes fédéraux (par exemple les lois fédérales, les ordonnances du gouvernement fédéral ...) et cantonaux (lois cantonales, les actes législatifs cantonaux ...) pour lesquelles la loi lui donne autorisation.

27. Outre ces fonctions juridictionnelles, il « *exerce la surveillance sur la gestion* »⁹⁸ des juridictions fédérales à savoir le tribunal pénal fédéral, le tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral des brevets.

⁸⁹ ATF 102 IV 271.

⁹⁰ Bernard CORBOZ, Alain WURZBURGER, Pierre FERRARI, Jean-Maurice FRESARD, Florence Aubry GIRARDIN, *Commentaire de la LTF (Loi sur tribunal fédéral)*, Stämpfli Editions, 2009, p. 1055 (n°14).

⁹¹ Le recours en matière civile est prévu par la LTF (Art 72 – 77). Bien que dans les dispositions précitées, on ne perçoit pas de définition de la matière civile, les articles 31 et 32 RTF procèdent par énumération. On peut citer le droit des successions, le droit des obligations, la concurrence, la propriété intellectuelle. Il porte sur les affaires contentieuses ou non. Pour ces matières déterminées, il est donc possible de saisir le Tribunal fédéral. Peuvent faire aussi l'objet du recours en matière civile, les décisions connexes aux matières de droit public.

⁹² Le recours en matière pénale est prévu par la LTF (Art. 78 – 81). Le recours en matière pénale a trait à tout ce qui se rapporte aux infractions et les prétentions de nature civile qui peuvent être jugées avec le pénal. Il porte par exemple, selon l'art. 33 RTF, sur le droit pénal matériel, la procédure pénale. Il faut faire exception des infractions militaires qui seules sont justiciables des juridictions militaires.

⁹³ Le recours est prévu aux articles 82 à 89 LTF. Il porte par exemple sur l'expropriation, le droit des constructions, la chasse, la pêche, la protection des animaux. (Art 29 et 30 RTF)

⁹⁴ Art. 86 al 1.c LTF.

⁹⁵ Le tribunal fédéral Suisse, le troisième pouvoir de l'Etat fédéral, 2016, P. 6 (v. la partie sur *priorité à l'examen de la question de droit*). La brochure est téléchargeable sur le site du tribunal fédéral suisse.

⁹⁶ En suisse, il n'existe pas de juridiction constitutionnelle spécialisée comme c'est le cas en France (du Conseil constitutionnel). Toute autorité chargée de l'application du droit vérifie la constitutionnalité des actes en cause. Il s'agit d'un contrôle « diffus » (on peut dire aussi « décentralisé »). La seconde spécificité du système suisse tient au fait qu'il n'existe pas de contrôle *a priori* (comme c'est le cas en France ; art. 54 et 61 de la constitution). Il n'existe qu'un contrôle *a posteriori*. Le Tribunal fédéral suisse se distingue du conseil constitutionnel français par sa *composition*, son *mode d'organisation*, sa *fonction*, son *mode de saisine* et même ses *interprétations de la Constitution*. Pour une explication sur le rôle du Tribunal fédéral suisse dans sa fonction de juridiction constitutionnelle, v. Gilbert KOLLY, le Tribunal fédéral Suisse *in* les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, 2016/3 n°52 pages 47 à 55.

⁹⁷ Le recours constitutionnel subsidiaire (prévu aux articles 113 à 119 LTF) est une voie de droit *extraordinaire* ouverte aux particuliers et aux groupements privés. Ce recours leur permet de saisir le tribunal fédéral afin que celui-ci déclare qu'une décision des autorités cantonales de dernière instance, dans le cas où cette décision n'est pas susceptible d'être invoquée par une voie de droit ordinaire devant l'autorité cantonale en question, porte atteinte aux droits fondamentaux. Il est possible lorsque trois (3) conditions sont réunies : Il faut l'existence d'une *décision*, qui soit insusceptible de *recours unifié*. Et que cette *décision émane d'une autorité cantonale de dernière instance*.

⁹⁸ Art 1 al. 2 de la LTF. La Suisse ne connaît donc pas de Conseil de la magistrature au *niveau fédéral*. La précision est importante parce que certains cantons connaissent un Conseil de magistrature soit de par la *dénomination* (par exemple à Fribourg, les art. 127 ss. Const.

28. En clair, le Tribunal fédéral (tout comme la Cour suprême du Royaume-Uni) prononce des décisions de nature civile, de nature pénale, administrative et constitutionnelle. On peut dire c'est la somme, en France, des fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation.

B. DELIMITATION DU CHAMP DE LA RECHERCHE

29. Dans un article consacré à « l'utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat », BONBLED conseillait au chercheur de « *déterminer le champ de comparabilité* » car « *les termes de la comparaison* » ne pouvaient pas « *être mélangés et élucidés en vrac*⁹⁹ ».

S'il ne s'agit pas, ici, d'une thèse de doctorat, on le reconnaît, la comparaison de l'étude du style des décisions de justice impose, néanmoins, la précision des termes pour en délimiter son champ. Et pour délimiter le domaine, il faut fragmenter les termes. Que signifie le terme « *style* » (1) ? Et que faut-il entendre par « *décisions de justice* » (2) ?

1. « Style »

30. L'analyse du « style » d'une décision englobe plusieurs éléments.

30.1. Il interroge, d'abord, les questions historiques. « *Dis-moi comment tu rédiges, je te dirai quel juge tu es !*¹⁰⁰ » La décision de justice, essence même de la fonction du juge, révèle l'identité du système juridique auquel appartient le juge¹⁰¹. Le juge naît et se forme dans un système juridique donné. Il n'est que le produit son histoire. Examiner son œuvre (qu'est la décision de justice) passe nécessairement par la connaissance de son système et la place qu'il y occupe.

30.2. Il interroge, ensuite, les phases préparatoires qui caractérisent « *la gestation de la décision judiciaire*¹⁰² » (formation de jugement, prise de décision, délibéré, ...). Ces éléments révèlent la conception du juge qu'il a de la fonction de juger.

30.3. Le style englobe, enfin, les traits caractéristiques de la décision¹⁰³. Ces éléments concernent à la fois la forme et le contenu de la décision¹⁰⁴.

font référence à un Conseil de magistrature) soit de par la *fonction* (par ex. l'art. 22 al. 2 LOJ dans le canton de Genève fait référence à un Conseil supérieur de la magistrature).

⁹⁹ N. BLONBLED, L'utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat, *Revue de droit international et de droit comparé*, 2006, Tome LXXXIII, p. 282.

¹⁰⁰ Fanny MALHIÈRE, *Propos introductifs*, in *Comment rédiger une décision de justice au XXI^{ème} siècle*, Dalloz, col. *Thèmes et commentaires*, 2018, p. 8.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Jean Pierre ANCEL, La rédaction de la décision de justice en France, *RIDC*, Vol. 50, n°3, juillet-septembre 1998, p. 841.

¹⁰³ Ermanno CALZOLAIO, *National Judges and Strasbourg case law : comparative Reflections about the Italian Experience*, in *Courts and Comparative Law*, Oxford university press, 2015, p. 178, « The expression 'style of judgements' indicates a series of characteristic and morphological aspects of judicial decisions, which are the manifestation of attitudes deeply rooted in the context of a legal system, such as the structure, the language used by the judges, the exposition of the facts, the ways through which the issues are discussed and set, the referral to previous cases. »

¹⁰⁴ Fanny MALHIÈRE, *Propos introductifs*, in *Comment rédiger une décision de justice au XXI^{ème} siècle*, *op. cit.* p. 2.

31. Ainsi, l'expression « *style* », entendu au sens du présent mémoire, ne se limitera pas qu'à la morphologie de la décision judiciaire. Il touchera aussi les éléments liés à l'histoire et la phase *ex-ante* de la rédaction de la décision. On ne pourra comprendre la rédaction proprement dite qu'en connaissant les éléments qui l'ont constitué.

Il faut maintenant préciser ce qu'on entend par « *décisions de justice* ».

2. « Décisions de justice »

32. Le choix de centrer le sujet sur le terme « *décisions* » exclut de facto tous les actes non décisionnels. C'est-à-dire ceux qui ne revêtent aucun contenu décisionnel. Il faut, donc, porter la précision sur ceux qui revêtent ce contenu pour ensuite délimiter le champ d'étude. Qu'est-ce qu'on entend donc par « *décisions* » ?

33. Dans le terme « *décision* », il y a le verbe « *décider* ». Et le fait de « *décider* » (en droit) n'est pas l'apanage du juge. Toute personne, morale ou physique, est habilitée à prendre des décisions (c'est le cas de l'administration, des collectivités, des arbitres ...). Cependant, lorsqu'on y ajoute « *décisions de justice* », elle (l'expression) fait automatiquement référence aux actes pris exclusivement par les juges. C'est ce qu'il va falloir analyser au sens de ces trois (3) systèmes.

34. Au sens du droit français, l'expression « *décisions* » renvoie à deux (2) acceptions. Un sens large et un sens strict. Au sens large, il est synonyme de jugement (*lato sensu*). Pris, dans ce sens, il désigne tous les actes pris par un juge et ce, peu importe leur désignation (ordonnance, jugement, arrêt ...). Dans une acception stricte, au contraire, il correspond purement et simplement aux actes pris par certaines juridictions (lorsqu'elles statuent juridictionnellement).

C'est ainsi qu'au sens purement technique, il est cohérent d'affirmer que le Conseil d'Etat rend des décisions¹⁰⁵ (et non des arrêts) ; que le Conseil constitutionnel¹⁰⁶ et le Tribunal des conflits¹⁰⁷ rendent des décisions (et non des arrêts). Cette deuxième acception (du terme « *décision* ») ne sera évidemment pas prise en compte puisque le thème du sujet ne porte pas sur ces juridictions-là. Il va falloir considérer l'expression au sens large et, ainsi, limiter notre étude aux décisions prises par les juridictions de l'ordre judiciaire, précisément aux arrêts rendus par la Cour de cassation.

34.1. L'analyse des arrêts de la Cour de cassation nous impose d'exclure tous les actes qui l'entourent c'est-à-dire les travaux préparatoires, les commentaires de doctrine, les notes, les communiqués. Ces travaux constituent certes un complément utile à la compréhension des

¹⁰⁵ Selon le code de justice administrative :

« Art. R. 741-3 : les jugements des tribunaux administratifs débutent par ... »

« Art. R. 741-4 : les arrêts des cours administratives d'appel débutent par ... »

« Art. R. 741-5 : **les décisions** du Conseil d'Etat débutent par ... »

¹⁰⁶ Art. 62 (al. 3) de la Constitution française du 4 octobre 1958 : « **Les décisions** du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours ... »

¹⁰⁷ Art 11 de la loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des Conflits : « **Les décisions** du Tribunal des Conflits s'imposent à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. »

arrêts mais ne font pas partie intégrantes de ceux-ci¹⁰⁸. De plus, ils ne partagent pas les mêmes valeurs. C'est pourquoi, on affinera notre étude sur les arrêts en eux-mêmes. Ainsi, notre analyse sera portée sur les arrêts de rejet et de cassation (excluant ainsi les arrêts de radiation, les arrêts de déchéance ...).

34.2. Les arrêts (de rejet ou de cassation) peuvent, aussi, être de plusieurs natures. Ils peuvent être de nature civile, sociale, commerciale et criminelle. Il faudra là encore se limiter aux arrêts rendus en matière civile (peu importe leur date de publication, ou le nombre de moyens de pourvoi figurant dans l'arrêt). Par arrêt rendu en matière civile, il faudra entendre ceux qui sont destinés à régler les rapports entre particuliers. L'aspect commercial et social ne seront donc pas négligés toutes les fois où leur intervention sera nécessaire.

Le synonyme de décisions de justice françaises, au sens du présent mémoire, équivaut donc aux arrêts de rejet ou de cassation rendus en matière civile.

35. Au Royaume-Uni, les juges de la Cour suprême rendent des « *judgment* ». Ce terme « *judgment* » (qu'on assimilera à décisions de justice) mérite une explication.

35.1 Selon le Black's Law Dictionary¹⁰⁹ : « *In English Law, (judgement) is an opinion delivered by a member of the Appellate Committee of the House of Lords* ». Ce terme est aussi assimilé à « *speech* ». En d'autres termes, par « *speech* » ou « *judgment* », il faut entendre les opinions délivrées par les *Law Lords*.

On peut comprendre cette assimilation de jugement (au sens de décision) à « *speech* » parce que, durant une époque précisément au temps de l'*Appellate Committee of The House of Lords*, les décisions des *Law Lords* étaient rendues à la *seriatim* (à la suite les unes des autres). Chaque juge opinait sur l'affaire à décider¹¹⁰. Après un ordre formel bref énonçant la décision, les juges exprimaient leur *speech* « *dans un style normal discursif, avec l'exposé des faits, une discussion des précédents judiciaires, l'énoncé des règles et des principes de droit*¹¹¹ ».

Il y avait bien « *un jugement de la Cour au sens d'une décision sur la question à trancher* », mais il n'y avait pas de « *motivation unique collégiale contenue dans un document unique*¹¹² ». Ce qui donnait une certaine longueur à décision.

35.2. Aujourd'hui, même si cette pratique est révolue, l'étude des décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni, montre toujours qu'il n'y a pas de modèle unique de style de

¹⁰⁸ Fanny MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation)*, Thèses, Coll. Nouvelle Bibl., 2013, p. 5-6.

¹⁰⁹ Bryan GARNER, *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, p. 918 (judgment) et p. 1530 (speech).

¹¹⁰ Elisabeth ZOLLER, La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 610.

¹¹¹ Lord WILBERFORCE, La chambre des Lords, RIDC, vol. 30, n°1, Janvier-Mars 1978, in *La cour judiciaire suprême, Enquête comparative*, p. 94-95.

¹¹² Elisabeth ZOLLER, La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis, p. préc.

rédaction¹¹³. La liberté de style en common law conduit les juges de la Cour à utiliser plusieurs possibilités.

Ce qui fait que chaque style est lié à la personnalité de l'auteur de la rédaction. C'est ainsi qu'on trouve des décisions qui ne sont pas si loin du style ancien de la House of Lords¹¹⁴. D'autres décisions peuvent, aussi, être rédigées autrement.

35.2.1. Il existe des cas où le jugement de la Cour est rédigé par un seul *Justice* au nom de la Cour. Celui-ci peut le faire soit en le précisant expressément¹¹⁵ ou soit en apposant (au début de la décision) le nom des différents *Justices* ayant donné leur assentiment à la décision¹¹⁶. La rédaction de la décision peut être, aussi, le fruit, non plus d'un (1) mais, de deux (2)¹¹⁷ ou plusieurs *Justices*¹¹⁸ qui rédigent toujours au nom de la cour. Précisons que ces hypothèses ne concernent que des cas où il n'existe pas d'opinions séparées.

35.2.2. L'autre type de rédaction c'est la présence d'opinions séparées (opinions concordantes ou dissidentes)¹¹⁹ qui figurent dans la décision. Là aussi, il est possible à un seul *Justice*, deux (2)¹²⁰ ou plusieurs d'entre eux de délivrer la décision au nom de la majorité permettant, ainsi, au(x) juge (s) minoritaire (s) de dresser leurs différentes opinions dissidentes ou concordantes.

35.3 Les jugements peuvent donc, être rédigés, de plusieurs manières devant la Cour. Ce qui rend leur étude avec les arrêts de la Cour de cassation délicate. Quoiqu'il en soit, tous ces aspects seront pris en compte dans le présent mémoire. Mais aucune analyse ne sera portée sur les opinions séparées en elles-mêmes.

35.4. La publication des jugements de la Cour suprême du Royaume-Uni sont, aussi, accompagnées de plusieurs éléments, notamment les communiqués de presse, un bref résumé de la décision où sont mentionnés les *reasons* (motifs) du jugement¹²¹. Il est vrai que ceux-ci permettent de mieux comprendre la décision¹²² mais leur exclusion concernant les arrêts de la cour de cassation française nous oblige, aussi, ici, à en faire de même.

36. Au sens du droit suisse, le terme « *décision* », tout comme en France, a un sens générique et un sens étroit.

¹¹³ Mads ANDENAS, Duncan FAIRGRIEVE, Simply a matter of style ? Comparing judicial decisions, *European Business Law* 2014, p. 375.

¹¹⁴ NML Capital Limited (Appellant) v Republic of Argentina (Respondent) [2011] UKSC 31.

¹¹⁵ Manchester City Council (Respondent) v Pinnock (Appellant) [2010] UKSC 45. Lord NEUBERGER « This is the judgment of the Court, to which all members have contributed .»

¹¹⁶ Ravat (Respondent) v Halliburton Manufacturing and Services Ltd (Appellant) (Scotland) [2012] UKSC 1. « LORD HOPE, with whom Lady Hale, Lord Brown, Lord Mance and Lord Kerr agree ».

¹¹⁷ Principal Reporter (Respondent) v K (Appellant) and others (Scotland) [2010] UKSC 56. Où Lord Hope and Lady Hale précisent : « ... this is a judgment of the court with which all members agree. »

¹¹⁸ Par ex. une décision rédigée par trois (3) Justices. V. *Shergill and others (Appellants) v Khaira and others (Respondents)* [2014] UKSC 33.

¹¹⁹ Sur la question des « opinions », v. partie consacrée au caractère du délibéré.

¹²⁰ Lucasfilm Limited and others (Appellants) v Ainsworth and another (Respondents) [2011] UKSC 39, avec une opinion concordante de Lord MANCE qui décide de n'exprimer aucune sur une question donnée. V. para 115.

¹²¹ Mads ANDENAS, Duncan FAIRGRIEVE, Simply a matter of style ? Comparing judicial decisions, op. cit. p. 371.

¹²² *Ibidem*.

36.1. Dans son sens générique, la décision peut être associée à plusieurs expressions. C'est ainsi que la loi sur le tribunal fédéral (LTF) de 2005 utilise le terme de « décisions », en faisant indifféremment référence aux actes des cantons (faisant référence tantôt aux juridictions cantonales¹²³ tantôt au gouvernement cantonal¹²⁴), des juridictions arbitrales¹²⁵, des organes d'administration du Tribunal fédéral¹²⁶, du juge instructeur¹²⁷, aux actes des juridictions fédérales¹²⁸, ou même aux propres arrêts du Tribunal fédéral lorsqu'il statue juridictionnellement¹²⁹. Il en va différemment lorsqu'on prend le terme au sens strict.

36.2. Lorsqu'on réserve le terme de « *décision* » au seul Tribunal fédéral suisse¹³⁰, l'article 38 (al.3 lettre d) du règlement sur le tribunal fédéral (RTF) fait une nuance avec deux (2) autres expressions. Il ressort de cet article que l'une des tâches du greffier est de rédiger « *les arrêts, les décisions et les ordonnances* » du Tribunal fédéral. D'où la question de savoir, à quel moment parle-t-on d'arrêts, de décisions et d'ordonnances ?

Les ordonnances sont rendues dans le cadre de la participation du greffier à l'instruction¹³¹. Ces ordonnances sont dites administratives. C'est ainsi que cette même disposition en son alinéa 4 mentionne que le juge instructeur peut autoriser un greffier à signer en son nom « *une ordonnance* » relative à l'instruction.

Quant aux arrêts, la conférence des présidents les a définis, dans sa directive interne du 18 juin 2007, comme une décision statuant sur la recevabilité ou le bien fondé d'un recours, d'une demande de révision, d'interprétation ou de rectification¹³².

Ce qu'on retiendra comme étant « *décisions de justice* », au sens du présent du mémoire, sera uniquement les arrêts statuant sur le bien-fondé d'un recours. (En suisse, certaines décisions rendues en cas de procédure dite simplifiée sont rédigés en *phrase unique*).

37. Au sens des droits suisse et britannique, la question de limiter les décisions de justice en matière civile est délicate et difficile. *Délicate* parce que ces deux (2) juridictions suprêmes ont plénitude de compétence (à la différence de la Cour de cassation française). Elles ne connaissent pas seulement des affaires en matière civile et criminelle mais aussi en matière constitutionnelle, administrative. *Difficile* parce que limiter la question à la seule matière civile heurterait la cohérence de leur système juridique (puisqu'elles ne connaissent pas de dualité juridictionnelle comme c'est le cas en France).

Par exemple, les sept (7) cours du Tribunal fédéral suisse connaissent certes des recours (de droit civil, de droit pénal, de droit public, de droit social) pour lesquels compétences leurs

¹²³ Art. 80 LTF.

¹²⁴ Art. 100 LTF.

¹²⁵ Art. 77 LTF.

¹²⁶ Art. 21 LTF.

¹²⁷ Art. 32 LTF.

¹²⁸ Art. 83 et 100 (lettre d.) LTF

¹²⁹ Art. 30 LTF.

¹³⁰ La précision est importante parce qu'au sens strict, on peut toujours distinguer la décision d'autres actes, par ex. les actes normatifs. (v. Bernard CORBOZ, Alain WURZBURGER, Pierre FERRARI, Jean-Maurice FRESARD, Florence Aubry GIRARDIN, *Commentaire de la LTF (Loi sur tribunal fédéral)*, Stämpfli Editions, 2009, p. 708, n° 28.)

¹³¹ *Ibidem*. p. 161.

¹³² *Ibidem*.

sont attribuées expressément, mais elles connaissent toutes du recours constitutionnel subsidiaire. Si, donc, une question concernant les droits fondamentaux a été soulevée à l'appui d'un recours ordinaire devant une des sept (7) cours, la solution donnée vaudra aussi pour les autres cours. Et si jurisprudence il y a, les autres cours ne pourront s'écarter qu'en respectant les conditions prévues à l'article 23 LTF. C'est une manière d'assurer et de veiller à la cohérence de la jurisprudence et du système. On perçoit cette même cohérence lorsque le Tribunal fédéral suisse fait référence à ses précédents (ex. un arrêt en matière pénale) dans une décision rendue en matière civile.

Ainsi, un concept développé en matière criminelle *peut* enrichir une notion en matière civile. Une définition ou une précision donnée en matière constitutionnelle *peut* servir dans d'autres branches du droit.

C'est pourquoi, pour ces deux (2) juridictions la comparaison des décisions en matière civile sera uniquement portée sur le Chapitre 1 de la deuxième partie intitulée « *la structure des décisions de justice* » qui ne concerne que la morphologie de la décision judiciaire. Même si pour l'essentiel, la comparaison sera centrée sur les décisions civiles, les autres types de décisions seront aussi les bienvenues soit pour justifier un point ou pour apporter une précision.

38. Une dernière précision s'impose avant l'annonce du plan. On sait que les décisions de ces trois (3) juridictions font l'objet de publication écrite (support papier) et numérique (mise en ligne). Les décisions sur support papier étant différentes et de celles mises en ligne, on se contentera des « décisions mises en ligne » non seulement parce que tout le monde y a accès mais aussi parce que les décisions mises sur support papier recèlent trop de détails.

Que ce soit en France, en Suisse ou Royaume-Uni, les décisions « mises sur internet » et « celles figurant sur support papier » sont identiques quant à leur contenu, mais la présentation formelle est différente.

39. Le « *style des décisions* » des trois (3) juridictions étant précisé voire circonscrit, il faut maintenant annoncer le plan.

C. PLAN

40. L'analyse du sujet se fera sous deux (2) angles. Dans une première partie, nous verrons la construction des différents « *styles judiciaires* » ((Partie 1). C'est dire que nous allons examiner les éléments qui ont construit, voire fondé et influencé, les différents styles de rédaction. Une fois compris, l'étude sera portée, dans une seconde partie, sur leur composition (Partie 2). C'est-à-dire les différents éléments que l'on trouve en les scrutant.

PREMIERE PARTIE : LA CONSTRUCTION « DES STYLES JUDICIAIRES »

41. Certains éléments ont joué (voire continuent de jouer) un rôle décisif dans la construction des différents styles judiciaires (chapitre 1). Ils en constituent le fondement. Quant à l'élaboration des décisions de justice, elle précède la phase de rédaction de la décision (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES ELEMENTS DECISIFS DANS LA CONSTRUCTION DES STYLES JUDICIAIRES

42. Le style d'une décision de justice naît incontestablement dans une culture juridique. Et cette culture juridique a une histoire. Cette histoire se perçoit dans la manière dont les juges rendent leurs décisions. C'est la raison pour laquelle, il faut interroger en premier lieu leur fondement historique (Section 1). Une fois étudié, il faut en venir à l'auteur de l'œuvre de la décision : le juge (section 2). Ce n'est qu'après avoir étudié ces éléments qu'il sera loisible de porter un constat sur le statut du juge (Section 3). Voilà mentionné les trois (3) éléments qui jouent un rôle décisif dans la construction d'une décision judiciaire.

SECTION 1: Les fondements historiques

43. On s'intéressera successivement aux fondements en France (§1) au Royaume-Uni (§2) et en Suisse (§3).

§1 : En France

44. La construction du style judiciaire français a suivi une évolution. Déjà au 12^{ème} siècle, la justice en France est purement verbale. La procédure et les décisions se font et sont rendues oralement¹³³. Ce n'est qu'à la seconde moitié du 12^{ème} siècle, voire début du 13^{ème} siècle que l'écrit commence à prendre forme¹³⁴. Les premières décisions sont rendues par la Cour du roi. Ces décisions, que l'on trouve dans les *Olim*¹³⁵, sélection d'arrêts et d'enquêtes (rédigées en latin) en matière civile contenus dans un registre qui se faisaient sous forme de résumé, suivent une certaine structure.

¹³³ Tony SAUVEL, Histoire du jugement motivé, Revue de droit public et de Science politique, 1955, p. 9.

¹³⁴ *Ibidem*. p. 10

¹³⁵ Ces *Olim* ont été rédigés entre 1274 et 1318. Les premières décisions remontaient à 1254.

Rendues *nostra curia*, on voyait (dans la décision) des éléments concernant l'objet du litige, les informations concernant des parties, l'exposition des prétentions des parties, la procédure suivie (qui contient les enquêtes, l'audition des parties) et la solution du litige¹³⁶. L'usage de certains mots ne manquait pas : *judicatum est quod, quia...*

45. Toujours à cette même époque, les arrêts (jugés importants) sont motivés tandis que d'autres non¹³⁷. Cette motivation, pour les affaires dont la cause est importante, ne prenait sa source dans aucune disposition légale¹³⁸.

46. Ensuite vient le 14^{ème} siècle, où de nouveaux éléments apparaissent. C'est la période où le Parlement de Paris, démembré de la Cour du Roi, commence à prendre une certaine autonomie. Il juge certains contentieux et tient des sessions judiciaires. Lorsqu'il rend les arrêts, ils conservent plus ou moins la structure des décisions anciennes. Il rendait ses arrêts en une seule phrase, dépourvues de signes ponctuations la plupart du temps¹³⁹. Les mots latins¹⁴⁰ *cum, attento quod, considero quod* ou *visique* sont employés¹⁴¹. Les termes comme *super eo quod*, introduisait l'objet du litige, *quare petebat* les demandes des parties, *auditus partibus* pour préciser que les parties ont été entendues ; la présence de *visa, visique*, était perceptible non pour faire référence à des textes mais à des éléments de preuve comme les témoins, les pièces du procès et, enfin, au dispositif¹⁴². A noter que l'absence de motif, lui donnait la possibilité de décider (dans son dispositif) soit *per arrestum* (lorsque l'arrêt était rendu en Grande Chambre ou après un délibéré) soit *per judicium* (si l'affaire était jugée par la chambre des enquêtes)¹⁴³.

47. La particularité de ces arrêts était, donc, l'absence de motifs, ou la non-motivation des arrêts. L'influence du droit canonique, mais aussi certaines raisons politiques à l'époque royale y ont contribué¹⁴⁴. L'on prétendait que si motivation des décisions il y avait, elle fragiliserait l'institution ainsi que son autorité car elle conduirait à porter des critiques. C'est

¹³⁶ Jean Louis HALPERIN, Les styles judiciaires, des traditions nationales ?, *Droit et société* 2015/3, n° 91, p. 495. V. aussi. Tony SAUVEL, *Ibidem*, p. 11

¹³⁷ *Ibidem*, p. 13

¹³⁸ *Ibidem*, p. 18

¹³⁹ Monique MORGAT-BONNET, Une source de droit au moyen âge : les arrêts de la cour du parlement de Paris, in *les sources du droit à l'aune de la pratique judiciaire*, Colloques, Editions Panthéons-Assas, 2018, p. 141 et ss.

¹⁴⁰ Jusqu'en 1539, les décisions étaient rédigées en latin. A cette date, François Ier prend une ordonnance et prescrit l'usage du langage maternel français pour les actes officiels.

¹⁴¹ Jean Louis Halpérin, *op. cit.* p. 495

¹⁴² Monique MORGAT-BONNET, Une source de droit au moyen âge : les arrêts de la cour du parlement de Paris, *op. cit.* p. 143-144.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 144.

¹⁴⁴ Jean Louis HALPERIN, Les styles judiciaires, des traditions nationales ?, *op. cit.* p. 496 ; v. égal. Tony SAUVEL, Histoire du jugement motivé, *op. cit.* p. 21-22.

Il faut préciser que, aujourd'hui, le droit canonique (l'ensemble des règles qui étudie l'Eglise catholique dans sa dimension juridique c'est-à-dire son organisation, sa composition et son fonctionnement), prévoit que « les sentences sont motivés en fait et en droit » (V. Patrick VALDRINI, Olivier ECHAPPE, Jean Paul DURAND, Jacques VERNAY, *Droit canonique*, Dalloz, 2^{ème} édition, 1990, p. 414, n°703).

La structure d'une sentence en droit canonique obéit à cette forme : D'abord, EN-TÊTE, on perçoit certaines références (objet du litige, nom de la juridiction et son lieu, date de la sentence...) ainsi que le plan du raisonnement (uniquement le raisonnement) de la juridiction, par exemple (*Plan de l'in iure*, I. ... II. ... 1. ... 2. ... 3...). Dans LE CORPS DE LA DECISION, la juridiction commence par exposer les faits. Elle précède l'exposition des faits en usant de certains mots : *LES FAITS* ou *EXPOSE DES FAITS*. Ensuite vient le "IN JURE" ou (EN DROIT). Dans son raisonnement, la juridiction commence par expliquer chaque point qui fait l'objet du plan. Après avoir expliqué ces points, en donnant la situation, les critères ou les conditions d'application du droit. Elle confronte les éléments de droit aux faits en mettant expressément "EN FAIT". Enfin, elle termine son raisonnement, en disant, par exemple *en conclusion*, tel point de droit doit être rejeté ou utilise toute autre expression équivalente.

pourquoi, entre les années 1320 et 1336 les décisions montraient la rareté des motifs¹⁴⁵, jusqu'à en disparaître complètement.

La Cour du parlement de Paris ne motivait plus ses arrêts. Cependant, ces arrêts furent toujours rendus au nom du roi.¹⁴⁶ Et puisque ceux-ci étaient rendus au nom du roi, et que le roi n'avait pas à expliquer ses raisons parce qu'étant uniquement responsable devant Dieu¹⁴⁷, il allait de soi que les décisions rendues par la Cour du parlement de Paris ne soient pas motivées. Tenant aussi son autorité du roi, il arrivait des cas où il (le parlement) statuait non pas en droit mais en équité¹⁴⁸. Il méconnaissait la chose jugée et rendait des arrêts de règlements au point de ne plus rendre compte au Roi. En clair, il agissait comme bon lui semble. Cette façon de faire s'étendait à toutes les cours provinciales.

48. Cette émancipation du Parlement de Paris (mais aussi des autres cours royales dont le parlement servait de juridiction supérieure), et la méfiance vis-à-vis de ceux-ci quant à la confiscation du pouvoir de justice conduira les révolutionnaires, en 1790, à procéder à un remaniement de la justice. Ainsi, deux (2) lois importantes sont prises : Il s'agit de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire (article 15) qui donne des prescriptions sur la rédaction des décisions de justice et de la loi des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 qui institue « *un Tribunal de cassation auprès du Corps législatif* ».

48.1. La première loi fut celle qui sépara la fonction judiciaire de la fonction administrative¹⁴⁹. Mais ce qui reste intéressant pour notre sujet, c'est qu'elle fut celle qui posa, pour la première fois, les différentes parties d'une décision de justice ainsi que l'adoption de motifs¹⁵⁰ dans ces décisions (tant en première instance qu'en appel). Le titre V de l'article 15 (de cette loi) disposait ainsi : « *La rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, comprendra quatre parties distinctes. Dans la première, les noms et les qualités des parties. Dans la seconde, les questions de fait et de droit qui constituent le procès seront posées avec précision. Dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction et les motifs qui auront déterminé le jugement, seront exprimés. La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement.* »

48.2. La seconde loi instituant le tribunal de cassation fait de celui-ci le gardien du respect de la loi. Le Tribunal de cassation a été institué dans le but de veiller à ce que les juges inférieurs ne violent pas la loi. Il n'était donc point question pour lui de créer le droit ni même d'interpréter les textes¹⁵¹. Il devait se contenter de dire les paroles de la loi c'est-à-dire être « sa bouche ». Il était donc normal que l'article 17 de cette loi impose au Tribunal de cassation de faire figurer dans son dispositif le texte de loi sur lesquels la décision sera

¹⁴⁵ Tony SAUVEL, *op. cit.* p. 20.

¹⁴⁶ *Ibidem.* p. 24

¹⁴⁷ Monique MORGAT-BONNET, Une source de droit au moyen âge : les arrêts de la cour du parlement de Paris, *op. cit.* p. 145.

¹⁴⁸ Tony SAUVEL, *op. cit.* p. 24

¹⁴⁹ Art. 13 de cette loi : « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives...* »

¹⁵⁰ La présence des motifs était confirmée dans d'autres dispositions. Il y avait l'art. 208 de la Constitution du 5 fructidor an III qui disposait : « les jugements sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée ». Puis, l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 prévoyait : « les arrêts qui ne contiennent pas les motifs, sont déclarés nuls. »

¹⁵¹ L'art. 12 de la loi des 16-24 août 1790 prévoyait un référé législatif en vertu duquel les juges « s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ».

appuyée. Le tribunal dans ses premières décisions se résignait à « *casser* » les décisions des juges inférieurs pour contravention à la loi.

Il utilisait des formules comme, vu l'article X. casse l'arrêt attaqué ou casse et annule comme contraire à X. article de Loi¹⁵². Dans les décisions on pouvait aussi voir certaines formules telles que « *parce que* », « *considérant que* », « *attendu que* ».

49. Aujourd'hui, la Cour de cassation¹⁵³ (ancien Tribunal de cassation) est le produit de son histoire. Son rôle, le style de ses décisions, l'usage de la phrase unique, du visa, des formules telles que « *attendu que* », « *casse* » et « *annule* » ne sont pas si loin des jurisprudences anciennes.

§2 : *Au Royaume-Uni*

50. Le système britannique se caractérise surtout par sa continuité historique. Le Parlement britannique, composé de deux (2) chambres, la chambre des Communes (House of Commons) et la Chambre des Lords (House of Lords), est la plus ancienne juridiction de Common Law¹⁵⁴. Précisément, les fonctions judiciaires étaient entièrement dévolues à cette dernière chambre avant que celles-ci ne soient transférées à la nouvelle Cour suprême.

51. La House of Lords (voire les 2 chambres du parlement) succède au « *King's Council*¹⁵⁵ » qui était composé de barons et d'hommes d'Eglises puissants qui avait pour mission de conseiller le roi dans l'exercice de ses fonctions royales et dispenser la justice au plus haut niveau. Cette ancienne institution cumulait les fonctions législatives, exécutives et judiciaires. Jusqu'en 1399, c'était les deux chambres du Parlement qui entendaient des pétitions pour que les jugements des tribunaux inférieurs soient inversés. Après cette date, la Chambre des communes a cessé d'examiner de tels cas, laissant la charge à la Chambre des Lords d'être la plus haute juridiction d'appel¹⁵⁶.

52. Sa fonction judiciaire était exercée par l'ensemble des membres de la Chambre¹⁵⁷. Elle était composée des *lays peers* (ceux qui n'avaient aucune qualification juridique et qui participaient aux délibérations) et des pairs (*peers*) (Le Lord Chancelier, les anciens Lords chanceliers) qui avaient une formation juridique¹⁵⁸. Cette composition dura longtemps jusqu'au 19^{ème} siècle, période majeure de réforme du système judiciaire.

53. D'abord en 1844, la pratique qui permettait aux *lay peers* de prendre part aux délibérations et à la participation des décisions fut critiquée et abandonnée. Elle était considérée comme affaiblissant l'autorité¹⁵⁹ des décisions. D'autres critiques furent adressés à l'encontre de la House of Lords au point d'en proposer sa suppression dans une disposition du

¹⁵² Cass. 19 avril 1792 et 3 mai 1792 (Devilleneuve et Carette, 1843, t. 1, p. 4-5) ; Cass. 3 août 1792 et 7 décembre 1792 (Sirey, t. 1, col. 7 et 18).

¹⁵³ La cour de cassation a été créée par le Senatus-Consulte du 28 floréal an XII (1804).

¹⁵⁴ Richard WARD, Amanda WRAGG, English Legal system, Oxford press, 2005, Ninth Edition, p. 241.

¹⁵⁵ *Ibidem*. p. 222.

¹⁵⁶ <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.htm> .

¹⁵⁷ Lord Wilberforce, La chambre des Lords, RIDC, *op. cit.* p. 86.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ O'Connell v The Queen (1844) 11 Cl & F, 155, HL.

Judicature Act 1873. Mais cette proposition ne fut pas adoptée jusqu'en 1876 où l'*Appellate Jurisdiction Act* vit le jour. Sur le fondement de cet acte, la House of Lords est reformée.

54. Cette loi prévoit la nomination des *Lords of Appeal in Ordinary* (qui sont des juristes confirmés). Elle subordonne la nomination des *Lords*, par acte officiel de la Reine, à une exigence : l'occupation d'une haute fonction judiciaire pendant au moins deux (2) ans ou être avocat pendant au moins 15 ans.

Les affaires étaient jugées par une formation d'au moins trois (3) membres (le Lord Chancelier, Les *Lords of Appeal in Ordinary* et les pairs ayant occupé une haute fonction judiciaire) ou à cinq selon les cas¹⁶⁰. Sa compétence s'étendait aux matières civiles (*civil cases*) concernant les décisions de la *Court of Appeal* (s'agissant de l'Angleterre et du pays de Galles), de la Cour d'appel d'Irlande du Nord, et de la *Court of session* (s'agissant de l'Ecosse) et à la matière pénale (*criminal cases*) contre les décisions rendues par la division criminelle de la *Court of Appeal* et celles de la Cour du Banc de la Reine (*Queen's Bench Division*).

55. Concernant son style de rédaction, les décisions étaient rendues par tous les juges. Chaque juge donnait son opinion sur le cas à trancher. Il s'agissait, donc, d'une succession d'opinions. Et ces opinions étaient dénommées « *speech* ». Ces opinions étaient exprimées dans un style discursif (avec l'utilisation du pronom personnel "I" - je), exposaient les faits de l'affaire, la procédure suivie, une discussion des précédents judiciaires, l'énoncé des règles et des principes de droit¹⁶¹. Les juges de la Cour qui partageaient l'opinion des autres *Law Lords* avaient la possibilité, après l'intervention de leur collègue, soit :

- de dire brièvement et simplement qu'ils partagent l'avis de tel ou tel juge. Par exemple sous cette forme¹⁶² :

...

LORD HOFFMANN

2 My Lords, I have had the advantage of readings in draft the speech of my noble and learned friend, Lord Millett. For the reasons he has given, I too would allow this appeal

...

LORD RODGER OF EARLSFERRY

45 My Lords, I have had advantage of readings in draft the speech of my noble and learned friend, Lord Millett. For these reasons he gives in his speech I would allow this appeal.

- soit de donner une brève explication après avoir énoncé qu'ils partagent les motifs et la solution¹⁶³ :

LORD SCOTT OF FOSCOTE

My Lords,

74. I have had the advantage of reading a draft of the opinion of my noble and learned friend, Lord Hoffmann. I am in respectful agreement both with his reasoning and his conclusions but, in view of the importance of this

¹⁶⁰ Richard Ward, Amanda Wragg, *English Legal system*, op. cit. p. 242.

¹⁶¹ *Ibidem*. p. 95.

¹⁶² *Inland Revenue Commissions v Laird Groupe plc*, [2003] UKHL 54.

¹⁶³ *International Power PLC (appellants) v. Healy and Others (respondents) (Formerly National Power PLC (appellants) v. Feldon and others (respondents)) National Grid company PLC (appellants) v. Mayes and others (respondents)* [2001] UKHL 20.

case to those concerned with the administration of pension schemes, I propose to set out, in brief, my reasons for agreeing that the appeals in these two cases should be allowed.

75. The first, ...

...

77. In my opinion,

...

81. I, too, would allow the appeals.

56. Aujourd'hui, avec le *Constitutionnal Reform Act 2005* c'est à la Cour suprême du Royaume-Uni que les attributions de l'ancien Comité d'appel de la House of Lords ont été dévolues. C'est la raison pour laquelle, certains auteurs affirment que « *le Constitutionnal Reform Act 2005 n'a pas véritablement « crée » de Cour suprême puisqu'il a perpétué les compétences de l'Appellate Committee de la Chambre des Lords en les attribuant à une juridiction nouvellement dénommée ayant une même place dans l'ordre juridictionnel*¹⁶⁴. »

57. Toutefois, l'avènement de la nouvelle Cour suprême a marqué une évolution dans la théorie de séparation des pouvoirs au Royaume-Uni et évite, aujourd'hui, une confusion des pouvoirs¹⁶⁵.

D'abord, la fonction du *Lord Chancellor* telle que conçue avant le CRA a été supprimée. *Le Lord Chancellor* était à la fois ministre de la justice, membre de la chambre des Lords (institution judiciaire), et président de la Chambre des Lords (assemblée parlementaire). Toutes ces fonctions étaient exercées par la même personne.

Le second tournant majeur est la suppression de la compétence judiciaire de la chambre des Lords qui a été attribuée à la *Supreme Court of United Kingdom*. Aujourd'hui, il s'agit de deux (2) organes distincts.

§3 : *En Suisse*

58. La première constitution fédérale, du 12 septembre 1848, fit de la Suisse « *un Etat fédéral* ». La Suisse n'étant qu'une ancienne confédération avant 1848¹⁶⁶, dès 1848 la création d'un Etat fédéral nécessitait la création d'une juridiction fédérale dont le but serait d'assurer le respect du droit fédéral par les autorités cantonales et fédérales. En d'autres termes, il fallait assurer le respect de la répartition des compétences entre les autorités cantonales, entre les

¹⁶⁴ Aurélie DUFFY-MEUNIER, La Cour suprême du Royaume-Uni après le Constitutionnal Reform Act 2005 : une juridiction hors norme, p. 707.

¹⁶⁵ Vanessa BARBE, Les premiers pas de la Cour suprême britannique (Constitutionnal Reform Act 2005), Constitutions 2010, p. 213.

¹⁶⁶ Avant 1848, la Suisse était une Confédération. Précisément, la situation va de 1033 (où elle fait encore partie du Saint empire Romain de la nation allemande) jusqu'au traité de Westphalie en 1648 (où l'indépendance de la Confédération est acquise et quitte ledit Empire). Puis en 1798 (où la Suisse est envahie par la France) jusqu'à l'établissement du pacte fédéral en 1815. Et elle connaît une guerre (entre les cantons) en 1847. v. Michel FROMONT, Grands systèmes de droit étrangers, *op. cit.*, p. 88-96

autorités cantonales et fédérales, et entre les collectivités et les particuliers¹⁶⁷. C'est dans cette optique que cette première constitution donna le jour au « Tribunal fédéral ».

59. Ses compétences étaient essentiellement limitées ; elles ne s'étendaient qu'aux litiges civils, pour toutes les questions concernant les organes précités, aux litiges pénaux (par exemple pour les infractions politiques) qui requéraient l'assistance de jury et pour certaines questions de droit public (par exemple en cas de violation des droits fondamentaux garantis par ladite constitution)¹⁶⁸.

60. Juridiction non permanente, sa situation a évolué avec la deuxième constitution du 29 mai 1874. Le tribunal fédéral devient en 1875 une juridiction permanente, avec des compétences plus élargies¹⁶⁹. Ainsi, il tranche les conflits de compétence entre les autorités fédérales et cantonales ; il connaît des recours contre les décisions cantonales en cas de violation des droits constitutionnels mais aussi connaît des recours en cas de violation des traités internationaux¹⁷⁰. Il rend un nombre croissant de décisions¹⁷¹.

61. Plus encore son rôle se confirme et s'assoit avec la dernière constitution du 18 avril 1999 qui lui donne le statut « d'autorité suprême de la confédération¹⁷² ». Durant ses étapes d'évolution, ses pouvoirs se sont accrus.

Sa position au sein de l'Etat et le but de sa création se distinguaient, donc, de celle du Tribunal de cassation en France (devenu Cour de cassation) et celui des juges en Outre-manche.

62. Quant à ses propres arrêts, on perçoit une évolution progressive. Déjà au début du 20^{ème} siècle¹⁷³, il (le tribunal fédéral) délaisse certains caractères du style de rédaction français¹⁷⁴. La motivation de ses décisions est déjà étoffée, le style impersonnel et direct y sont employés¹⁷⁵, la numérotation y figure¹⁷⁶ (mais pas encore de subdivision).

¹⁶⁷ Jacques BÜHLER, le développement de la justice dans l'Etat fédéral Suisse, in *History of the Suprem Courts of Europe and the development of human rights*, p. 488-496

¹⁶⁸ Le tribunal fédéral Suisse, le troisième pouvoir de l'Etat fédéral, 2016, P. 4 (v. la partie sur *histoire du tribunal fédéral*), téléchargeable sur le site du tribunal fédéral.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ Déjà en 1875, il rend au total 772 décisions (soit 585 décisions civiles). En 1997, ce nombre évolue. Il rend au total 5462 décisions (soit 855 décisions civiles). v. Jacques BÜHLER, *op.cit* p.492

¹⁷² Art. 188 al. 1 Cst. féd.. ; Jusqu'en 2007, il existait un Tribunal fédéral des assurances (créé en 1997). Depuis 2007, il a été absorbé par le Tribunal fédéral. Son rôle est assumé aujourd'hui par la cour de droit social.

¹⁷³ Jean Louis HALPERIN, *les styles judiciaires, des traditions nationales ?*, Droit et société 2015/3 (n°91), p. 500

¹⁷⁴ Il s'agit essentiellement de *la phrase unique*. « Dans l'ancienne tradition juridique, le juge rédigeait sa décision en une *seule phrase*. En droit privé, celle-ci pouvait avoir la teneur suivante : **Le Tribunal** (désignation), *dans la difficulté qui oppose* (désignation des parties), *après avoir observé* (examen des conditions de recevabilité) **considérant A. En fait** (exposé détaillé des faits) **et B. En droit** (exposé détaillé de la motivation juridique) **décide** : (dispositif). » v. Pierre TERCIER, Christian ROTEN, *la recherche et la rédaction juridiques*, 7^{ème} édition, Schulthess, Editions Romandes, 2016, p. 193 n°1003. Toutefois, il faut préciser que l'utilisation de la phrase unique n'est pas totalement abandonnée. Par exemple, le tribunal fédéral l'utilise pour les arrêts dit de simple irrecevabilité, après usage de l'expression « considérant ». Pour exemple, v. en ligne sur le site du tribunal fédéral suisse dans la rubrique *autres arrêts dès 2000*, 5A_547/2016 du 22 juillet 2016 ; v. également 5A_268/2016 du 13 avril 2016. D'autres arrêts d'irrecevabilité au contraire ne sont pas rédigés en une seule phrase. Pour un exemple v. 5A_1038/2015 arrêt du 7 janvier 2016.

¹⁷⁵ *Journal des tribunaux judiciaires et Revue judiciaire*, Lausanne : Société du journal des tribunaux et revue judiciaire, 1910, 58^{ème} année, p. 13-19. Dans la décision, on perçoit l'usage par le tribunal fédéral du pronom impersonnel « il » et du pronom personnel indéfini « on ».

Aujourd'hui, c'est de cette même Constitution (fédérale) du 18 avril 1999 que le Tribunal fédéral tient sa compétence. Il développe, par ses arrêts, la jurisprudence fédérale et l'enrichissement de ses motivations éclaire davantage.

SECTION 2 : Le juge

63. Le juge est considéré comme un acteur essentiel dans un système juridique. Il participe au développement du droit. Selon les systèmes juridiques, sa place (§2) et son image (§1) varient.

§1. L'image populaire de la fonction du juge

64. Pour cerner cet aspect, il faut partir de l'idée que les systèmes juridiques français et anglais se sont formés différemment.

64.1. Le système français s'est formé sur un régime d'administration d'Etat¹⁷⁷. C'est simple. L'idée est que la protection des droits et des libertés individuelles doit être le fruit de l'administration. Il appartient, donc, à l'Etat de prendre des dispositions pour réglementer la société et non au juge. Le législateur dispose et impose, et le juge se contente d'appliquer¹⁷⁸. Il n'a pas à s'immiscer dans la fonction législative, surtout que celle-ci (la loi) est l'expression de la volonté générale. C'est au législateur, et à lui seul, d'édicter la règle. Et c'est au juge, qu'il convient de l'appliquer à des cas concrets. Il n'a pas le droit de substituer au législateur. La prohibition des arrêts de règlement est un exemple parlant. Cette conception est toujours d'actualité.

La protection des parties faibles (consommateur, salarié ...), la réglementation des contrats, la sanction des infractions (limitons, ici, le cas aux crimes et délits) sont enfouies dans des Codes. Nos droits se voient mieux protéger par le législateur. Ce n'est que lorsqu'une situation litigieuse se présente devant le juge, que celui-ci « dit le droit » selon les règles de droit applicables (déjà prédéfinies par le législateur). Là se trouve toute la différence avec le système britannique.

64.2. Le souci d'affirmer «la prééminence du droit » (ou *Rule of law*¹⁷⁹) dans la tradition de common law a permis de hisser le juge à un rang que ne disposait pas l'institution administrative. Dans la tradition de common law, l'institution judiciaire est reconnue pour

¹⁷⁶ *Ibidem*. La numérotation en lettres pour l'exposé des faits (A. - B. ...) et en chiffres pour l'énoncé du raisonnement du tribunal (1. - 2. ...)

¹⁷⁷ Elisabeth ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, 2013, 2^{ème} édition, p. 101 (n°95).

¹⁷⁸ C'était déjà le cas de la loi des 16 et 24 août 1790, (art. 10) « Les tribunaux ne pourront prendre, directement ou indirectement, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif à peine de forfaiture. »

¹⁷⁹ Rule of law ne signifie pas règle de droit (ou même règle juridique). Pour la compréhension de l'expression Rule of Law v. Lord BINGHAM, *The Rule of Law*, QLJ, p. 67 et ss.

mieux protéger et garantir les libertés individuelles. Et ce, plus que de l'institution administrative¹⁸⁰.

Alors qu'en France, il était affirmé, à une époque que le roi « ne pouvait mal faire » ; en Outre-Manche, Sir Edward Coke répondait dans une affaire¹⁸¹, au roi d'alors, Jacques 1^{er}, qui prétendait vouloir connaître lui-même d'une requête afin de pourvoir la juger en vertu de Sa prérogative ordinaire, que : « *le Roi en sa personne ne peut juger aucune affaire qu'elle soit criminelle ou civile; ... de telles affaires doivent être décidées et jugées par une cour de justice. ... Aucun roi, après la conquête, ne s'est attribué le droit de rendre justice dans aucune affaire quelle qu'elle soit concernant l'administration de la justice, celles-ci étant uniquement résolues par les cours de justice.* » Et lorsque le Roi répondit « *qu'il pensait que le droit était fondé sur la raison et qu'il avait autant de raison que les juges.* ». Sir Edward Coke dupliquait en disant : « *S'il est vrai que sa Majesté est dotée par DIEU d'un grand savoir et de grandes qualités naturelles, Sa Majesté ne connaît pas les lois du Royaume d'Angleterre et les affaires qui concernent la vie, les héritages, ... lesquelles ne doivent pas être décidées par la raison naturelle, mais la connaissance argumentée et raisonnée du droit ; que le droit nécessite une longue étude et expérience ...* »¹⁸².

Dans ce système, donc, c'est le juge qui est le meilleur protecteur des droits et libertés.

Dans la tradition britannique, le juge ne se contente pas d'appliquer, de créer et/ou de faire respecter le droit à qui que ce soit. Le droit est et reste « *ce qui est dit par le juge c'est lui vrai le droit.* »¹⁸³ Cette conception du droit, dans le système britannique, a, évidemment, donné à la société une perception du droit et surtout une perception du juge qui se distingue radicalement de la tradition juridique continentale.

65. Et cette différence de conception influence inéluctablement le style de rédaction, le mode de raisonnement ou même la manière de traiter ou de répondre à une question posée à un juriste. Prenons même le cas d'un simple étudiant en droit.

Par exemple, lorsqu'il est demandé à un étudiant en droit, né dans la tradition juridique continentale (par ex. en France), de répondre à une question juridique posée isolée, ou de résoudre un cas pratique. Il utilise toujours *la méthode déductive*, qui est celle de partir d'une disposition générale et abstraite, pour ensuite la confronter au cas d'espèce afin d'y conclure. Il *déduit* la solution de la règle de droit¹⁸⁴. En revanche, dans la tradition common law, c'est plutôt *la méthode inductive*. C'est-à-dire qu'il part d'une situation concrète, des faits similaires pour trouver la solution. Il regarde dans la jurisprudence (ou les jurisprudences antérieures) pour voir qu'est-ce qui s'apparente au cas qui lui est soumis afin de répondre à la question. Si les faits sont similaires à ceux précédemment jugés, il applique la même solution¹⁸⁵. Il

¹⁸⁰ Elisabeth ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. p. 101.

¹⁸¹ Il s'agit de l'affaire Questions of prohibitions ou l'affaire des Interdictions (1607). V. Stephenson et Marcham, *Sources of English Constitutional History*, I, p. 437-38.

¹⁸² Pris de Elisabeth ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit. p. 78-79.

¹⁸³ *Ibidem*. p. 103 (in fine) -104.

¹⁸⁴ *Ibidem* v. aussi. Emmanuel JEULAN, in *Dictionnaire de la justice* de Loïc CADIET, PUF, 2004, p. 1272

¹⁸⁵ *Ibidem*.

procède par *induction*. Ce procédé de réflexion marque encore la différence que ces deux (2) systèmes ont de la conception du droit et du juge.

66. Quant à la Suisse, pays de tradition romano-germanique, son histoire nous conduit vers une autre approche. Dans un ouvrage intitulé *voyage en Suisse*, Tocqueville déclarait que, par rapport aux Anglais (il comparait surtout la Grande Bretagne à la Suisse), les Suisses n'éprouvent pas un goût profond et un amour passionné pour la justice¹⁸⁶. Cette réflexion, maintenant obsolète, pourrait conduire à se demander qu'en est-il aujourd'hui ?

67. L'exercice d'une fonction suppose un pouvoir et tout pouvoir a besoin de légitimité¹⁸⁷. Cette légitimité dépend de l'image que l'on se peut se faire. Selon qu'il s'agisse d'une personne ou d'une fonction, cette image joue un rôle dans la mentalité collective¹⁸⁸. Qu'est ce qui fonde la légitimité des juges en Suisse ? Serait-ce uniquement le mode de désignation ?

68. Une chose est sûre : le fait que les juges (du tribunal fédéral) soient élus donne une confiance aux citoyens. C'est une source de légitimité. Mais tout ne se réduit pas à cet aspect-là. C'est pourquoi, est-il préférable de se tourner vers une enquête sociologique.

Il ressort de plusieurs enquêtes de satisfaction¹⁸⁹ menées (en Suisse) que les juges Suisses se sont construit une légitimité. La confiance que les citoyens accordent à leur juge dépend de plusieurs facteurs : elle tient aux qualités éthiques d'un juge (impartialité, indépendance, incorruptibilité), aux connaissances juridiques mais surtout à la clarté de la rédaction des décisions, à la gestion du temps et au traitement rapide des affaires¹⁹⁰, à la conformité des procès-verbaux aux débats, et, encore une fois, à l'élection de juges par le peuple (dans certains cantons)¹⁹¹.

Ce faisant, l'élément important à retenir, en tout cas ce qui sert au mieux notre sujet, c'est la « *clarté de la rédaction des décisions* » qui a été l'un des éléments permettant d'asseoir sa légitimité, et partant son image. Lorsqu'une décision de justice est lisible, compréhensible, explicite, intelligible, rédigée en termes simples, clairs et nets, ce qui la rend, ainsi, accessible à tous, cela renforce non seulement la légitimité du juge mais cela montre réellement que la justice est faite pour les justiciables et sert au mieux leurs intérêts.

¹⁸⁶ A. de Tocqueville, *Voyage en Suisse*, in Œuvres, vol. I, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1991, P. 618-19. Il disait ceci : « Les Suisses ne montrent pas pour la justice ce goût qui caractérise si fort les Anglais : les tribunaux n'occupent pas plus de place dans l'opinion que dans les rouages politiques ... Les Suisses ne montrent pas au fond de leur âme ce respect profond du *droit*, cet amour de la *légalité*, cette répugnance à l'emploi de *la force*, sans lesquels il n'y a pas de nation libre et qui frappent tant l'étranger en Angleterre. » Le texte cité a été pris dans Elisabeth ZOLLER, *Introduction au droit public*, op. cit. p. 100, n°94.

¹⁸⁷ Georges WIEDERKHER, Qu'est-ce qu'un juge ?, in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, 1995, p. 575

¹⁸⁸ Nicholas QUELOZ, l'image du juge aujourd'hui en Suisse, *AJP*, 1996, 1-6, p. 170

¹⁸⁹ Nicholas QUELOZ, op. cit. p. 170-178 ; Florence KRAUSKOPF, *la formation initiale des juges*, RDS, p. 209-212. L'auteur rapporte les différences enquêtes qui ont été faites par certains cantons (Zurich en 1989, Berne 2000, Valais 2003, Soleure en 2003, Genève à intervalles réguliers de 1995 ...) et un groupe de chercheurs.

¹⁹⁰ Selon le rapport de gestion 2017 du tribunal fédéral rendu le 19 février 2018, 8029 affaires ont été introduites. 7782 ont été tranchées (soit 3948 pour le droit public, 1805 pour les affaires civiles et LP, 2024 pour les affaires pénales et 5 pour les autres affaires). Les procès ont duré en moyenne *140 jours* (Seulement pour les affaires civiles et LP, 620 en moins *d'un mois*, 423 de *1 à 3 mois*, 423 de *3 à 6 mois*, 276 de *7 à 12 mois*, 59 *entre 1 et 2 ans* et 4 *pour plus de 2 ans*).

¹⁹¹ L'élection des juges du Tribunal fédéral par l'Assemblée fédérale en fait aussi partie.

§2. La place du « juge » dans les différents systèmes juridiques

69. Dans un article intitulé « *Le juge à travers le temps et l'espace : Tableaux d'une exposition sur le thème des grands systèmes judiciaires* ¹⁹² » Mme Anne-Françoise DEBRUCHE dressait un portrait des juges dans le monde. Ainsi, elle considérait qu'il y avait dix *Tableaux d'exposition* consacrée au juge dans le monde ¹⁹³.

Au nombre de ces catégories, figurent deux (2) d'entre elles qui orienteront notre analyse. C'est la figure du juge-interprète, que représente le système français (A), et celle du juge-législateur ou juge-nomothète (c'est-à-dire qui crée le droit à l'intérieur de son système), que représente le système britannique (B). Quant au juge dans le système suisse (C), on le considérera comme juge-intermédiaire.

A. Le système français : un système du juge « serviteur de la loi »

70. La jurisprudence (en France) est-elle oui ou non source du droit ? ¹⁹⁴ On peut se poser la question de savoir si ce sujet a encore une utilité. Quoiqu'il en soit, il est, aujourd'hui, difficile d'affirmer que le juge est encore le serviteur ou la bouche qui prononce les paroles de la loi. Puisque le juge est chargé d'interpréter la loi, et que l'interprétation de la loi est un procédé de récréation. Son travail d'interprétation ne le conduit-il pas à l'élaboration du droit ? Ne participe-t-il pas, ainsi, à la création ou à la production du droit ? Une réponse positive ne manquerait pas de logique. Plus intéressant encore, est l'avènement du contrôle de proportionnalité comme nouvelle forme de raisonnement de la Cour de cassation qui change profondément sa mission traditionnelle ¹⁹⁵.

71. Le rôle créateur de la jurisprudence se manifeste, aujourd'hui, dans tous les domaines du droit, aussi bien en droit public qu'en droit privé. Ce rôle de production du droit est visible. La Cour de cassation le montre par ses méthodes d'interprétation, lorsqu'elle émet des

¹⁹² Anne-Françoise DEBRUCHE, *Le juge à travers le temps et l'espace : Tableaux d'une exposition sur le thème des grands systèmes judiciaires*, Rev. dr. Int. et comp. 2008, p. 365 et ss.

¹⁹³ Ce sont : Les juges-interprètes/juges-nomothètes/juges-Janus/juges-arbitres/juges-spectateurs/juges acteurs/ juges sans épée/juges-administrateurs/juges-associés/ et juges-rois.

¹⁹⁴ Louis BACH, *La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation !)*, in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron - Liber Amicorum*, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 47 et ss. L'auteur, dans cet article, fait une remarquable distinction entre les expressions *source du droit* et *source de droit*. Pour lui, « vouloir déterminer si une autorité est ou n'est pas une « source de droit » consiste à rechercher si elle peut ou non intervenir dans la création du droit, mais cela ne signifie pas que, pour ce faire, elle doive y procéder par voie de dispositions abstraites et hypothétiques, de règles de droit, autrement dit par voie de normes juridiques générales. Au contraire, vouloir déterminer si une autorité est ou non « source du droit » c'est, de manière plus limitée, chercher à savoir si elle peut participer à la création de normes juridiques générales, en écartant, par conséquent, la question de la possible création par cette autorité de prescriptions concrètes et catégoriques, c'est-à-dire de décisions, autrement dit des normes juridiques individuelles. »

Pour distinguer les différences sources qui participent ou non à la formation du droit, les classifications proposées sont multiples : *sources directes/sources indirectes* ; *sources formelles/sources matérielles* ; *sources traditionnelles/sources modernes* ; *sources écrites/sources non écrites* ; *sources de principes/sources d'exception* ; *sources supérieures/sources inférieures* ; *sources de productions du droit/sources de connaissances du droit* ; *sources médiatees/sources immédiates* ; *sources pratiques/sources théoriques* ; *sources légales/sources non légales* ; *sources dérivées/sources auxiliaires* ; *sources officielles / sources officieuses*.

¹⁹⁵ Pascale DEUMIER, *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?*, Recueil Dalloz 2015, p. 2036.

distinctions entre des concepts, lorsqu'elle doit combler des lacunes de la loi, adapter une notion aux exigences de l'époque¹⁹⁶ ou attribue à « sa jurisprudence » un caractère rétroactif.

72. Il est vrai, au regard de ces éléments, que le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle¹⁹⁷ est indéniable et s'accroît de jour en jour, mais la présence des articles 4¹⁹⁸ et 5¹⁹⁹ du code civil, encore en vigueur, lui interdit expressément de l'affirmer comme tel.

Ces articles qui constituent l'un des fondements du système juridique français lui rappellent que la loi est (et doit être seulement) le produit du législateur²⁰⁰. Ce sont des panneaux indicateurs. Ils signifient que les juges restent toujours soumis à la loi. Et cette conception se justifie du fait de la place (primordiale et importante) de la loi dans les pays dits romano-germaniques (ou issus de cette tradition). Elle se manifeste d'autant plus, dans leurs décisions de justice, à travers le point de départ de leur raisonnement qui part des textes de droit écrit²⁰¹. Il en va différemment dans le système britannique.

B. Le système britannique : un système du « judge made law »

73. Ce n'est un secret pour personne que l'une des particularités dans les systèmes de common law, c'est la création du droit par le juge. Le juge est un acteur essentiel (et non exclusif) dans l'élaboration du droit. Il participe à sa production, à sa création, à son évolution, à son développement, à son perfectionnement et à son achèvement.

DICEY²⁰² l'expliquait par cette phrase : « *La meilleure partie du droit anglais est le droit fait par le juge (judge made law) ; en d'autres termes, cette partie se compose de règles qui doivent être dégagées des jugements rendus par les tribunaux. Cette partie du droit n'a pas été créée par Act du parlement ; elle n'est pas inscrite dans le statute-book. C'est l'œuvre des Tribunaux ; elle est consignée dans les Recueils de jurisprudence (Reports) ; en résumé, c'est le fruit de la législation judiciaire* ».

74. Il en résulte que la particularité du système anglais c'est qu'il fait de la personne du juge l'une des sources de production du droit. C'est un droit jurisprudentiel (*case law*). Ce n'est pas un droit marqué par de grandes théories mais un droit né, issu et forgé de l'expérience et de la pratique²⁰³. Et ce droit emplit encore, aujourd'hui, tout le système juridique britannique. Cette conception confère, évidemment, un prestige au juge, et partant une grande portée à la jurisprudence.

¹⁹⁶ Dominique LORIFERNE, la structure et la valeur de la décision : approche contemporaine, in *les sources du droit à l'aune de la pratique judiciaire*, Colloques, Editions Panthéons-Assas, 2018, p.158.

¹⁹⁷ Delphine LANZARA, *Le pouvoir normatif de la cour de cassation à l'heure actuelle*, LGDJ, thèses, 2017.

¹⁹⁸ L'article 4 du code civil français dispose : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

¹⁹⁹ Art. 5 du code civil : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. » Pour un exemple d'arrêt de règlement Cass. civ., 22 oct. 1957, D. 1957.732.

²⁰⁰ Par Législateur, il faut entendre ici Celui qui fait la loi, au sens large. C'est-à-dire, loi, définie comme une règle juridique de portée générale par tout organe pouvant l'adopter. C'est ainsi qu'on y inclure en plus du pouvoir législatif, le pouvoir exécutif (ordonnance, règlement) mais aussi le peuple (pour les lois référendaires).

²⁰¹ René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOZI, Marie GORE, *les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit. , p. 113.

²⁰² Albert Von Dicey, *Léçons sur les rapports entre le droit et l'opinion politique en Angleterre au cours du XIX^{ème}* (Traduction française , v. Giard et E. Bière) p. 340-341.

²⁰³ Antoine BULLIER, *La Common Law*, Dalloz, Connaissance du droit, 4^{ème} édition, 2016, p. 15.

75. La jurisprudence (*case law*) dans ce système lie le juge. Elle a une valeur contraignante. L'importance de la jurisprudence dans ce système postule, donc, la connaissance de la hiérarchie judiciaire²⁰⁴. Car les décisions des juges (de rang supérieur) ont valeur de précédent pour les juges inférieurs. Ceux-ci ne doivent pas s'écarter des règles prises par la juridiction qui leur est hiérarchiquement supérieur. C'est la doctrine du *Binding precedent* (appelée encore *stare decisis*²⁰⁵). Ainsi, les décisions de la *Supreme Court* obligent juridiquement la *Court of Appeal*. Et les décisions de cette dernière lie *Hight Court*.

Le système suisse, à la différence du système français et anglais (on pourra employer maintenant britannique), s'insère dans une démarche plutôt intermédiaire.

C. Le système suisse : le juge, un « législateur subsidiaire »

76. L'article 1^{er} du code civil suisse, du 10 décembre 1907²⁰⁶, présente une originalité. A la différence du code civil français qui ne prévoit aucune disposition quant aux sources du droit, ce texte *ouvre* le code en énonçant la pluralité des sources du droit qui y sont énoncées expressément²⁰⁷ (loi, coutume, jurisprudence, doctrine) puis procède à une hiérarchisation de ces sources²⁰⁸. Il commence par donner priorité à la loi en faisant de la loi le point de départ du texte. Ensuite, donne place à la coutume²⁰⁹ et enfin une *place* au juge en lui donnant la possibilité d'établir les règles comme « *s'il avait à faire acte de législateur* ». On assiste à une sorte de « délégation de pouvoir » du législateur au profit du « judiciaire ».

La seconde originalité que présente le texte est celle d'encadrer le pouvoir normatif du juge en lui permettant de s'inspirer « *de la doctrine et de la jurisprudence* ». Le pouvoir normatif du juge prend sa source soit dans la doctrine soit dans la jurisprudence pour combler les lacunes de la

²⁰⁴ Parmi les classifications qui peuvent être faites dans la hiérarchie judiciaire *anglaise* (Civil Courts/ Criminal courts ; Courts/Tribunals ; Courts of original jurisdiction / Appellate courts...) celle qui demeure essentielle et principale est la division entre les Superior courts (Suprem Court, Court of Appeal, Hight Court, Crown Court ...) et les Inferior Courts (County courts, Magistrate's Courts ...). Les décisions des juges inférieurs n'ont pas valeur de précédent.

²⁰⁵ Qui signifie " s'en tenir à ce qui a été décidé".

²⁰⁶ Entré en vigueur en janvier (1^{er}) 1912, l'article 1^{er} est rédigé ainsi qu'il suit : « La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

Pour une compréhension plus détaillée de l'article 1^{er} du code civil suisse v. Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX, *Commentaire Romand, code civil Art. 1-359 CC commentaire*, Helbing Lichtenhahn, 2010, p. 1-35. L'ensemble de l'ouvrage a été commenté par quarante (40) auteurs ; V. aussi Andréa BRACONI et Blaise CARRON, *Code civil suisse et code des obligations annotés*, Helbing Lichtenhahn, 10^{ème}, 2016, p.3-5.

²⁰⁷ D'autres sources du droit complètent aussi cette liste. Il s'agit des principes généraux du droit, du droit conventionnel (le cas de la convention européenne des droits de l'homme) et du droit étranger. Pour un approfondissement de ces questions v. Jean François DUMOULIN et Gabriel FROSSARD, *Théorie et pratique du droit-les sources du droit, la documentation juridique et l'informatique documentaire*, Editions Helbing et Lichtenhahn, 1992, p. 44-50.

²⁰⁸ Il faut noter que l'avant-projet du code civil suisse, qui était la version proposée par Eugen Huber contenait une légère différence (seulement) au niveau de l'al. 2 et 3 de l'article 1^{er} du code actuel. Dans sa rédaction, l'avant-projet affirmait qu'en l'absence d'une disposition légale, le juge devait se prononcer selon le droit coutumier et, « en l'absence d'un droit coutumier, suivant la doctrine et la jurisprudence. »

A défaut de ces sources, il (le juge) appliquera les règles qu'il édicterait s'il avait à faire office de législateur » v. *Code civil Suisse, avant-projet du département fédéral de justice et police*, Berne, 1900.

²⁰⁹ En l'absence de définition, Le terme « coutume » doit être compris comme « le droit objectif non écrit résultant d'un usage implanté dans une collectivité pendant une certaine durée (*longua consuetudo*) et tenu par elle comme **juridiquement obligatoire** (*opinio necessitatis*) ». Pascal Pichonnaz et Bénédicte Foëx, *op. cit.* p 12, n. 27. Pour connaître le droit coutumier, le juge se réfère à « la doctrine, la jurisprudence ; il peut aussi s'enquérir auprès des cercles intéressés, des autorités locales ou encore ordonner une expertise. » *Idem*.

loi. L'article 1 du code civil suisse fait, donc, du juge un second législateur à défaut de « *disposition légale applicable et de droit coutumier* ».

En cas de lacune proprement dite²¹⁰ du texte, il ne sera pas donc pas coupable d'un quelconque déni de justice²¹¹, mais par habilitation du texte, il se comportera comme un *législateur*. On perçoit là *l'humilité* du législateur qui reconnaît par cette disposition que la loi ne *peut* pas tout prévoir puisque « *l'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit ... et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière*²¹². »

77. On assiste, donc, à trois (3) systèmes différents. L'un qui interdit au juge de créer le droit (France), l'autre qui lui donne autorisation de créer seulement à défaut de dispositions (légales et coutumières) applicables (Suisse), et, enfin, un autre qui affirme ouvertement le rôle créateur du juge (En outre-Manche).

SECTION 3 : Formation des juges et accession à la fonction de juge.

78. Nous traiterons successivement de la formation des juges (§1) et de l'accession à leur fonction (§2). Alors que le premier paragraphe traitera de tous les juges en général (tout comme on l'a fait dans la partie consacrée à l'image du juge), le second se limitera aux juridictions suprêmes : objet de comparaison.

§1. La formation des juges

79. La formation des juges a, nécessairement, une incidence sur le mode de désignation. On choisit un juge pour ses qualités, ses aptitudes. Comment les juges sont-ils formés ? La réponse varie nécessairement.

A. Dans le système français

80. En France, le recrutement et la formation professionnelle des magistrats varient selon qu'ils appartiennent à l'ordre judiciaire ou administratif. Les magistrats des deux (2) ordres

²¹⁰ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, Arrêt 5A_706/2014 du 14.01.2015 de la 11^{ème} cour de droit civil (consid. 3.1), : « **Une lacune proprement dite** (art. 1 al. 2 CC) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point alors qu'il aurait dû le faire et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. En revanche, si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un **silence qualifié**. Quant à **la lacune improprement dite**, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une **lacune proprement dite** appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de la séparation des pouvoirs, de corriger les silences qualifiés et les lacunes improprement dites. »

²¹¹ L'article 4 du code civil français dispose : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » ; le déni de justice fait aussi l'objet d'une condamnation pénale au sens de l'article 434-7-1 du code pénal français.

²¹² Discours préliminaire de Portalis, du premier projet de Code civil, prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement, le 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801).

juridictionnels sont régis par des textes différents. Par conséquent, ils ont des statuts différents.

81. Pour les magistrats de l'ordre judiciaire, leur recrutement ainsi que leur formation est prévue au chapitre 2, « *Du recrutement et de la formation professionnelle des magistrats* », de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

82. Il résulte de celle-ci qu'il existe deux (2) modes de recrutement : Le premier est celui de l'accès par l'Ecole Nationale de Magistrature (ENM) et le second, « le recrutement latéral », qui se fait par intégration directe au corps judiciaire.

82.1. En ce qui concerne le premier point : L'intégration de l'ENM peut se faire soit par voie de concours, soit sur titres²¹³.

82.1.1. Le recrutement par voie de concours est de trois (3) sortes.

82.1.1.1. Le premier, c'est celui qu'on appelle « le concours étudiant ». Il est réservé aux candidats âgés de 31 ans au plus et doivent remplir un certains nombres de conditions à savoir être de nationalité française, jouir des droits civiques et être de bonne moralité, se trouver en position régulière au regard du code de service national, remplir les conditions d'aptitudes nécessaires à l'exercice de leur fonction et, évidemment, être titulaire d'un diplôme sanctionnant une formation d'une durée au moins égale à quatre années d'études après le baccalauréat ou justifiant d'une qualification reconnue au moins équivalente à certaines conditions²¹⁴.

82.1.1.2. Le second est le concours dit « fonctionnaire » réservé « *aux fonctionnaires de l'Etat, des collectivités territoriales, aux militaires*²¹⁵ ... ».

82.1.1.3. Le troisième concours est réservé aux personnes, qui, durant huit années au total, ont exercé une ou plusieurs activités professionnelles, un ou plusieurs mandats de membres d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale ou de fonctions juridictionnelles à titre non professionnel²¹⁶.

Ces trois concours sont de même niveau comme le mentionne à chaque fois l'article 17 de l'ordonnance de 1958. Ces personnes déclarées admises au concours seront nommées « auditeurs de justice ».

82.1.2. Le second moyen d'accès à l'ENM est l'admission sur titre. Ces personnes, sans passer par un concours, peuvent être nommées directement auditeurs de justice. On peut citer entre autres, conformément à l'article 18-1 de l'ordonnance, les docteurs en droit qui, soit possèdent, outre les diplômes requis pour le doctorat, un autre diplôme d'études supérieures ; ou qui ont au moins 3 années d'expériences professionnelles en qualité de juriste assistant.

²¹³ Art. 15 de l'Ordonnance portant statut de la magistrature du 22.12.1958.

²¹⁴ *Ibidem.* art.16

²¹⁵ *Ibidem.* Art 17-2.

²¹⁶ *Ibidem.* Art 17-3.

82.2. Le second moyen d'accès au corps judiciaire, sans avoir le statut d'auditeur de justice à l'école nationale de Magistrature (ENM), c'est le recrutement latéral par intégration directe. Ce mode de recrutement permet à une catégorie de personnes d'intégrer directement le corps judiciaire²¹⁷.

B. Dans le système britannique

83. La fonction de juge dans les systèmes de common law est une fonction élogieuse et prestigieuse²¹⁸. Les juges sont dotés d'une grande expérience pratique du droit. La manière dont les juges sont formés est différente de celle en France²¹⁹.

Contrairement au système français qui permet, par exemple, l'accès à la magistrature à un jeune étudiant, formé depuis longtemps à la théorie et seulement quelques années à la pratique en tant qu'auditeur de justice, d'accéder si jeune au corps judiciaire, les juges britanniques exercent les fonctions d'avocats avant d'accéder aux fonctions de juge. Ce qui leur donne une grande expérience pratique et une bonne méthode de raisonnement. Habités à la pratique, ils connaissent mieux les rouages.

84. Pour accéder au poste de juge (professionnels) au Royaume-Uni (mais on limitera la question au droit anglais), il faut être un ancien praticien, on l'a déjà dit. La plupart des personnes nommées aux fonctions de juges ont exercé la profession d'avocat. Et cette profession d'avocat en droit anglais se divise principalement en deux (2) branches²²⁰ : *Barristers et Solicitors*.

85. Les *Solicitors*, admis à la fonction de juge, accèdent aux juridictions inférieures, et les *Barristers* aux juridictions supérieures. Mais, avant d'exercer en tant que *Solicitors* ou *Barristers*, ils obtiennent un diplôme (LLB) (ou tout autre diplôme équivalent²²¹) et ensuite suivent des formations différentes.

85.1. Les *solicitors* disposent d'un corps professionnel appelé *Law Society*. Les *Solicitors* forment une catégorie d'avocats qui exercent plusieurs tâches. Alors que le droit français différencie les tâches des avocats, de ceux des huissiers de justice, de ceux des notaires. Le métier de *Solicitors* regroupe toutes ces fonctions à la fois. Ainsi, ils s'occupent des transactions immobilières de propriété (*conveyancing*), de droit des successions (*probate*), des questions de divorce, de la notification des actes. Ils représentent les clients devant les *tribunals*²²² et plaident devant une catégorie de juridictions. Les *Solicitors* assurent aussi l'instruction des affaires pénales. Ils sont en contact direct avec les clients, et servent ainsi

²¹⁷ Ibidem, v. art 22 et ss.

²¹⁸ Antoine J. BULLIER, *La Common Law*, op. cit. p. 71 et ss.

²¹⁹ La méthode d'enseignement du droit dans les Universités est aussi différente. V. ouvrage préc. p. 59 et ss.

²²⁰ Richard WARD, Amanda WRAGG, *English Legal system*, op. cit. 347.

²²¹ Géraldine Gadbin-George, Anne Brunon-Ernst, Armelle Sabatier, Suhasini Vincent, Justin Beplate, *Glossaire de droit anglais*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014, p. 24.

²²² Les *tribunals* se distinguent des *courts*. Les *tribunals* dépendent de l'exécutif, et leurs membres sont amovibles. Les *courts* en revanche sont indépendants de l'exécutif et tranchent les litiges. V. Antoine J. BULLIER, *La Common Law*, op. cit. p. 81.

d'intermédiaire entre le client et le *Barrister*. Le titre de *Solicitors* s'acquiert pendant au moins six (6) ans²²³. Pendant, ces années ils suivent des cours de droit et sont formés à la pratique. Ayant obtenu le titre, ils exercent, encore, des années avant d'accéder aux fonctions de juge, s'ils y ont été admis.

85.2. Les *Barristers* représentent la fonction la plus importante des avocats. Même si traditionnellement, ils n'avaient aucun contact avec les clients, le *Bar Council* (l'ordre des avocats) auxquels ils appartiennent a autorisé le contact direct avec les parties seulement à certaines conditions²²⁴. Les *Barristers* plaident devant les juridictions supérieures. Lors de leur formation, ils sont formés à la pratique. L'accent est mis sur la procédure, la manière de présenter un dossier. Ils suivent d'excellentes formations pratiques dans leur cursus. Ce sont des spécialistes de la procédure et de la plaidoirie. Et ils jouent un rôle important dans la tradition juridique anglaise. Ce sont eux qui sont recrutés comme conseillers de la Reine (*Queen's Counsel*). Et c'est parmi eux, que les juges de rang supérieur (*Hight Court, Court of Appeal*) sont recrutés. Il faut préciser que le choix est porté sur les *Barrister* qui ont obtenu une meilleure carrière professionnelle. Ainsi, ceux qui accéderont aux fonctions de juges ce sont les meilleurs avocats.

86. Pour finir sur ce point, on terminera par cette phrase qui résume bien la différence de formation de juges entre les pays de civil law et ceux de Common law : « *Comment des juges anglo-saxons, anciens avocats n'ayant pas suivi une formation élitiste ... peuvent-ils jouir d'un tel prestige ? ... Dès les études, le bon étudiant en droit est celui qui se distingue au cours des Moots, ces prestigieux concours de plaidoiries suivis de près par les grands cabinets d'avocats du pays. Il n'est pas celui qui brille dans une matière précise ... un bon juge, c'est avant tout un avocat brillant qui va se distinguer pendant une dizaine d'années avant de changer de fonction*²²⁵. »

C. Dans le système suisse

87. Tout comme le Royaume-Uni, la Suisse (au niveau fédéral) ne connaît pas d'Ecole de magistrature. Mais, il existe néanmoins des voies de formation des juges.

88. On peut citer d'abord **l'association de l'Académie Suisse de la magistrature**²²⁶ qui a été fondée en 2007 par l'ensemble de 9 facultés de droit Suisse, l'Institut de droit de 'l'Università della Svizzera italiana'', la Fondation pour la formation continue des juges et l'Association Suisse des magistrats de l'ordre judiciaire²²⁷. Son but est d'organiser « *une formation certifiée pour les futurs juges et les juges en fonction ainsi que les greffiers rédacteurs* »²²⁸. La

²²³ Steve WILSON, Helen RUTHERFORD, Tony STOREY, Natalie WORTLEY, *English Legal System*, Oxford University press, 2014, p. 285.

²²⁴ Code of conduct (Annex F2 – Public Access Rules).

²²⁵ Aurélie DUFFY, Wanda MASTOR, Regards croisés sur les figures des procès anglo-saxons, in *Les figures du procès au-delà des frontières*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 72.

²²⁶ www.unine.ch/magistrature.

²²⁷ Art 3 du Statut de l'association « Académie suisse de la magistrature »

²²⁸ Art 2. Al. 1 du Statut de l'association « Académie suisse de la magistrature ».

formation est sanctionnée par l'obtention d'un *Certificat d'Etudes approfondies en Magistrature*. Elle se déroule pendant 24 mois contenant six (6) modules de formation²²⁹. La formation est assurée par des professeurs, avocats, magistrats, interprètes et bien d'autres corps.

89. On peut citer encore l'**Ecole Romande de la magistrature pénale (ERMP)**²³⁰, qui a été fondée par des magistrats. Elle délivre un Certificat d'Etudes approfondies (ou avancées) pour la magistrature pénale²³¹. Cette formation s'adresse aux magistrats civils, aux procureurs nouvellement élus, militaires de la poursuite pénale, à leurs collaborateurs, aux juristes enquêteurs. Elle dure environ 9 mois.

90. Citons aussi, la **Maitrise universitaire en droit en sciences criminelles mention magistrature**²³² proposée par l'Ecole de Sciences Criminelles rattachée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne qui met l'accent sur les questions liées à l'instruction pénale, à l'audience devant le tribunal, aux procédures civiles, pénales, administratives. Il donne ainsi une chance aux personnes intéressées par les métiers de la magistrature d'acquérir des bases nécessaires liées à la pratique judiciaire. La formation dure deux (2) ans.

91. On peut citer également la Staatsanwaltsakademie (CAS forensics I et II)²³³, et certains autres certificats délivrés par certaines universités de Saint Gall et de Lucerne.

Il faut donc dire qu'en Suisse il n'y a pas de structure qui s'occupe de la formation des magistrats. Ce sont ces différents diplômes qui leur serviront de formation.

§2. L'accession aux fonctions de juges

92. Le juge peut accéder à ses fonctions soit par nomination (A), c'est le cas de la France et du Royaume-Uni, soit par élection (B), c'est le cas de la Suisse.

A. La nomination

93. L'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature en France prescrit en son article 3 : « *Sont placés hors hiérarchie, les magistrats de la cour de cassation, à l'exception des conseillers référendaires, des avocats généraux référendaires et des auditeurs ; ...* ». Plus loin, est l'article 37 alinéa 1^{er} de la même ordonnance qui précise : « *Les magistrats du siège placés hors hiérarchie sont nommés par décret du président de la République dans les conditions prévues à l'article 65 de la Constitution.* » Cette dernière (art. 65) prévoit que « *la formation du Conseil supérieur de la*

²²⁹ Par exemple le module *communication* touche les aspects psychologiques de l'activité judiciaire, la langue de procédure, la rédaction des jugements.

²³⁰ <https://www.he-arch.ch/gestion/ermp>.

²³¹ Le nom du certificat est « Certificat of Advanced Studies pour la magistrature pénale » (CAS MAP).

²³² <https://www.unil.ch/ecolededroit/Master/Magistrature>. Il faut faire remarquer qu'il n'est plus possible de s'inscrire à ce diplôme. Ce master sera remplacé par un nouveau Master. C'est le « Master en Droit en professions judiciaires ».

²³³ <https://www.unilu.ch/fakultaeten/rf/institute/staatsanwaltsakademie/weiterbildung/>

magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la cour de cassation ... ».

Ainsi les magistrats du siège à la Cour de cassation, sur proposition (de la formation compétente) du conseil supérieur de la magistrature, sont nommés par décret du président de la République.

94. Les juges de la Cour suprême du Royaume-Uni, à l'instar de ces derniers, sont nommés. Conformément au *Constitutionnal Reform Act 2005*, section 23 (2), les *Justices* de la Cour suprême sont nommés par la Reine par un acte officiel (*Letters patent*).

La procédure de sélection des juges est le fait d'une commission indépendante composé de cinq (5) membres, le *Judicial Appointment Commission*. Cette sélection est ensuite adressée au Lord Chancelier pour que celui-ci en fasse la proposition au Premier ministre. Ce n'est qu'après la procédure de sélection et de proposition faite à celui-ci, que ce dernier fait la recommandation à la Reine. Dans ce choix opéré, il faut qu'au minimum deux (2) juges soient de nationalité écossaise et nord-irlandaise.

95. Contrairement à l'ordonnance de 1958 en France, la CRA subordonne la nomination des *Justices* à une qualification juridique. Ainsi, la section (25) du CRA²³⁴ dispose qu'une personne ne pourra accéder aux fonctions de *Justices* s'il n'a pas, au minimum, tenu de haute fonctions judiciaires durant au moins (2) ans ou s'il n'a pas exercé les fonctions d'avocat pendant au moins 15 ans.

B. L'élection

96. La Suisse connaissant une double structure de son système judiciaire (un système judiciaire propre à chaque canton et un système judiciaire fédéral), il va de soi que l'accès aux fonctions de juge (par élection) diffère selon les droits cantonaux et le droit fédéral.

Alors qu'au niveau cantonal l'élection des juges peut être le fait du peuple²³⁵, du parlement²³⁶ ou des institutions spécifiques²³⁷ et fonction de certains critères²³⁸, les juges du tribunal fédéral sont élus par l'Assemblée fédérale²³⁹ pour une durée de six (6) ans²⁴⁰ ; période dans

²³⁴ « A person is not qualified to be appointed a Judge of the Supreme Court unless he has (at any time) :

(a) held high judicial office for a period of at least 2 years, or

(b) been a qualifying practitioner for a period of at least 15 years ... »

²³⁵ Par exemple Zurich, Bâle, St-Gall, Grisons, Tessin et Genève. Dans ces cantons, le peuple désigne les juges de première instance. v. François BOHNET, *Droit des professions judiciaires – avocat. Notaire. Juge*, Collection Neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn, 3^{ème} édition, 2014 p.130 n°138

²³⁶ Neuchâtel, Berne, Fribourg, Jura, Appenzell, Rhodes-Extérieures et Lucerne. v. *idem*

²³⁷ Vaud, valais ; C'est le tribunal cantonal qui choisit les juges.

²³⁸ Par exemple la nationalité (est un critère généralement retenu dans tous les cantons).

²³⁹ Art. 143 Cst. et art. 5 LTF.

²⁴⁰ Art. 145 Cst.

laquelle ils exercent leur fonction²⁴¹. Lorsqu'ils atteignent l'âge de 68 ans, leur période de fonction s'achève à la fin de l'année civile²⁴².

97. Aucune formation juridique n'est exigée pour être juge fédéral. La nationalité²⁴³, l'âge²⁴⁴ et l'absence d'une interdiction²⁴⁵ sont les seuls critères exigés pour accéder à la fonction de juge. Aucune autre condition n'est demandée²⁴⁶.

98. En pratique, le choix des juges, se fait en fonction de leur appartenance ou non à un parti politique²⁴⁷ et/ou, porte « sur des juristes confirmés issus principalement du monde judiciaire, mais aussi du barreau, de l'université ou de la haute administration ».²⁴⁸

On peut dire aussi que des dispositions conjuguées des articles 22 LTF²⁴⁹ et 16 RTF²⁵⁰, une qualification juridique est importante, voire exigée en ce qu'elle a une influence sur la qualité des décisions de justice et les méthodes de raisonnement ; choses auxquelles les juristes tiennent tant.

CHAPITRE 2 : L'ELABORATION DES DECISIONS DE JUSTICE

99. L'élaboration de la décision correspond à la phase *ex-ante* de la rédaction de la décision. Il s'ensuit qu'élaborer une décision n'est pas rédiger une décision²⁵¹. Il s'agit du processus qui vient avant la rédaction. Ce processus concerne principalement la formation de jugement (Section 1) et la phase du délibéré (Section 2).

SECTION 1 : La formation de jugement

100. La formation de jugement, intégrée dans cette partie, se justifierait si le thème du sujet était centré sur « l'autorité des décisions de justice ». Evidemment, celle-ci a une grande influence sur l'autorité d'une décision. Un arrêt rendu par une formation simple de jugement

²⁴¹ Art. 9 LTF. Un auteur fait la distinction entre les articles 145 de la Cst. et 9 de la LTF. Tandis que le premier traite de *la durée de fonction*, le second touche *la période de fonction*. Ces deux (2) articles se recoupent sans, toutefois, se confondre. Alors que la durée de fonction est limitée par la période d'exercice et ne peut pas l'excéder, le second peut la réduire, par exemple, en cas de vacance. (v. Yves DONZALLAZ, *op. cit.* 143, n.185)

²⁴² Art. 9 al. 2. LTF

²⁴³ Art. 143 Cst. « Tout citoyen ou citoyenne ayant le droit de vote est éligible ... au Tribunal fédéral. »

²⁴⁴ Art. 136 Cst. « Tous les Suisses et toutes les Suissesses ayant 18 ans révolus ... »

²⁴⁵ Art 136 précité : « Tous les Suisses et toutes les suissesses qui ne sont pas interdits pour cause de maladie mentale, ou de faiblesse d'esprit ... »

²⁴⁶ ATF 134 I 16 consid. 4.2, JdT 2008 I 96 : « Il n'y a pas de droit constitutionnel à un juge bénéficiant d'une formation juridique. »

²⁴⁷ François BOHNET, *Droit des professions judiciaires – avocat. Notaire. Juge. Op. cit. p. 130. n°139* ; v. également Yves DONZALLAZ, *loi sur le tribunal fédéral suisse commentaire, op. cit. p.114-116, n° 123-124*

²⁴⁸ Gilbert KOLLY, Le tribunal fédéral suisse, in *les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, 2016/3 Page 47 à 55 n° 52.

²⁴⁹ L'article 22 dispose ainsi : « Le tribunal fédéral fixe dans un règlement les modalités de la répartition des affaires entre les cours selon les domaines juridiques ... »

²⁵⁰ L'article 16 énonce ainsi : « Les juges suppléants sont attribués aux cours en fonction de leurs connaissances particulières ... »

²⁵¹ Aurélien ANTOINE, Duncan FAIRGRIEVE, *Ecrire les décisions de justice ... une comparaison franco-britannique*, RDP 2014, n°3, p. 759, note pied de page n°26.

(par ex. celle 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation française) n'a pas la même autorité que celle rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française. L'autorité ou l'importance attachée à une décision varie nécessairement selon qu'elle est rendue en formation simple ou en assemblée plénière.

Cependant, pour qu'il y ait autorité de décision cela suppose que celle-ci (la décision) puisse exister. Et cette existence de la décision se perçoit par sa « rédaction » qui est l'œuvre personnelle du juge. Cette rédaction peut, aussi, varier, en fonction de la composition de formation de jugement.

101. Si on prend la rédaction « au sens formel du terme », en France et au Royaume, il n'y a pas de différence. Mais, en Suisse la composition de formation a une incidence sur la rédaction. Les arrêts dits de simple irrecevabilité (par ex. en cas de procédures simplifiées), qui sont rendus souvent par un seul juge, sont rédigés pour la plupart comme en France en *phrase unique*. Mais dans le cas des autres procédures, composant plusieurs juges, lorsqu'il s'agit de statuer, par exemple, sur un recours de droit (civil, pénal ...) qui appelle à trancher une question sérieuse, le style de rédaction changera. Ils feront complètement fi de la *phrase unique*.

102. Si on attaque le style au sens de son contenu, devant les (3) juridictions le style change. Une décision rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en France, par onze (11) *Justices* devant la Cour suprême au Royaume-Uni (comme dans la décision concernant le *Brexit*), et par cinq ou plusieurs juges en Suisse, sera plus enrichie, plus motivée que celles rendues par une formation ordinaire.

103. L'étude de la composition de formation de jugement n'est donc pas superfétatoire. C'est pour cette raison qu'on a jugé mieux de traiter de la composition des formations de jugement (§I). Quant à l'audience (§II), elle fait partie aussi de l'élaboration de la décision.

§I. La composition des formations de jugement

104. La composition des formations juridictionnelles varie dans chaque système. La composition de la formation de jugement à la Cour de cassation française (A) se différencie du Tribunal fédéral suisse (C), qui elle, aussi se différencie de la Cour suprême du Royaume-Uni (B).

A. A la Cour de cassation française

105. La Cour de cassation française, on l'a déjà mentionné, est constituée de six (6) chambres. Les arrêts de la cour de cassation sont rendus soit par l'une de ses chambres (1), soit par une chambre mixte (2), soit par l'assemblée plénière²⁵² (3).

²⁵² Art. L 421-3 du C. org. Judi.

1. Devant l'une des chambres de la Cour de cassation

106. Les arrêts peuvent être rendus soit en formation restreinte, soit en formation de section ou en formation plénière. La formation restreinte est composée de trois (3) juges. Cette formation de trois (3) juges statue, si le pourvoi paraît irrecevable ou si celui-ci n'est pas fondé sur des moyens sérieux de cassation²⁵³. En cas d'admission du pourvoi, la formation ne sera autorisée à statuer que si la solution paraît s'imposer.

Dans le cas contraire, celle-ci (la formation restreinte) renverra l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre²⁵⁴. Ainsi, cinq (5) juges ayant voix délibérative seront présents pour connaître de la cause. Cette formation de cinq (5) magistrats est appelée « la formation de section ».

Il est possible, in fine, que l'une des chambres de la Cour de cassation statue en formation plénière. Il faut, toutefois, préciser que devant la chambre criminelle, le procédé est légèrement différent.

2. Le renvoi en chambre mixte²⁵⁵

107. Le renvoi d'une affaire en chambre mixte peut être sollicité soit par le premier président, soit sur arrêt motivé de la chambre saisie du pourvoi. Le renvoi est de droit lorsqu'il émane du procureur général²⁵⁶. Une affaire peut (il s'agit d'une faculté) être renvoyée en chambre mixte lorsqu'il est établi qu'une question relève des attributions de plusieurs chambres, ou lorsque celle-ci est susceptible de recevoir des solutions divergentes devant différentes chambres²⁵⁷. En cas de partage égal des voix devant la chambre compétente, le renvoi doit être obligatoire²⁵⁸.

Dans tous les cas, la chambre mixte sera composée de magistrats appartenant à trois (3) chambres au moins de la cour. Celui qui présidera (la chambre mixte) sera le premier président (à défaut, le plus ancien des présidents de la chambre de la Cour), le président et le doyen de chacune des chambres et ainsi que deux (2) conseillers de chacune de ces chambres²⁵⁹. Elle peut être composée, en tout, de treize (13) à vingt-cinq (25) membres²⁶⁰.

3. L'Assemblée plénière

108. C'est la formation la plus solennelle de la Cour de cassation parce qu'elle réunit les présidents et doyens des six (6) chambres ainsi que des conseillers de chaque chambre²⁶¹. A

²⁵³ Art. 1014 du C. pr. Civ.

²⁵⁴ Art. L 431-1 du C. org. Jud.

²⁵⁵ Le rôle que joue aujourd'hui la chambre mixte était assuré, jadis, par « l'Assemblée plénière civile ».

²⁵⁶ Art. L 431-7 du C. org. Jud.

²⁵⁷ Art. L. 431-5 du C. org. Jud.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ Art. L 421-4 C org. Jud.

²⁶⁰ Thierry DEBARD, Serges GUINCHARD, André VARINARD, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 2017, p. 809.

²⁶¹ Art. L. 421-5 du C. ord. Jud.

l'instar de la chambre mixte, elle est présidée par le premier président, ou en cas d'empêchement, par le plus ancien des présidents de chambres²⁶². Elle comprend 19 membres²⁶³.

Le renvoi d'une affaire en assemblée plénière, selon les dispositions de l'article L. 431-6 du code l'organisation judiciaire, est facultatif ou obligatoire dans certains cas.

109. Le renvoi devant l'assemblée plénière est facultatif lorsque « l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ». Il est, en revanche, obligatoire lorsque « après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens. »

B. A la Cour suprême du Royaume-Uni

110. La Cour suprême du Royaume-Uni ne connaît pas de critérium pour juger d'une affaire. En d'autres termes, il n'y a pas de critères prédéfinis ou de critères statiques pour dire qu'un tel nombre de juges se constitue en formation de chambre, en formation plénière ou même assemblée plénière. La formation de jugement est variable. Les juges peuvent statuer à trois (3), à cinq (5), à sept (7), à neuf (9) ou plus selon les cas.

Mais, il faut dire que la formation habituelle de jugement reste cinq (5) juges. La preuve en est que, par exemple, parmi les 36 décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni rendues depuis le 24 janvier 2018 au 11 juillet 2018, 34 ont été rendues avec 5 Juges et 2 avec 7 Juges.

111. La Cour suprême peut statuer au-delà de ce nombre (5) dans certains cas. Il en va ainsi, en cas de revirement de jurisprudence, des questions qui relèvent d'une haute importance constitutionnelle, de celles relatives à la convention européenne des droits de l'homme ou celles ayant une importance publique²⁶⁴, de celles concernant un conflit entre des décisions de la Chambre des Lords, de la Cour suprême et du *Privy council*²⁶⁵.

Ainsi, les juges ont déjà siégé à cinq (5)²⁶⁶, à sept (7)²⁶⁷, à neuf²⁶⁸ et même en plénière. Pour ce dernier cas, l'exemple a été celui de la décision concernant le Brexit²⁶⁹. Il faut préciser, tout de même, concernant cette dernière décision, que les *Justices* étaient au nombre onze (11), un poste étant vacant.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ *Op. cit.* Thierry DEBARD, Serges GUINCHARD, André VARINARD, p. 810-811.

²⁶⁴ Aurélie DUFFY-MEUNIER, La cour suprême du Royaume-Uni après le Constitutionnal Reform Act 2005 : une juridiction hors norme, *op. cit.* p. 704. Steve WILSON, Helen RUTHERFORD, Tony STOREY, Natalie WORTLEY, *English Legal System*, *op. cit.* p. 48.

²⁶⁵ <https://www.supremecourt.uk/about/role-of-the-supreme-court.html>

²⁶⁶ *R v Sally Lane and John Letts (AB and CD) (Appellants)*, [2018] UKSC 36.

²⁶⁷ *R (on the application of Bancoult No 3) (Appellant) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (Respondent)*, [2018] UKSC 3.

²⁶⁸ *Chaytor and others v The Queen* [2010] UKSC 52.

²⁶⁹ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5.

C. Devant le Tribunal fédéral Suisse

112. L'article 13 LTF²⁷⁰ énonce le principe d'autonomie du Tribunal fédéral en matière organisationnelle et d'administration. Si l'article 188 al. 2 de la Constitution fédérale Suisse précise que la loi règle l'organisation (externe) du Tribunal fédéral, son organisation interne c'est-à-dire la répartition des affaires, les compétences des différents organes, relève de l'un des organes directeurs d'administration²⁷¹. Il s'agit de la Cour plénière²⁷².

113. La Cour plénière fixe, ainsi, le nombre et la composition des cours appelées à statuer²⁷³. L'article 26 RTF fixe le nombre des cours à sept (7). Elles sont composées de cinq (5) juges au minimum²⁷⁴ réparties en fonction des domaines du droit considéré, droit public, droit civil, droit social et droit pénal. Lors de la constitution de ces cours, elle (la cour plénière) tient compte des compétences de chaque juge et veille à ce que les langues officielles (de la Suisse) soient représentées²⁷⁵. La composition des formations faite par la Cour plénière est publiée²⁷⁶. Cette publication de la composition des cours sert à l'information du public et permet aux parties de présenter des demandes de récusation²⁷⁷.

114. Ainsi, une fois composée, ces différentes cours peuvent statuer à juge unique²⁷⁸, à trois (3) juges²⁷⁹ ou à cinq juges²⁸⁰ ou même plus. Ces formations de jugement varient d'une procédure à l'autre qu'il est possible de regrouper en trois (3).

En cas de procédure simplifiée (1), procédure ordinaire (2) et, *in fine*, en cas de changement de jurisprudence et de précédents (3).

1. La procédure simplifiée

115. La procédure simplifiée est prévue aux articles 108 et 109 LTF. Par procédure simplifiée, au sens du premier de ces articles, l'on peut entendre les procédures qui peuvent être jugées par un seul juge du tribunal fédéral sans examen approfondi de l'affaire. Ce juge est le président de la cour ou un juge délégué à cet effet. La procédure est celle des recours manifestement irrecevables, des recours dont la motivation est manifestement insuffisante et des recours procéduriers et abusifs. A ce niveau, il faut préciser un élément qui revêt une grande importance.

²⁷⁰ L'art. 13 LTF dispose : « le Tribunal fédéral règle son organisation et son administration »

²⁷¹ Les organes directeurs d'administration du Tribunal fédéral sont, en sus, de la Cour plénière, la Conférence des présidents et la Commission administrative.

²⁷² Les attributions de la Cour plénière (ensemble des juges ordinaires et présidé par le président du Tribunal fédéral) sont prévues par l'article 15 LTF. v. aussi les art. 3 à 8 de la RTF.

²⁷³ Art. 3 al. 4 RTF

²⁷⁴ Par exemple, selon le rapport de gestion du tribunal en 2017, certaines Cours étaient composées de 5 juges (1^{ère} cour de droit civil, la cour de droit pénal et la 1^{ère} et 2^{ème} cour de droit social), les autres de 6 juges (les 2 cours de droit public et la 2^{ème} cour de droit civil).

²⁷⁵ Art. 18 LTF

²⁷⁶ Elle est publiée dans l'annuaire fédéral et sur le site internet du tribunal fédéral.

²⁷⁷ Bernard CORBOZ, Alain WURZBURGER, Pierre FERRARI, Jean-Maurice FRESARD, Florence Aubry GIRARDIN, *Commentaire de la LTF (Loi sur tribunal fédéral)*, Stämpfli Editions, 2009, p. 109

²⁷⁸ Sur les 7782 décisions liquidées en 2017, 2744 ont été jugées par un juge unique.

²⁷⁹ 4392 affaires (prises par voie de circulation) ont été jugées par la formation ordinaire de 3 juges.

²⁸⁰ 646 affaires ont été jugées par la formation de 5 juges ; soit 576 (prises par voie de circulation) et 70 (prises en séance).

116. En cas de procédure simplifiée, le style de rédaction est, pour la plupart en tout cas, différent de la décision statuant au fond. Elle est rédigée, en *une seule phrase*²⁸¹. Cette différence est fondamentale en ce qu'elle caractérise le style judiciaire suisse. On ne trouve pas cette différence de rédaction au niveau des arrêts de la Cour de cassation française.

Qu'il s'agisse d'un arrêt de rejet ou de cassation, d'un arrêt d'irrecevabilité, ou d'une ordonnance de déchéance ... les décisions rendues par la Cour de cassation française sont toujours rédigées en une seule phrase.

117. L'article 109 de la LTF traite aussi de la procédure simplifiée. Cependant, en énonçant en son titre « cour statuant à trois (3) juges » il fait mention de la composition ordinaire de formation des jugements. C'est pourquoi, il sera étudié dans la partie suivante.

2. La procédure ordinaire

118. La procédure qualifiée d' « ordinaire » est jugée selon les cas soit par une formation ordinaire (c'est-à-dire une formation simple) ou par une formation exceptionnelle.

118.1. La formation ordinaire de jugement est composée de trois (3) juges. La formule de l'article 20 alinéa 1 LTF est claire : « *en règle générale, les cours statuent à trois juges* ». Le choix de ce nombre impair a été considéré par le législateur comme suffisant pour assurer une jurisprudence de qualité²⁸². Il faut noter que cette formation de jugement statue, aussi, dans les cas de procédure simplifiée (celle prévue à l'article 109).

118.2. Une formation exceptionnelle peut être formée de cinq (5) juges dans quatre (4) cas : conformément à l'article 20 alinéa 2 et 3 LTF, (i) si la cause soulève une question juridique de principe²⁸³, (ii) si un juge en fait la demande, (iii) en cas de recours contre un acte normatif cantonal soumis ou sujet au référendum, (iiii) et en cas de recours contre une décision cantonale ayant trait à la recevabilité d'une initiative ou à l'exigence d'un référendum.

Les formations de jugement varient, ainsi, d'une affaire à une autre. Mais en cas de changement de jurisprudence et de précédents, le nombre des juges s'accroît.

3. En cas de « changement de jurisprudence et de précédents »

119. On l'a déjà rappelé, l'une des fonctions du Tribunal fédéral est de veiller, par ses décisions, au respect du droit fédéral. Cette mission qui passe par l'uniformité des solutions lui permet particulièrement d'éviter une contrariété des décisions au sein même des différentes cours le composant (à la cour de cassation l'instauration d'une chambre mixte répond aussi à ce besoin, même si en Suisse ce besoin est plus large).

²⁸¹ V. sur le site du tribunal fédéral dans la rubrique *autres arrêts* 5A_547/2016 du 22 juillet 2016 ; v. également 5A_268/2016 du 13 avril 2016. D'autres arrêts d'irrecevabilité ne sont par contre pas rédigés en une phrase. V. 5A_1038/2015 arrêt du 7 janvier 2016. v. ég. 5A_979/2016 arrêt du 9 janvier 2017.

²⁸² Bernard CORBOZ, Alain WURZBURGER, Pierre FERRARI, Jean-Maurice FRESARD, Florence Aubry GIRARDIN, *op. cit.* p. 118

²⁸³ On mentionne aussi la question juridique de principe aux art. 74 al. 2a, 83f, et 85 al. 2. LTF. Et « Il y a une *question juridique de principe* lorsque le tribunal fédéral n'a pas tranché de manière uniforme une question litigieuse et qu'il n'est pas clairement posé quelle est la jurisprudence déterminante en la matière. » ATF 134 III 115 cons. 1.3 – 1.5 ; v. ég. ATF 133 III 493.

120. Le but de l'article 23 LTF²⁸⁴ est d'assurer la constance de la jurisprudence et de veiller à son unité²⁸⁵. Le revirement d'une jurisprudence, sa modification et ainsi que les conséquences qui peuvent en découler peuvent gravement porter atteinte à la sécurité juridique si elles ne sont pas encadrées²⁸⁶. C'est pour remédier au problème d'instabilité, et pour encadrer un changement de jurisprudence et de précédents que cet article existe. Il permet ainsi, lato sensu, à une cour du tribunal fédéral de s'écarter d'une jurisprudence arrêtée par une autre cour (ou d'autres cours) qu'avec son accord (ou leur accord). Loin des subtilités que présente cette question, et du détail des procédures, on se contentera de présenter succinctement cet article.

L'article 23 LTF connaît ainsi deux (2) situations.

120.1. La première est celle prévue en son alinéa 1^{er} qui touche le cas de changement de jurisprudence ou de l'éloignement d'une jurisprudence²⁸⁷. Dans ce dernier cas (c'est-à-dire pour s'écarter d'une jurisprudence d'une des cours), il faut que cette jurisprudence ait tranché la question juridique dans sa *ratio decidendi*²⁸⁸ (et non comme *obiter dictum*²⁸⁹), et il faut qu'il s'agisse de la même question juridique. Le changement de jurisprudence, au contraire, requiert d'autres conditions pour sa mise en œuvre. On pourra citer par exemple l'évolution sociale²⁹⁰, le cas d'une jurisprudence erronée²⁹¹, ou celui de l'application d'une jurisprudence ayant conduit à des abus répétés²⁹².

120.2. La seconde situation est celle prévue en son alinéa 2 et qui concerne l'établissement d'un précédent c'est-à-dire « une situation où se pose une question juridique qui n'a pas encore été tranchée et qui concerne plusieurs cours.²⁹³ »

121. Pour régler tous ces cas importants, la formation de jugement de la cour varie de dix (10) à trente-huit (38) juges. Cette formation, dénommée « Cours réunies », comprend tous les juges ordinaires des cours concernées (littéralement celles qui sont concernées par les questions en cause) et est présidée par le président de la Conférence des présidents.

²⁸⁴ Art 23 LTF : « Une cour ne peut s'écarter de la jurisprudence arrêtée par une ou plusieurs autres cours qu'avec l'accord des cours intéressées réunies.

Lorsqu'une cour entend trancher une question juridique qui concerne plusieurs cours, elle demande l'accord des cours intéressées réunies si elle est d'avis qu'une décision commune est souhaitable pour le développement du droit ou l'uniformité de la jurisprudence.

Les cours réunies ne peuvent siéger ou décider par voie de circulation qu'avec la participation de deux tiers au moins des juges ordinaires de chacune des cours intéressées. La décision est prise sans débats et à huis clos; elle lie la cour qui doit statuer sur la cause. »

²⁸⁵ Bernard CORBOZ, Alain WURZBURGER, Pierre FERRARI, Jean-Maurice FRESARD, Florence Aubry GIRARDIN, *op. cit.* p. 138

²⁸⁶ Guillaume DROUOT, *la rétroactivité de la jurisprudence - recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, LGDJ, thèse 2016. A noter que l'auteur (v. p.8 – 11) met l'accent sur la (nocivité de la) *rétroactivité* de la jurisprudence.

²⁸⁷ Les deux (2) situations (éloignement d'une jurisprudence et changement de jurisprudence) prévues à l'alinéa 1 de l'art. 23 LTF se distinguent. Une cour en décidant de *s'écarter d'une jurisprudence* choisit de résoudre une question juridique différente de la précédente jurisprudence prise par une autre cour. En une phrase, elle statue différemment. Alors qu'il y a *changement de jurisprudence*, lorsqu'une cour estime qu'il faut faire évoluer une jurisprudence anciennement établie, par exemple elle décide d'adapter la jurisprudence à l'évolution de la société.

²⁸⁸ La *ratio decidendi* d'une décision, c'est le motif déterminant ayant conduit le juge à prendre telle ou telle position. Quant à « *L'obiter dictum*, il désigne « une opinion que le juge donne au passage, à titre indicatif et à toutes fins utiles, sur une question qui n'est pas en rapport direct et nécessaire avec le litige en cause et qui ne fait pas partie des motifs. » V. Henri ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, 6^{ème} édition, 2014, p. 256.

²⁸⁹ ATF 96 I 425 considérant 1b,

²⁹⁰ ATF 122 V 320 consid. 5 ; ATF 122 I 57 consid. 3c/aa

²⁹¹ ATF n.p 1P 83/2006 (Arrêt du 27.03.2006)

²⁹² ATF 131 V 110 consid. 3.1.

²⁹³ Bernard CORBOZ, Alain WURZBURGER, Pierre FERRARI, Jean-Maurice FRESARD, Florence Aubry GIRARDIN, *op. cit.* p.146

§2. L'Audience

122. L'audience débute après la phase d'instruction. Elle peut être publique ou non selon les cas. Elle est consacrée aux éventuels débats, aux plaidoiries. Elle inclut dans sa définition les délibérations, les votes et se termine avec le prononcé de la décision.

Mais la question du délibéré et des votations étant différentes d'un système à un autre, on a voulu les consacrer dans une partie spéciale qui fera l'objet d'analyse. On les étudiera, donc, plus loin. L'exclusion de ces cas limitera donc l'étude de ce paragraphe à la publicité de certains éléments qui caractérisent le système britannique et français (A) puis la spécificité du système suisse avec la procédure de circulation (B).

A. Dans les systèmes français et britannique

123. On verra d'abord la publicité (1) et ensuite le huis-clos (2).

1. La publicité

124. Le livre premier du code de procédure civile français intitulé « *Des dispositions communes à toutes les juridictions* » (qui inclut donc la Cour de cassation) donne, à plusieurs articles, le statut de principes directeurs du procès. Parmi ces articles, on recense l'article 22, qui est une reprise de l'article 433²⁹⁴ du même code, qui dispose : « *Les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil* ». La publicité des débats (plus largement de l'audience) est donc un élément fondateur du procès au point où elle a été élevée au rang de « *principe général du droit* » par le Conseil d'Etat²⁹⁵. Elle est, aussi, prévue par la convention européenne des droits de l'homme en son article 6§1. Le principe, en droit français, est donc la tenue d'une audience.

125. Les juges de la Cour suprême du Royaume-Uni attribuent, eux aussi, à l'audience un caractère public. L'administration de la justice doit être faite en public. La publicité de l'audience fait partie de ce qu'ils appellent le « *principle of open justice*²⁹⁶ ».

Il s'agit d'un principe fondamental en common law. Ce principe a une valeur constitutionnelle, et est un aspect de la *Rule of Law*. Dans l'opinion donnée par Lord Reed, au nom de la cour, dans une affaire, il affirmait le caractère fondamental de ce principe en disant²⁹⁷ : The principle of open justice is « *a general principle of our constitutional law that justice is*

²⁹⁴ Art. 433 al. 1 « Les débats sont publics sauf les cas où la loi exige qu'ils aient lieu en chambre du conseil. »

²⁹⁵ CE, 4 oct. 1974, Dame David, Recueil Lebon, p. 464, concl. Gentot.

²⁹⁶ Le contenu de ce principe est large. Par exemple, en vertu de ce principe le nom des parties, en principe, ne doit pas être anonymisé. Sur la présentation du principe v. R (on the application of C) (Appellant) v Secretary of State for Justice (Respondent) [2016] UKSC 2, où Lady présentait en introduction les aspects de ce principe.

²⁹⁷ A (Respondent) v British Broadcasting Corporation (Appellant) Scotland [2014] UKSC 25, parag. 23.

administered by the courts in public, and is therefore open to public scrutiny. The principle is an aspect of the rule of law in a democracy ... ».

La tenue de l'audience devant ces deux (2) juridictions est le principe. Toutefois, il existe des exceptions à ce principe.

2. Le huis-clos

126. Il existe des cas où le déroulement du procès peut se faire hors la présence du public.

127. En France, c'est l'article 435 du code de procédure civile qui consacre cette exception (qui est réservée à la discrétion du juge). Selon cette disposition, le juge peut décider que les débats auront lieu (ou se poursuivront) en chambre du conseil « *s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si toutes les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice.* »

128. Au Royaume-Uni, il faut aller chercher la règle dans une jurisprudence. Dans l'opinion de Lord Reed²⁹⁸, il précise que « *Since the principle of open justice is a constitutional principle to be found in the common law, it follows that it is for the courts to determine its ambit and its requirements, subject to any statutory provision. The courts therefore have an inherent jurisdiction to determine how the principle should be applied* ». En d'autres termes, sous réserve des dispositions législatives, il appartient aux différentes *courts* de déterminer la portée de l'application de ce principe. Il résulte que la question de siéger ou non hors la présence du public varie d'un cas à un autre s'il n'existe pas de dispositions. C'est le cas d'une affaire où il s'agissait de préserver l'anonymat d'un témoin dans l'intérêt de la sécurité nationale²⁹⁹ ou d'un litige mettant en cause des enfants, dans lequel il y avait un risque de violation de la vie privée, et où des informations, à valeur commerciale, jugées secrètes étaient en cause³⁰⁰.

B. Le système suisse : un cas spécifique

129. La publicité de l'audience³⁰¹ ainsi que les conditions du huis clos sont connus du système suisse à l'instar des systèmes précédemment étudiés. En ce cas, il n'en est rien de particulier.

130. La spécificité du système suisse tient de ce qu'en principe il n'y a pas d'audience devant le Tribunal fédéral. La tenue de l'audience est l'exception. La règle de principe, c'est que le Tribunal statue par voie de circulation³⁰². Il s'agit d'une procédure écrite. Une proposition d'arrêt motivée est rédigée et celle-ci *circule* avec le dossier devant chaque juge. Et c'est ainsi que la décision est prise par les juges appelés à statuer sur l'affaire. Tout se fait par écrit.

²⁹⁸ *Ibidem.* para 27.

²⁹⁹ *Attorney-General v Leveller Magazine Ltd* [1979] AC 440, p. 451.

³⁰⁰ *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury* [2013] UKSC 38, para. 3. Il s'agit d'un exemple donné par Lord NEUBERGER.

³⁰¹ Art. 30 al. 3 de la const. « L'audience et le prononcé du jugement sont publics ... »

³⁰² Art. 58 al. 2 LTF « ... Dans les autres cas, le Tribunal fédéral statue par voie de circulation. »

A l'issue de la circulation, si modification du dispositif ou des considérants il y a, celle-ci ne peut être effectuée qu'avec l'accord de tous les juges concernés³⁰³.

131. La raison de faire de l'audience une exception se justifie par le fait que le Tribunal fédéral est une juridiction qui ne connaît, en principe, pas les faits. Son contrôle ne s'étend que sur les questions de droit³⁰⁴. Il n'y a donc pas lieu de faire de l'audience, ou particulièrement des débats, un principe devant le tribunal. Ce n'est qu'exceptionnellement, en vertu de l'article 58 LTF qu'il pourra délibérer en audience.

SECTION 2 : Le délibéré

132. Deux (2) éléments retiendront notre attention. Ce sont les participants au délibéré (§1) et le caractère public ou non du délibéré (§2).

§1. Les participants au délibéré

133. Nul ne doute que devant les 3 juridictions, les juges (ayant participé aux débats) assistent au délibéré. C'est le cas du Royaume-Uni devant la Cour suprême. Si, aussi, en France il n'y a que les juges qui y participent (réservons toutefois les cas des auditeurs de justice qui peuvent participer³⁰⁵ et d'autres catégories de personnes³⁰⁶) et que les greffiers n'y participent pas³⁰⁷; Devant le Tribunal fédéral suisse, en sus des juges appelés à statuer, les greffiers participent au jugement de l'affaire³⁰⁸. Pour ce faire, la loi leur attribue une voix consultative lors des délibérations orales, après que les juges ont exprimé leur avis et, lors des procédures prises par voie de circulation, de faire des remarques dans le projet de rapport lors de son élaboration³⁰⁹. Ils participent à toute la procédure depuis l'instruction de l'affaire jusqu'à la rédaction de la décision proprement dite. Bien que n'étant pas des juges, leur rôle est beaucoup plus accru que les greffiers en France³¹⁰.

§2. Les caractères du délibéré

134. La publicité des débats qui est un droit conventionnel garanti par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme ne s'étend pas au délibéré, ni à la tenue du vote.

³⁰³ Art. 46 al. 1 RTF

³⁰⁴ FF, 28.02.2001, « message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale », p. 41001.

³⁰⁵ Art. 19 ord. du 22 décembre 1958. Pour les auditeurs à la Cour de cassation v. art. R. 421-7 du code org. Jud.

³⁰⁶ Art. 431-7-1 du C. org. Jud., « *Peuvent être autorisées à assister au délibéré de la Cour de cassation les personnes qui participent à une session de formation en vue d'accéder à la profession d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les professeurs d'universités, les maîtres de conférence, ...* »

³⁰⁷ Civ. 2^{ème}, 5 juin 1996, n° 93-11432; Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1998, n° 96-15678.

³⁰⁸ Art 24 al. 1 LTF.

³⁰⁹ Art 39 RTF.

³¹⁰ Les tâches des greffiers sont prévues à l'art. 38 RTF. Il faut, aussi, préciser que les causes de récusation des juges sont applicables aux greffiers (art. 36 LTF). C'est là aussi l'une des différences avec le système français.

Pour ces derniers, il a été loisible à chaque système juridique de leur attribuer un caractère propre. La Suisse et le Royaume-Uni attribuent un caractère public au délibéré (A). Tandis qu'en France, l'admettre décrédibiliserait l'autorité et l'efficacité de la décision³¹¹. Ce faisant, le système français préfère que le délibéré soit couvert par le secret (B).

A. La publicité au Royaume-Uni et en Suisse

134 bis. La publicité devant la Cour suprême du Royaume-Uni et devant le Tribunal fédéral suisse sera analysée respectivement sous l'angle de la publication des opinions des juges (1) et sous celle de la tenue des délibérations orale et publique (2).

1. Le cas de la Cour suprême du Royaume-Uni : l'opinion des juges

135. Intégrer l'opinion des juges dans la partie du délibéré serait critiquable dans la mesure où celle-ci n'intervient pas avant la phase de rédaction de la décision. Mais puisque notre étude porte sur les décisions de justice et que l'opinion (séparée) des juges n'a aucune incidence sur la décision elle-même car ce qui a valeur d'autorité (et a seul autorité) c'est la décision des juges (adoptée à la majorité) et non les différentes opinions annexées à la décision, on a jugé mieux de l'insérer dans cette partie.

C'est d'ailleurs pourquoi la publicité du caractère du délibéré sera analysée, ici, sous l'angle de la publication des différentes opinions des *Justices*. La publication de ces opinions constitue un élément principal du débat délibératif et, partant, caractérise la Cour suprême du Royaume-Uni des deux (2) autres juridictions. Grâce à la publication des différentes opinions des juges, le débat délibératif est connu et rendu public.

136. Cela dit, précisons d'abord les différentes terminologies de certaines expressions employées, « opinions séparées », « opinions individuelles », « opinions concordantes » et « opinions dissidentes », avant d'appréhender les opinions faites par la Cour suprême.

137. Pour commencer, il faut dire qu'il y a un flou. Tantôt, certains regroupent sous la bannière d'opinions individuelles, les opinions individuelles proprement dites et les opinions dissidentes³¹². Tandis que d'autres préfèrent intégrer sous l'expression « opinions séparées », les opinions dissidentes et les opinions concordantes (qui sont assimilées aux opinions individuelles)³¹³.

³¹¹ Jean Pierre DUMAS, in *Dictionnaire de la justice* de Loïc CADIET, PUF, 2004, p. 318

³¹² C'est le cas de l'article 57 du Statut de la Cour internationale de justice qui précise que « si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge aura le droit d'y joindre l'exposé de son opinion individuelle ». Et l'article 95 §2 du règlement de la Cour précise que « Tout juge peut, s'il le désire, joindre à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle ou dissidente. » ; pour une explication v. Anne LANGENIEUX-TRIBALAT, *les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, thèse dactyl. 2007, p. 21-22.

³¹³ Sur l'utilisation des expressions opinion dissidente/opinion concordante (v. par ex. art. 74§2 du règlement intérieur de la Cour Européenne des droits de l'Homme) ;
Sur l'utilisation des expressions opinion dissidente/opinion individuelle (v. art. 83§4 du statut de la Cour pénale internationale ; v. respectivement art. 28§7 et 60§5 du protocole relatif à la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples et du règlement intérieur intérimaire de la Cour africaine des droits de l'homme) ; v. aussi Elisabeth ZOLLER, *La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-unis*, op. cit. p. 609.

Mais il est clair, aujourd'hui, en tout cas on peut le penser, que ces notions ont été mieux départagées par la doctrine. Ainsi, lorsqu'on veut faire référence aux opinions dissidentes et aux opinions concordantes (ou individuelles), on utilise l'expression « opinions séparées ». Autrement dit, l'opinion séparée inclut les opinions individuelles (ou opinions concordantes) et les opinions dissidentes. Mais qu'est-ce qu'une opinion séparée ?, une opinion individuelle ?, et une opinion dissidente ?

138. L'opinion séparée a été définie, par la doctrine, comme : « *L'exposé officiel et par écrit de l'avis personnel d'un juge à l'égard d'une décision au délibéré de laquelle il a participé, soit pour approuver la décision prise mais pour d'autres motifs, ... soit pour désapprouver ladite décision et la motivation qui la sous-tend*³¹⁴ ... ». C'est-à-dire que le juge en exposant officiellement son avis³¹⁵ par écrit peut soit approuver le dispositif mais ne pas partager les motifs (être en désaccord avec les motifs), soit réfuter et le dispositif et les motifs. Dans le premier cas, l'opinion du juge sera dite concordante (ou individuelle). Dans le second cas, l'opinion sera dite dissidente.

139. L'origine des opinions séparées remontent à l'époque des Cours de Common law³¹⁶. Chaque juge se prononçait individuellement et publiquement sur l'affaire qui lui était présentée. Cette pratique a demeuré et s'est vu appliquer devant les Cours d'appel anglaises et devant la House of Lords³¹⁷. Raison pour laquelle, au temps de la House of Lords (en tant qu'institution judiciaire) les décisions étaient rendues à la suite les unes des autres (*seriatim*) par ordre d'ancienneté. Cette tradition y est demeuré longtemps jusqu'à l'avènement de la Cour suprême du Royaume qui a, plus ou moins, fait évoluer son mode de rédaction de décisions.

Aujourd'hui, au *judgment* de la Cour, les juges peuvent annexer leurs différentes opinions séparées, qui peuvent être concordantes ou dissidentes.

140. La question de publier les opinions des juges, qui est une tradition, a plusieurs finalités³¹⁸. En premier. En annexant son opinion à la décision de la majorité, le juge minoritaire accroît la charge de travail des autres juges³¹⁹. Il confronte ses arguments à une majorité qui ne partage pas son avis en prenant sur lui la charge de rédiger un avis contraire. Ainsi, il devient non seulement difficile pour la majorité d'ignorer la critique qui a été faite par celui-ci, mais sa critique enrichit fortement le débat juridique. Et celle-ci peut conduire à transformer le droit. En second, publier une opinion séparée est une marque de responsabilisation du juge³²⁰. Le juge acquiert une autonomie en se distinguant des autres. La pratique des opinions séparées est aussi une marque de transparence du droit.

³¹⁴ Florence RIVIERE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2004, p. 5.

³¹⁵ Sur le caractère impropre d'assimiler les opinions émises par les juges à « un avis », v. Anne LANGENIEUX-TRIBALAT, *préc.* p. 22 et ss.

³¹⁶ Anne LANGENIEUX-TRIBALAT, *les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, *op. cit.* p. 17.

³¹⁷ *Ibidem.*

³¹⁸ Roger WILLIAMS, *The Utility of Separate Judicial Opinions in Appellate Courts of Last resort : Why Dissents are valuable*, *University Law Review*, 1999, 402.

³¹⁹ *Ibidem.*

³²⁰ Lady Brenda HALE, *Judgement writing in the Suprem Court*, First Anniversary Seminar, 30 septembre 2010, p.2. https://www.supremecourt.uk/docs/speech_100930.pdf .

Si les *Justices* de la Cour suprême marquent le délibéré par la publication de leurs opinions séparées, dissidentes ou concordantes, le Tribunal fédéral suisse procède, lui par contre, à une délibération orale et publique lors de ces audiences. C'est là aussi une autre originalité.

2. Le cas du Tribunal fédéral Suisse : la délibération orale et publique

141. Dans les cas où le Tribunal fédéral ne statue pas par voie de circulation, et en dehors du huis clos total ou partiel³²¹, il faudrait faire application des articles 58 et 59 LTF.

Ceux-ci disposent respectivement :

« le Tribunal fédéral délibère en audience :

a. si le président de la cour l'ordonne ou si un juge le demande ;

b. s'il n'y a pas unanimité... » , dans ce cas,

« les éventuels *débats* ainsi que *les délibérations* et *votes* en audience ont lieu en séance publique. »

142. La délibération en audience *peut* (il s'agit d'une possibilité) être ordonnée par le président de la cour ou à la demande d'un juge. Toutefois, en cas de désaccord des juges c'est-à-dire s'il n'y a pas unanimité (sur le dispositif ? ou sur les motifs ?) la délibération en audience sera *obligatoire*. La spécificité de ce système, qui est nous paraît très intéressante, mérite qu'on expose succinctement la procédure.

143. Elle se passe comme suit : Lors des séances, les juges, vêtus en noirs³²², prennent place à la droite et à la gauche du président selon leur ordre d'ancienneté. Et en cas d'élection à la même date, selon leur âge³²³. Après les débats, commencent les délibérations. Le président donne, d'abord, la parole au juge rapporteur puis aux autres juges ensuite³²⁴. Le juge rapporteur s'exprime sur son rapport et propose un dispositif. Après la présentation du rapport, celui qui entend faire une contre-proposition peut la présenter immédiatement³²⁵. Chaque juge s'exprime dans sa propre langue et le juge rapporteur dans la langue de la procédure³²⁶. Après ceux-ci, le président s'exprime en dernier³²⁷. Après que les juges ont exprimé leur avis lors du premier tour de parole, le greffier peut s'exprimer en usant de sa voix consultative³²⁸.

A l'issue de tous ces débats qui, rappelons-le encore, se tient devant le **public** (les parties, les médias ...), les juges votent à main levée. La décision est prise à la majorité absolue des

³²¹ Le huis clos, total ou partiel, peut être ordonné si la sécurité, l'ordre public ou les bonnes mœurs sont menacés ou si l'intérêt d'une personne en cause le justifie. (art. 59 al. 2 LTF)

³²² Art. 48 RTF. Selon cet article en plus des juges, le greffier, et en cas de débats les représentants des parties, portent des vêtements noirs.

³²³ Art. 44 al. 1 RTF

³²⁴ Art. 44 al. 2 RTF

³²⁵ Art 44 al. 3 RTF

³²⁶ Bernard CORBOZ, Alain WURZBURGER, Pierre FERRARI, Jean-Maurice FRESARD, Florence Aubry GIRARDIN, *op. cit* p. 383

³²⁷ Art. 44 al. 2 RTF

³²⁸ Art 39 1a RTF

voix³²⁹. En cas d'égalité des votes, la voix du président est prépondérante³³⁰. A la fin du vote, il est possible de prononcer l'arrêt. Lorsque l'arrêt est prononcé à l'issue des délibérations, ses considérants seront néanmoins soumis pour approbation aux juges concernés par voie de circulation avant son expédition³³¹. Ainsi publié, il n'est pas fait mention des opinions de juges lors de la publication³³² (à la différence de la Cour suprême du Royaume-Uni, où à la publication de l'arrêt est annexée l'opinion individuelle ou dissidente des juges).

Il faut noter que durant toute cette procédure les prises de vue et de son sont interdites³³³. Il est possible de les admettre (cette possibilité est offerte par le président) au début de l'audience ou au moment du prononcé de l'arrêt³³⁴. Ainsi, présentée, il paraît légitime de s'interroger sur le caractère public de toute cette procédure. En d'autres termes, pourquoi le législateur fédéral a-t-il décidé de rendre public les délibérations ?

144. La publicité des délibérations et des votes du Tribunal fédéral suisse repose, en effet, sur une longue tradition³³⁵. L'existence de la publicité des délibérations et des votes assure dans un premier temps, et c'est d'ailleurs ce qui saute aux yeux, une protection contre le secret de la justice, précisément « le secret des délibérations ». Elle permet au public d'exercer un contrôle sur leur juge et de prévenir une méfiance possible quant à un pouvoir excessif des juges suprêmes dans un Etat démocratique³³⁶. Elle assure, par ces différents débats, la confiance aux parties et permet ainsi une meilleure acceptation de l'arrêt de la partie ayant succombé au procès³³⁷. Elle permet également de responsabiliser les juges surtout que ceux-ci répondent de leur acte devant l'opinion publique³³⁸. Et enfin, « *puisque le principe de publicité des opinions dissidentes de juges est largement étranger à la tradition juridique de la suisse* ³³⁹ », la délibération en audience permet au juge, resté minoritaire pendant la procédure de circulation, d'exprimer publiquement son avis ; ce qui donne l'occasion aux autres juges de se confronter à son opinion minoritaire³⁴⁰. En d'autres termes, « *les délibérations publiques sont une alternative à l'opinion dissidente* »³⁴¹ pratiquée majoritairement dans les systèmes de common law (mais aussi dans certains pays d'Amérique latine ou même en Europe³⁴²).

³²⁹ Art. 21 LTF al. 1

³³⁰ Art. 21 LTF al. 2

³³¹ Art. 46 al. 1 RTF

³³² Robert ZIMMERMAN, Opinion dissidente sur opinion dissidente, in *Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller*, Helbing Lichtenhahn, 2016, p. 257 ss.

³³³ Art. 62 al. 1 RTF

³³⁴ Art. 62 al. 2 RTF

³³⁵ FF, 28.02.2001, *op. cit.* p. 4101

³³⁶ *Ibidem*

³³⁷ Bernard CORBOZ, Alain WURZBURGER, Pierre FERRARI, Jean-Maurice FRESARD, Florence Aubry GIRARDIN, *op. cit.* p. 415

³³⁸ FF, 28.02.2001, *op. cit.*

³³⁹ Avis du CF du 06.10.1997 (p. 3) à la suite de la motion n°97.3368 intitulé « Arrêts du Tribunal fédéral. Opinions dissidentes ». Il faut limiter cette affirmation au niveau *fédéral*. Certains cantons offrent la possibilité aux juges de faire des opinions dissidentes. C'est soit *la constitution* qui le permet (art. 134 const. du canton de Vaud du 14.04.2003 ; art. 119 const. du canton de Genève du 14.10.2012) soit *la loi* (A Schaffhouse art. 55 loi cantonale sur la justice ; aussi à Zurich)

³⁴⁰ Bernard CORBOZ, Alain WURZBURGER, Pierre FERRARI, Jean-Maurice FRESARD, Florence Aubry GIRARDIN, *op. cit.* p. 416

³⁴¹ Robert ZIMMERMAN, *op. cit.* p. 265

³⁴² C'est le cas par exemple, en Allemagne, du *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale allemande).

B. Le secret du délibéré : une exception française

145. La doctrine française a toujours confondu « le secret du délibéré » et le fait de « délibérer en secret »³⁴³. Or il est possible que le délibéré se fasse en secret sans que les juges ne soient astreints au secret du délibéré.

Par exemple, l'article 54 du statut de la Cour internationale de justice précise que « *les délibérations de la Cour sont et restent secrètes* » (il s'agit là de la délibération en secret) mais que les juges (selon l'article 57 du même statut) ont la possibilité de faire une opinion individuelle si l'arrêt n'exprime pas en tout ou partie l'opinion unanime des juges (ce qui signifie qu'ils ne sont pas astreints au secret du délibéré puisqu'ils publient des opinions).

En suisse, lorsque les juges décident de ne pas juger l'affaire par la procédure de circulation, il n'y a, seulement, pas de délibération secrète (parce que la délibération est orale et publique) et partant pas de secret de délibéré.

Toutefois, par commodité de langage on sera obligé d'en faire de même (c'est-à-dire de confondre les 2 expressions) tout en restant centré sur l'exception française qu'est : « le secret du délibéré ».

146. Il faut dire que le secret du délibéré est un principe profondément ancré dans la tradition française. La plupart des juridictions ou instances étatiques (pour ne pas dire toutes les juridictions ou instances étatiques françaises) ayant un pouvoir juridictionnel sont astreints au secret du délibéré. Ce principe vaut tant devant les juridictions de l'ordre administratif (les juridictions générales ou spécialisées) que celles de l'ordre judiciaire. Il touche même celles (les juridictions) qui n'appartiennent à aucun ordre juridictionnel³⁴⁴.

Il revêt une importance capitale au point où le législateur a jugé bon de l'insérer dans la formule de prestation de serment des magistrats. C'est ainsi que selon l'article 6 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonction, prête serment en ces termes : « *Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat.* »³⁴⁵

147. Dans le code de procédure civile français, le secret des délibérés trouve sa source dans les articles 448 et 1479. Alors que le premier de ces deux (2) textes, « *les délibérations des juges*

³⁴³ Wanda MASTOR, « Présentation des opinion dissidente du juge BREYER et opinion concordante du juge SCALIA sous GLOSSIP et AL. V. GROSS et AL. No. 14-7955, 576 U.S. (2015) (Peine de Mort) », Jus Politicum, n°18. <http://juspoliticum.com/article/Presentation-des-opinion-dissidente-du-juge-Breyer-et-opinion-concordante-du-juge-Scalia-sous-Glossip-et-al-v-Gross-et-al-No-14-7955-576-U-S-2015-Peine-de-mort-1163.html> .

³⁴⁴ Par exemple c'est le cas du Conseil Constitutionnel (dans le serment prêté devant le président de la République, prévu à l'art. 3 de l'ordonnance n°58-1067 du 7.11.1958 portant loi organique relative au Conseil constitutionnel), du Tribunal des conflits (art. 8 de la loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des Conflits) et la Haute cour de justice (Cass. crim. 25 janv. 1968 n°66-93.877.).

³⁴⁵ En Suisse, les juges fédéraux sont aussi astreints au serment. Dans certains cas, ce serment pourra être remplacé par une promesse solennelle. La formule du serment est : « *Je jure devant DIEU tout-puissant d'observer la Constitution et les lois et de remplir en conscience les devoirs de ma charge.* » Celle de la promesse solennelle est rédigée comme suit : « *Je promets d'observer la Constitution et les lois et de remplir en conscience les devoirs de ma charge.* » ; v. art. 3 al. 4 et 5 de la loi sur l'Assemblée fédérale du 13.12.2002. Ces dispositions valables pour l'Assemblée fédérale valent aussi pour les juges fédéraux.

sont secrètes », concerne les juridictions étatiques de l'ordre judiciaire, le second, « les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes », vaut pour les juridictions arbitrales. Alors que la violation du premier entraîne inéluctablement une cassation des décisions³⁴⁶ et sert d'argument pour la doctrine pour empêcher l'introduction des opinions séparées en droit français, la violation du second ne constitue, non seulement, pas « une cause d'annulation de la sentence en droit international qu'en droit interne » mais surtout « ne fait d'ailleurs pas par principe obstacle à l'expression d'opinions dissidentes ou séparées³⁴⁷ ». Il suit de là, et on le voit, que ces deux (2) textes évoluent dans des domaines bien différents. Loin de toutes confrontations et surtout pour rester dans le fil directeur de notre sujet, on s'en tiendra qu'au premier³⁴⁸.

148. Le secret des délibérés avait été supprimé en France à une époque dit de la Terreur³⁴⁹. A cette époque où les juges étaient élus, le secret du délibéré s'était effacé au profit des délibérations publiques. On voyait, ainsi, dans l'article 94 de la Constitution du 24 Juin 1793, que les juges « délibèrent en public ; Ils opinent à haute-voix ... ». Mais très tôt (2 ans après), il fut supprimé et l'on rétablit la règle du secret qui reprit corps dans l'article 208³⁵⁰ de la constitution du 5 fructidor an III.

149. Le maintien du secret du délibéré se justifie pour plusieurs raisons. Considérée comme « un principe général et absolu³⁵¹ », la règle du secret des délibérations des juridictions a été élevée au rang de principe général du droit aussi bien par la Cour de cassation³⁵² que par le Conseil d'Etat³⁵³. Et aujourd'hui, c'est le Conseil constitutionnel qui lui accorde une protection constitutionnelle³⁵⁴. Corollaire du principe de collégialité, cette règle, dit la jurisprudence, a, en fait, pour but d'assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décisions³⁵⁵. Elle impose au juge de ne pas révéler ou divulguer les prises de positions, les arguments qui ont eu cours pendant les délibérations. Et il faut même qu'à la lecture de la décision rien ne fasse transparaître l'opinion des juges.

L'importance attachée à ce principe est l'une des principales objections faites contre l'introduction des opinions séparées en droit français. Et l'étude de ce sujet impose d'exposer les termes du débat surtout que le président de la république français, Emmanuel MACRON, lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation, le 15 décembre 2018, invitait à une réflexion collective sur l'introduction de « l'opinion dissidente » en France.

³⁴⁶ Civ. 3^{ème}, 24 juin 1998, n° 96-15678. C'est le cas d'un greffier ayant participé aux délibérations des magistrats.

³⁴⁷ Paris, 1^{ère} ch. C, 9 oct. 2008, n°07/6619, SAS Merial c/ Sté Klocke Verpackungs – Service GmbH, inédit). Pour un commentaire v. Eric LOQUIN, la validité de l'opinion dissidente en droit français interne et international de l'arbitrage, RTD Com. 2009, p. 543.

³⁴⁸ Puisque le secret du délibéré est applicable devant toutes les juridictions étatiques françaises, son étude n'est pas limitée aux juridictions de l'ordre judiciaire (ou principalement à la Cour de cassation).

³⁴⁹ Marcel ROUSSELET, *Histoire de la magistrature française des origines à nos jours*, Ed. Plon, 1957, p. 386.

³⁵⁰ « Les séances des tribunaux sont publiques ; les juges délibèrent en secret ... »

³⁵¹ Cass. crim. 25 janv. 1968, n°66-93.877.

³⁵² Cass. civile 3^{ème}, 15 février 1995, n°92-14.163.

³⁵³ CE, 17 nov. 1922, Légillon, Rec. 849. Il est mentionné aujourd'hui à l'article L.8 du Code de justice administrative.

³⁵⁴ Décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015. V. Jean Baptiste PERRIER, la consécration de la protection constitutionnelle du secret du délibéré, *Revue française de droit constitutionnel*, septembre 2016, n° 107, p. 707-710 ; v. également Ibtissam Aftisse, Thibault Campagne, Guillaume Caron, Clément Duez, Aline Maes, Margot Montagne, *Constitutions 2016* (janvier – mars), n° 2016-1, p. 75-78.

³⁵⁵ CE, 17 nov. 1922, Légillon, Rec. 849.

150. Ce faisant, les opinions séparées peuvent-elles être transposables en France³⁵⁶ ?

Il faut d'emblée préciser qu'il est regrettable que la majorité des auteurs s'étant inscrits dans ce débat limitent leur analyse aux opinions dissidentes, laissant, ainsi, croire que les opinions concordantes (ou individuelles) sont valables en droit français. Ce qui n'est absolument pas le cas. Tant les premiers que les seconds sont inconnus du système juridique français. Mais puisque l'importance est accordée aux premiers parce qu'elles expriment le désaccord avec la décision (à la fois dans ses motifs et son dispositif) on peut comprendre cette exclusion des opinions concordantes. Même si on aurait aimé que les deux (2) fassent un objet égal d'attention. En effet, une décision qui est fondée dans son dispositif avec une motivation erronée peut être aussi fragilisée. La motivation engendre le dispositif et lui sert d'explication. Que serait le dispositif sans la motivation ? Rien, sinon un corps sans âme³⁵⁷.

151. Les tenants du « contre » : Le *premier* argument invoqué est celui de l'indépendance des juges. En maintenant le secret des délibérés, le but poursuivi est celui de soustraire les juges aux pressions extérieures³⁵⁸. En d'autres termes, c'est un moyen de protection. Connaître la position de chaque juge c'est-à-dire savoir que tel ou telle personne a jugé dans un sens comme dans l'autre altérerait tant leur sérénité que leur sécurité. Il faut, ainsi, les protéger des menaces, des repréailles, des pressions des pouvoirs politiques.

Le *second* argument est celui de l'autorité, de la crédibilité des décisions de justice et par conséquent de la stabilité de la jurisprudence³⁵⁹. Lorsqu'une décision est rendue, celle-ci est le fruit d'une seule et même institution. L'apparition des opinions dissidentes aura, donc, non seulement pour but de briser la collégialité (qui est un principe inhérent même au secret du délibéré³⁶⁰), mais aussi de fragiliser l'institution. Permettre à un juge de critiquer (ou de se poser contre) une solution arrêtée ou adoptée par ses autres collègues décrédibiliserait l'institution. Cette fracture, dit un auteur, entre les membres d'une même juridiction affaiblirait l'impact de la décision, puisque celle-ci apparaîtrait de l'extérieur comme discutée, et combattue par l'institution elle-même, chargée de dire le droit³⁶¹.

Certains auteurs montrent l'inutilité d'admettre les opinions séparées, parce qu'elle ne changerait rien pour la partie ayant perdu le procès³⁶². D'autres, dans cette même veine, disent

³⁵⁶ Anne LANGENIEUX-TRIBALT, *les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, thèse dactyl. 2007.

³⁵⁷ Claude Joseph de FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Tome 2, 3^{ème} édition, Veuve Brunet, 1966, p. 136 : « Le motif étant l'âme du jugement, se servir d'un arrêt sans en rapporter le motif, c'est se servir d'un corps sans âme. »

³⁵⁸ Roger PERROT, Bernard BEIGNIER, Lionel MINIATO, *Institutions judiciaires*, op. cit. p. 452

³⁵⁹ Jean Pierre DUMAS, in *Dictionnaire de la justice* de Loïc CADIET, op. cit. p. 317.

Dans le même sens pour le Conseil constitutionnel, le doyen VEDEL disait : « A qui voudrait porter malheur au Conseil, j'offre deux recettes infaillibles, confier au conseil l'élection de son président et admettre les opinions dissidentes », Préface de l'ouvrage *Droit du contentieux constitutionnel* de Dominique ROUSSEAU, 7^{ème} édition, Montchrestien, 2006. V. égal. François Luchaire, Georges vedel, *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? " contre " : le point de vue de deux anciens membres du conseil constitutionnel*, Cahiers du conseil constitutionnel n°8 (Dossiers : débats sur les opinions dissidentes), juillet 2000.

³⁶⁰ A ce propos, des auteurs (Roger PERROT, Bernard BEIGNIER, Lionel MINIATO, *Institutions judiciaires*, op. cit. p. 376 n° 501) font une distinction entre *collégialité* et *pluralité de juges uniques*. Pour eux, la collégialité, au sens propre du terme, signifie que la décision est rendue par la juridiction considérée comme une entité. Ce qui implique, conséquemment, que le secret du délibéré en est le complément naturel. Tandis que pour les autres pays, où l'on admet les opinions dissidentes, alors même que la décision serait rendue par plusieurs juges, il conviendrait d'utiliser les termes « pluralités de juges uniques » (plutôt que collégialité).

³⁶¹ Jean Pierre DUMAS, in *Dictionnaire de la justice* de Loïc CADIET, op. cit. p. 318.

³⁶² Guillaume DROUOT, *la rétroactivité de la jurisprudence*, op. cit. n°484. Et pour ce faire, il cite M. Croze : « Croit-on consoler la partie perdante en lui expliquant qu'à une voix près elle aurait gagné ou en lui laissant entendre que, la prochaine fois peut-être, le juge qui lui a donné tort lui donnera gain de cause, alors que, par définition, il lui est interdit de représenter la même demande » (Hervé CROZE, « Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation », *Liber amicorum offert à Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 194).

que l'existence des travaux préparatoires (avis de l'avocat général et rapport du conseiller rapporteur) justifie que soient écartées les opinions séparées³⁶³. Ces travaux préparatoires, semblent jouer, en quelque sorte, déjà, ce rôle.

152. Les tenants du « *pour* » : Pour ceux-ci, au contraire, admettre les opinions séparées serait un moyen d'enrichir le débat juridique, les motivations des décisions de justice, d'en préciser la portée. Elles n'affaibliraient en aucun cas l'autorité de la décision³⁶⁴. Elle permettrait de responsabiliser le juge³⁶⁵, de décharger sa conscience³⁶⁶. Elles renforceraient le lien de confiance avec la justice et seraient analysées, aussi, comme une annonce de changement de jurisprudence³⁶⁷.

153. Quoiqu'il en soit, l'une des décisions rendues par la chambre criminelle de la Cour de cassation³⁶⁸, à propos de l'affaire d'un membre du jury d'une cour d'assises qui faisait des révélations sur le déroulement du délibéré, en mettant en cause le comportement de la présidente, et affirmait que celle-ci avait essayé d'influencer le vote, pourrait conduire à s'interroger sur la question du secret du délibéré³⁶⁹ et celui des opinions séparées.

Faudrait-il, peut-être, rappeler cette parole d'évangile à ceux qui souhaitent l'introduction des opinions séparées : « *Tout ce qui est caché, on pourra le découvrir. Tout ce qui est secret, on pourra le connaître. C'est pourquoi ce que vous dites pendant la nuit, les gens l'entendront en plein jour. Ce que vous dites dans le creux de l'oreille, dans la chambre, les gens le crieront sur place*³⁷⁰. »

³⁶³ *Ibidem*. n°487 et ss.

³⁶⁴ L'exemple ici concernera le Conseil constitutionnel. Dominique ROUSSEAU (, *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? " pour" : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes*, Cahiers du conseil constitutionnel n°8, Dossiers : débats sur les opinions dissidentes, juillet 2000) précise que tous les arguments donnés contre l'introduction de l'opinion dissidente sont sérieux mais pas convaincants. En ce qui concerne l'affaiblissement de l'autorité de la décision il dit ceci : « *L'autorité d'une décision, par exemple, est fondée non sur le décompte des voix qu'elle a pu obtenir en séance, mais, en droit, sur l'article 62 de la constitution; qu'elle ait été adoptée par cinq voix sur neuf ou à l'unanimité ne change rien à sa force juridique. Et connaître le nombre et le nom des juges majoritaires, les arguments et la solution proposée par les juges minoritaires n'empêcherait pas davantage la décision adoptée de s'imposer " aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles " et de n'être susceptible d'aucun recours. Par définition, l'opinion dissidente est minoritaire; elle ne fait donc pas la décision qui, seule, évidemment, fait droit. Dès lors, il faut comprendre l'argument " affaiblissement " comme signifiant que la publication des opinions dissidentes ferait perdre à la décision sa force morale. Mais, sur ce terrain " moral ", il n'est pas que les opinions dissidentes qui peuvent affaiblir l'autorité d'une décision; tout peut y contribuer : une rédaction confuse des considérants, les commentaires de la doctrine, les critiques des hommes politiques, les médias...* »

³⁶⁵ Raphaëlle NOLLEZ-GOLDBACH, *Le style judiciaire métissé de la cour pénale internationale, Droit et société* 2015/3, n°91, p.523 et ss.

³⁶⁶ René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOZI, Marie GORE, *les grands systèmes de droit contemporains, op. cit.* p. 131-132 (n°124).

³⁶⁷ Yves LAURIN, *le secret du délibéré, Recueil Dalloz* 2007, p. 856.

³⁶⁸ Cass. crim. 25 mai 2016, n°15-84.099.

³⁶⁹ Yves MAYAUD, *le secret du délibéré, un secret professionnel absolu, RSC* 2016, p. 265.

³⁷⁰ Matthieu 10, 26-27. (Version Louis Segond).

SECONDE PARTIE : LA COMPOSITION DES « STYLES JUDICIAIRES »

154. Parmi les divers modes d'expression du droit, notamment l'écrit, la parole, l'image, une seule, d'ailleurs la plus répandue, est commune au législateur et au juge : l'écrit. Cet écrit reflète la mise en matière d'une volonté décidée (celle du législateur et du juge) et est contenu dans un acte. La structure du langage, les formes et le contenu de l'acte, son objet ainsi que ses destinataires sont différents. Cette différence est double. Elle s'observe au niveau organique (c'est-à-dire dépend de qui elle émane) et dépend des caractères que prennent chaque acte. Mais la question la plus intéressante qui différencie ces actes est celle de la forme et du contenu qu'ils peuvent prendre. Pour ce faire, on ne s'intéressera qu'aux décisions de justice.

Quelles formes prennent les décisions de justice ? Répondre à la question, c'est étudier leur aspect morphologique. En un mot, la « structure » (Chapitre 1). Comment sont-elles rédigées ? L'analyse de cette deuxième question sera portée sur le contenu des décisions : la technique rédactionnelle (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA STRUCTURE DES DECISIONS DE JUSTICE

155. Lorsque l'on cherche le critère spécifique, disent des auteurs, qui distingue le jugement anglais ou américain du jugement français, c'est à la forme du jugement que tout le monde songe parce que celui-ci s'annonce comme *le* critère spécifique qui les différencie³⁷¹. Pour ce faire, on s'attèlera à trouver cette différence dans l'en-tête (Section 1), dans le corps de la décision (Section 2) et dans ce qu'on a appelé la fin de la décision (Section 3).

SECTION 1 : L'en-tête³⁷²

156. Il s'agira d'étudier, respectivement, le style de la Cour de cassation (§1), de la Cour suprême du Royaume-Uni (§2) et celui du Tribunal fédéral suisse (§3).

§1 : Dans le style de la Cour de cassation française

157. Les mentions devant figurer dans une décision rendue par les juridictions de l'ordre judiciaire sont énumérées à l'article 454 du code de procédure civile. Pour les arrêts rendus

³⁷¹ Antoine GARAPON et Ioannis PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Editions Odile Jacob, 2003, p. 200.

³⁷² Pour voir l'en-tête des décisions, v. les annexes 1, 2 et 3.

par la cour de cassation, en plus de certaines de ces mentions, à savoir l'indication de la juridiction de qui elle émane (cour de cassation), le nom des présidents et conseillers, de l'avocat général, du greffier, des parties et leur avocat, on peut voir aussi l'indication de la formation de jugement (première chambre civile ou chambre civile 1), la date de la publicité de l'audience (Audience publique du...) , le numéro du pourvoi (n° de pourvoi... ou pourvoi numéro ...) , la publication ou non au bulletin de l'arrêt. S'agissant de celui-ci, il se manifeste par l'attribution à l'arrêt de certaines lettres (P+B+I, P+R, I ...). Il comprend, en outre, le sens de la décision rendue par les motifs : rejet, cassation, cassation partielle Figure aussi en lettre capitale la mention « REPUBLIQUE FRANCAISE ». Et à la suite, mention est faite que la décision est rendue au nom du peuple français (AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS). Ces mentions ainsi précitées sont appelées, en France, « qualités ». Toutefois, cette dernière mention, prévue par les articles 454 du code de procédure civile et L. 111-1 du code de l'organisation judiciaire, est loin d'être anodine. La mention « au nom du peuple français » insérée au début de la décision, correspond, pour la majorité des auteurs, à une sorte de justice déléguée³⁷³. C'est ce que le premier président de la Cour de cassation, Monsieur Bertrand LOUVEL, résumait, dans son discours lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire le 13 janvier 2017 : « Si toutes les cours et tous les tribunaux de France tiennent en cette période une audience solennelle, c'est à l'invitation de la loi, qui leur fait un devoir d'exposer publiquement leur activité au cours de l'année écoulée. Ils sont, en effet, une composante de l'État.

Ils rendent la justice au nom du peuple français, et ils doivent des comptes au peuple français du mandat qu'ils reçoivent de la Constitution que s'est donnée le peuple français. »

Cela dit, le style français se distingue des autres styles judiciaires. En Suisse, par exemple, non seulement les arrêts sont rendus au nom d'une des cours du Tribunal fédéral (par exemple, au nom de la II^{ème} cour de droit civil du tribunal fédéral) mais plus encore, cette mention se trouve « à la fin de l'arrêt » après le dispositif (et non en tête comme c'est le cas en France).

§2 : Dans le style de la Cour suprême du Royaume-Uni

158. Lorsqu'on consulte les décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni (en ligne), on se rend compte tout de suite de la différence de style avec la Cour de cassation. D'abord, une page (voire 2 pages) est (sont) entièrement réservé(e)s à une présentation. On y voit un logo dans lequel y est écrit « THE SUPREME COURT », et au-dessus le symbole de la couronne. On peut voir aussi la nature de l'acte rendu par ladite juridiction : « JUDGMENT ». Mention est faite, sur la page de présentation, de la décision contre laquelle l'appel a été faite (On appeal from ...), mais aussi de l'année (ex. 2016), du sigle UKSC (signifiant United Kingdom's Supreme Court), et du numéro du jugement (ex. 64) de la décision rendue par la Cour suprême. Le nom des parties et de leur représentant ne manquent pas, ainsi que leur qualité (Respondent v

³⁷³ Certains auteurs pensent, au contraire, qu'il ne s'agit nullement d'une justice déléguée. C'est le cas de Georges WIEDERKHER. « Le pouvoir du juge ne peut reposer sur une délégation (malgré la formule selon laquelle le jugement est rendu au nom du peuple français) ... La délégation crée un lien entre délégant et délégué, alors que le juge est nécessairement un tiers. La fonction même de juger suppose l'indépendance, l'impartialité, la non-implication de ceux qui l'exercent. C'est sa spécificité même ... », Georges WIEDERKHER, Qu'est-ce qu'un juge ? *op.cit.* p. 585.

Appellant). Le nom des *Justices* (même si sur la décision figure encore Lord ... ou, pour une femme, Lady ...). La date à laquelle la décision a été rendue libellée comme suit : « JUDGMENT GIVEN ON ... » et enfin, le jour (ou les jours) où l'affaire a été entendue (Heard on ...).

A la différence de la France où la justice est rendue au nom du peuple, au Royaume-Uni elle est rendue au nom du monarque³⁷⁴.

§3 : Dans le style du Tribunal fédéral Suisse

159. Le style suisse se caractérise, d'abord, par la désignation de l'institution en quatre (4) langues citées verticalement. Ainsi, dans ses récentes décisions³⁷⁵, on perçoit tout en haut à gauche les termes « *Bundesgericht* » (allemand), ensuite, « *Tribunal fédéral* » (français), puis « *Tribunale federale* » (italien) et « *Tribunal federal* » (romanche). Ces quatre (4) manières de désigner l'institution (le tribunal fédéral) en question représentent respectivement les quatre (4) langues nationales de la Suisse à savoir, l'allemand, le français, l'italien et le romanche. On peut remarquer que l'ordre donné suit celle de la Constitution fédérale³⁷⁶. Juste en dessous, on perçoit un logo sous forme de croix (il s'agit de la croix suisse³⁷⁷). En dessous, figure « la côte » de l'arrêt.

Vient, ensuite ce qu'on appelle en suisse, généralement, le « chapeau de l'arrêt ». Dans le chapeau de l'arrêt, figure d'abord la date de la décision³⁷⁸ qui permet de situer la décision dans le temps, puis le nom de l'autorité ou de sa subdivision ayant rendu la décision³⁷⁹, la composition de la formation de jugement. Les noms des juges³⁸⁰ sont mentionnés (3 juges ou plus selon les cas) ainsi que ceux du greffier. Il y a lieu de mentionner les participants à la procédure, le recourant et l'intimée³⁸¹. Le nom et la date de naissance des parties (recourant comme intimée) sont anonymisés sous forme de lettre (A. __ né X. B. __). Mais, ceux des mandataires sont cités³⁸² A.... représenté par Me (nom). Et Puisque s'il s'agit d'un litige. L'opposition est donc marquée par l'expression « contre ». (X. contre ...). Aussi, est-il fait mention de l'objet du recours (ex. objet : protection de la personnalité³⁸³, ou action en divorce ou encore contrat de bail ...).

³⁷⁴ Aurélie DUFFY, Wanda MASTOR, Regards croisés sur les figures des procès anglo-saxons, in *Les figures du procès au delà des frontières*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 74.

³⁷⁵ A notre connaissance, depuis 2011.

³⁷⁶ Art. 4 de la constitution : « les langues nationales sont l'allemand, le français, l'italien et le romanche. »

³⁷⁷ Selon l'article 1^{er} de la Loi (fédérale) sur la protection des armoiries de la Suisse et des autres signes publics du 21 juin 2013 : « La croix suisse consiste en une croix blanche, verticale et alésée, placée sur un fond rouge et dont les branches, égales entre elles, sont d'une sixième plus longues que larges. »

³⁷⁸ A noter que la date de la décision (date à laquelle la décision a été rendue) est différent de la côte (date à laquelle le dossier a été enregistré). L'année de la date de la décision peut être différente de celle figurant sur la côte. Pour un ex. v. 5A_812/2011

³⁷⁹ Par ex. II^{ème} cour de droit civil ou I^{ère} cour de droit civil.

³⁸⁰ Les juges statuent, en principe, à trois (3) ou à plus selon les cas. V. partie « composition de formation de jugement en Suisse ».

³⁸¹ En droit français, devant la Cour de cassation, on parle de « demandeur au pourvoi » à qui on oppose le « défendeur au pourvoi ».

³⁸² Il faut préciser que dans la version publiée (dans le recueil officiel) le nom des parties ainsi que de leur mandataire ne sont pas cités.

³⁸³ 5A_267/2017 arrêt du 14 décembre 2017

Toutes ces mentions qui figurent en en-tête de l'arrêt forment le préambule³⁸⁴ de l'arrêt (ou le *rubrum*).

SECTION 2 : Le corps de la décision

160. Le corps de la décision touche cinq (5) aspects : le visa en France (§1), la subdivision en Suisse et au Royaume-Uni (§2). Puis, l'emplacement et l'exposé faits (§3), ceux de la procédure (§4), ainsi que le raisonnement (§5) dans le style des trois (3) juridictions.

*§1 : Le visa dans le style français*³⁸⁵

161. Selon l'article 1020 du code de procédure civile, l'arrêt vise la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée. Le visa d'une règle de droit figure dans les arrêts de cassation³⁸⁶ (et non dans les arrêts de rejet). Le visa lui sert de point de départ. Lorsque la Cour de cassation vise une règle de droit, elle entend justifier la non-conformité de la décision contestée à la règle de droit. C'est une manière, pour elle, de dire que la règle de droit visée est le fondement de la justification de la violation du texte, du défaut de base légale ou manque de base légale, ou du défaut de motifs. Par « règle de droit » au sens de l'article 1020 du code de procédure civile, il faut entendre les règles de droit écrites et non écrites.

161.1. S'agissant des règles de droit écrites, il peut s'agir des règles à portée internationale ou interne. Pour les textes internationaux, le visa peut concerner des traités ou conventions bilatérales ou multilatérales (ou même des articles ou alinéa d'articles), textes de l'union européenne, ou la convention européenne. C'est ainsi qu'on pourra voir dans certains arrêts : Vu l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁸⁷, Vu les articles 6, alinéa 1, et 11 de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux³⁸⁸, ou un visa concernant la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁸⁹. Pour les textes d'ordre interne, il peut s'agir de textes législatifs, codifiés ou non, ou réglementaires, convention collective, arrêté etc.... A titre d'exemple, Vu les articles 16 et 37 du décret n° 73-1202 du 28 décembre 1973, modifié, relatif à la discipline et au statut des officiers publics ou ministériels³⁹⁰, vu l'article 1134 du code civil.

Un seul texte ou plusieurs textes peuvent figurer au visa des arrêts (de cassation) de la Cour de cassation soit parce que ces textes (simultanément violés) sont dépendants l'une de l'autre

³⁸⁴ Pierre TERCIER et Christian ROTEN, *op. cit.* p.196 et 197.

³⁸⁵ Adrienne CALLEJAS, *le visa en cassation civile*, thèses, dactyl., soutenue le 15 mai 2017.

³⁸⁶ On trouve aussi des visas dans des arrêts d'irrecevabilité, de déchéance. André PERDRIAU, *Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation*, Semaine juridique, n°36, 6.09.1995, doct. 3866 ; Du même auteur, *Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, Semaine juridique, n°39, 24.09.1986, doct. 3257.

³⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, 16-16.427, Inédit.

³⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 2017, n°16-27.216.

³⁸⁹ Cass. soc. 1 décembre 2010, n°10-60.117, Inédit.

³⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2018, n°17-11.130, Inédit.

dans quel cas il faut un rapprochement, soit parce qu'ils sont autonomes, dans ce cas il utilisera la locution « ensemble ».

161.2. Le deuxième point concerne les règles de droit non écrites. Celles-ci interviennent en cas de lacune des règles écrites. Ces règles abstraites, générales, qui se dégagent de l'état du droit permettent au juge d'intervenir en cas d'interstices (c'est-à-dire de lacunes). Ces règles de droit non écrites sont dénommées : principes généraux du droit. La Cour de cassation les utilise. C'est ainsi qu'elle fait référence dans ses arrêts au principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil³⁹¹, à l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis³⁹², au principe *fraus omnia corrumpit*³⁹³.

§2: La subdivision de la décision en Suisse et au Royaume-Uni

162. Les subdivisions utilisées dans les décisions de justice varient d'une juridiction à une autre. Certaines juridictions, par exemple, choisissent au début de leur décision de dresser un sommaire, un plan³⁹⁴ (*I. II. II.A II. B III. IV ...*). D'autres, par contre, comme le Tribunal fédéral Suisse et la Cour suprême du Royaume-Uni en font toutes autres.

163. Les décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni font l'objet de subdivision. La subdivision concerne essentiellement les paragraphes. Chaque idée est mise sous forme de paragraphe. Elle peut être mise sous la forme :

1. ...
2. ...
- 3....
- 4...
- ...

Et ce, pouvant aller, par exemple, jusqu'à 224³⁹⁵ ou 244³⁹⁶ paragraphes.

La liberté de style au Royaume-Uni, conduit, aussi, le ou les rédacteurs à précéder un ensemble de paragraphe d'un titre, sans doute, dans le but d'orienter les lecteurs sur les différents points de droit à développer. C'est ainsi qu'on pourra voir :

Introduction

- 1...
- 2...

The facts ...

³⁹¹ Cass. civ. 2^{ème}, 31 mai 2018, n° 17-18.142.

³⁹² Cass. com. 16 mai 2018, 16-28.728, Inédit.

³⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 1992, n°90-15.760.

³⁹⁴ C'est le cas de la Cour africaine des Droits de l'Homme et des peuples. v. affaire NGUZA Viking (Babu Seya) et Johnson NGUZA (Papi Kocho) c/ République Unie de Turquie (arrêt rendu le 23 mars 2018).

³⁹⁵ In the matter of B (a Child) (FC) [2013] UKSC 33.

³⁹⁶ VTB Capital PLC Nutritek International Corp and Others [2013] UKSC 5.

3...

4...

The statutory provision

7...

8...

The appellate Court's function

...

Ou, souvent ce ne sont que les paragraphes (seulement) qui sont subdivisés sans mentionner ou préciser qu'il s'agit dans cette partie des faits, de la procédure ou de tel point de droit³⁹⁷.

Au Royaume-Uni, les décisions sont longues. Et certains auteurs ont préconisé une réduction des décisions pour les rendre plus accessibles surtout pour les juristes étrangers³⁹⁸.

164. Les décisions rendues par le Tribunal fédéral Suisse font, aussi, l'objet de subdivision. Celle-ci touche en premier lieu, la partie « Faits ». En second lieu, le raisonnement de la Cour, et, en troisième lieu, le dispositif.

164.1. La subdivision des faits (plus encore de la partie *Faits*) se fait avec les lettres de l'alphabet. Ainsi, on perçoit dans ses décisions les lettres suivantes³⁹⁹ (A. ... B. ... C. allant parfois jusqu'à la lettre F⁴⁰⁰). Cette alpha-numérotation n'est réservée qu'à la partie qui porte le nom « Faits »⁴⁰¹. Et puisque dans leur exposé ils suivent un certain ordre, il est possible de trouver d'autres subdivisions (encore avec des lettres) à l'intérieur de chaque lettre correspondant à une étape de la partie Faits. On pourra voir par exemple :

Faits :

A.

A.a

A.b ...

A.c

B.

B.a ...

B.b ...

B.c ...

Rappelons-le encore, il n'y a que la partie « *Faits* » qui est alphanuméroté (c'est-à-dire numérotée avec les lettres de l'alphabet).

³⁹⁷ Pour un exemple, v. Zakrzewski (Respondent) v The Regional Court in Lodz, Poland (Appellant) [2013] UKSC 2.

³⁹⁸ Lady ARDEN, Judgment Writing : Are shorter judgments achievable ? (LQD), 2012 (208), p. 515-520.

³⁹⁹ Lorsque ces lettres y figurent dans la décision, elles suivent l'ordre de l'alphabet. Ainsi, il n'est pas possible de voir mentionner dans l'arrêt du tribunal la lettre X après qu'il a utilisé la lettre A. Ce qui veut dire que s'il met A s'ensuivra B puis C et ainsi de suite.

⁴⁰⁰ V. par ex. 5A_170/2013, 5A_174/2013.

⁴⁰¹ On expliquera dans le paragraphe suivant (réservé aux Faits) pourquoi l'on n'a pas préféré utilisé la dénomination « *les faits* » plutôt que de dire *partie « qui porte le nom de Faits »*.

164. 2. Le Tribunal fédéral utilise, aussi, la numérotation décimale⁴⁰² (qui est une autre forme de subdivision) lorsqu'il débute son raisonnement. Après les mots *considérant en droit*, suit :

1. ...
2. ...
2.1. ...
2.2. ...
3. ...
3.1. ...
3.2. ...
4.1. ...
4.2. ...
4.2.1. ...
4.2.2. ...

164. 3. Enfin, la subdivision touche le dispositif. Elle se fait par simple numérotation (1. / 2. / 3. ...)

165. Pour résumer, il y a trois (3) sortes de numérotations en Suisse. Une partie numérotée avec les lettres de l'alphabet (c'est la partie *Faits*) ; une autre, la numérotation décimale qui amorce le raisonnement du Tribunal et, enfin, une numérotation simple pour le dispositif.

Ceci appelle donc deux (2) remarques. La première est celle de savoir que le Tribunal fédéral discipline et organise son œuvre. Il donne un certain ordre à la décision. La seconde, c'est qu'en usant de cette simple subdivision dans sa rédaction, le lecteur sait déjà où trouver les faits, le raisonnement du tribunal et le dispositif.

§3 : *Les faits*

166. Les décisions rendues par ces trois (3) juridictions suprêmes, en tout cas pour celles statuant au fond, contiennent au moins en commun, une présentation des faits. Mais son emplacement (A) et la manière de les exposer (B) diffèrent. Ainsi, où les trouve-t-on ? Et comment sont-ils exposés ?

A. Emplacement des faits

167. Premièrement l'emplacement des faits en Suisse et au Royaume-Uni (1) et deuxièmement en France (2).

1. Annonce expresse des faits

168. Dans sa décision, le tribunal fédéral précède le récit des faits de l'expression « *Faits* : ». Ce faisant il annonce expressément, en utilisant ce mot précédé des deux points (:), que ce qui suivra ne concerna que, et uniquement, les faits. Et donc exclut tout ce qui n'y entre pas. Les faits, en effet, constituent le point de départ du corps de la décision. C'est pourquoi, on les découvre automatiquement après l'en-tête.

⁴⁰² Et ceci depuis 2004. Avant cette date, la numérotation était alphanumérique (1a / 1.b ...). V. Pierre TERCIER et Christian ROTEN, *op. cit.* p. 202 (n° 1056).

169. Au Royaume-Uni, il en va de même mais avec une légère distinction. Les juges précèdent les faits en utilisant les expressions « The facts », ou « The history » ou « The history of the case ». Les mots varient en fonction des affaires. La décision peut débiter automatiquement avec la présentation des faits. Ou bien, les faits peuvent être présentés après une brève introduction situant le contexte de l'affaire. Par exemple⁴⁰³ :

1. This appeal concerns ... It raises general question relating to :

- (1) ...
- (2) ...

In addition, the facts of present case raise particular questions ...

- (a) ...
- (b) ...

...

The facts

5...

2. Apparence des faits

170. En France, au contraire, il n'est en aucun cas fait mention de l'expression « Faits ». Mais dans les arrêts de rejet ou de cassation de la Cour de cassation, l'on voit évidemment un exposé des faits. Les faits sont donc apparents sans qu'une précision expresse soit faite. La position de cet exposé varie suivant que l'arrêt est de rejet ou de cassation.

170.1. Dans les arrêts de rejet, ce sont les faits qui ouvrent le corps de la décision (souvent après l'énoncé d'un titre annonçant l'examen du moyen "sur le moyen unique" ou "sur le premier moyen").

170.2. Tandis que dans les arrêts de cassation, c'est le visa. Ce n'est qu'après le visa (puis souvent, le chapeau), que viennent l'exposé des faits.

171. Dans tous les cas, il n'y a pas d'annonce expresse du mot "Faits" précédant l'établissement des faits comme c'est le cas des juridictions suprêmes vues antérieurement.

L'usage de certains mots, par contre, ne manque pas pour le rendre « apparent » : "Attendu, selon l'arrêt attaqué (ou le jugement attaqué), que ...", ou "attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué (ou du jugement attaqué) que ...". Ces expressions qui vont suivre directement les faits signifient que la Cour de cassation, à l'instar du Tribunal fédéral suisse, ne reconstitue pas les faits et se sert de ceux-ci, établis par l'autorité précédente (la cour d'appel ou la juridiction de premier degré).

⁴⁰³ In The matter of C (Children) [2018] UKSC 8.

B. Exposé des faits

172. En France, la présentation des faits est concise (1) alors qu'en Suisse et au Royaume-Uni, ils sont amplement détaillés (2).

1. Concision des faits

173. Il faut d'abord rappeler que la Cour de cassation est juge du droit. Elle ne juge pas les faits sauf disposition contraire. Elle ne reconstitue pas les faits. Raison pour laquelle quand elle expose les faits, elle se doit de les réduire que possible pour ne pas donner l'impression qu'elle s'est penchée sur l'ensemble des circonstances de la cause⁴⁰⁴. Elle va, pour ce faire, se limiter à l'énoncé des seuls éléments nécessaires à la compréhension du ou des moyen(s) qui ont été mis en œuvre et des réponses apportées⁴⁰⁵. A titre d'exemple⁴⁰⁶ :

...
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 27 septembre 2010), que X..., ayant, depuis l'enfance le sentiment d'appartenir au sexe masculin, dont elle a adopté le comportement, a entrepris une démarche de changement de sexe avec l'aide d'une équipe médicale spécialisée ; ...

2. Exposé détaillé des faits

174. En scrutant les décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni et du Tribunal fédéral suisse on s'aperçoit que les faits sont riches en explication. L'exposé des faits est explicite. Mais avant, il faut préciser une chose.

Si dans les décisions du Tribunal fédéral Suisse, la partie "Faits" est composé *et* des faits de la cause *et* des faits de la procédure (ce que un arrêliste français appellera tout court "la procédure"), il n'en est pas toujours ainsi dans les décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni. En effet, dans certaines décisions il distingue les faits (*the facts*) de la procédure (*the proceedings*)⁴⁰⁷, ou encore dans une même partie "the facts" ou "the history of the case"⁴⁰⁸ ou "Introduction"⁴⁰⁹, on peut voir *et* les faits *et* la procédure. Ce qui rend l'étude délicate.

Raison pour laquelle, dans cette partie (exposé détaillé des faits), l'exposé des faits se limite qu'aux faits de la cause. Quant à la procédure, une partie lui sera consacrée.

175. Dans un pays où la doctrine du *Binding precedent* a une grande portée, il va de soi que les faits de l'espèce soient mieux expliqués, détaillés, compris, au point souvent de les

⁴⁰⁴ Droit et pratique de la cassation en matière civile, LexisNexis, 2012, 3^{ème} édition, p.348 (n°996)

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ Cass. civ 1^{ère}, 07 juin 2012, n° 11-22490.

⁴⁰⁷ V. par exemple R v Taylor (Appellant) [2016] UKSC 5.

⁴⁰⁸ In a Matter of D (a child) [2016] UKSC 34.

⁴⁰⁹ British American Tobacco Denmark A/S and others (Respondents) v Kazemier Transport BV (Appellant) ; British American Tobacco Switzerland SA (Respondents) v H Essers Security Logistics BV and another (Appellants) [2015] UKSC 65.

accompagner d'images⁴¹⁰. Puisque le précédent (l'élément important du précédent qui est la *ratio decidendi*) est lié aux faits de l'espèce, il faut donner une ample explication des faits pour en percevoir la conséquence c'est-à-dire savoir si oui ou non la *ratio decidendi* appliquée aux faits de la précédente affaire (qui a eu valeur de précédent) peut s'appliquer à la nouvelle affaire soumise aux juges. C'est d'ailleurs pourquoi, les juristes *common lawyers* accordent une si grande importance aux faits (à la différence des juristes de pays romanistes).

On peut trouver cet exemple dans une affaire où la Cour suprême du Royaume-Uni s'est prononcée sur une affaire mettant en cause la convention de la Haye de 1996 relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants⁴¹¹. On peut voir que dans cette décision, il fait référence à un luxe de détails. On peut voir :

The facts

2. The child, whom I shall call Shalem, was born in ... His parents are both ... although they also hold ... citizenship ... The father lived in ... from ... until ... He married the mother ... in ... and the mother came to join him here. From 2009 to 2011, the family lived in ... where the father held ... Then in 2011 They moved to ... However, from August 2011 there were problems in their marriage, and in December 2011, the father ... In the spring of 2012, the mother moved with the child to ... some 50 miles from ...

3. The Local Family Court made ... on the 12 July 2012. The mother was ... The mother was also ordered to ... The order also provided ...

4. Mother and child lived with ... for the rest of 2012, but in January 2013, the mother came to ... The mother's case is that she met her current partner, a ... when he visited ... in 2012. They went ... They have a child together, born in ...

5. ...

6...

These proceedings

...

176. Quant au Tribunal fédéral suisse, on l'a déjà mentionné, il statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente. Ce n'est que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacts ou en violation du droit au sens de l'article 95 LTF, qu'il pourra les rectifier ou les compléter d'office⁴¹². Il suit de là que les faits, qui seront mentionnés dans l'arrêt du tribunal, seront en règle générale ceux sur lesquels s'est appuyée la précédente autorité. Et il ne s'agira aucunement de mentionner tous les faits dans les moindres détails, mais ceux qui sont pertinents et essentiels en fonction des règles juridiques applicables⁴¹³. Même dans ces cas, l'exposition est différente de celle de la Cour de cassation française.

⁴¹⁰ PMS International Group Plc (Respondent) v Magmatic Limited (Appellant) [2016] UKSC 12.

⁴¹¹ In a Matter of J (a child) [2015] UKSC 70.

⁴¹² Article 105 LTF. Au regard de cet article, le tribunal fédéral n'est donc pas juge des faits. Son rôle ne s'étend qu'aux questions de droit. Il ne pourra revenir que sur les faits que dans les deux (2) cas précédemment cités.

⁴¹³ Bernard CORBOZ, Alain WURZBURGER, Pierre FERRARI, Jean-Maurice FRESARD, Florence Aubry GIRARD, *op. cit* p. 1022

La présentation des éléments de la partie des *Faits* dans la décision de justice suit plusieurs étapes. Elle se fait, disons-le encore, à l'aide des numérotations. Dans leur présentation, d'abord on trouve les faits proprement dit et, ensuite, ce que le juriste français appelle, lorsqu'il commente un arrêt, la procédure. Voilà les deux (2) éléments qu'on perçoit dans cette partie. Le tribunal commence généralement, dans le premier cas (pour les faits), par la présentation des parties. Elle peut prendre cette formule :

Faits :

A.

A. ____, né X. ____, a été membre du conseil d'administration de la Société C. __ AG du 20 juin 2008 au 25 juin 2010. Cette société, active dans la prestation de services dans le domaine financier, a été mise en faillite le 2 juillet 2010. Dès le 1^{er} juin 2012, A. __ a été employé par l'association D. __ en qualité de directeur et chef du service juridique. Cette entité a été dissoute le 1^{er} juin 2013.

Après la présentation des parties, le tribunal expose chronologiquement les faits. Dans la suite du même exemple⁴¹⁴ :

B.

Le 14 juin 2013, le journal satirique B. ____, sous la plume de E. ____, a publié un article intitulé ‘‘ Désastre en mode X. ____, notamment rédigé dans les termes suivants ... Cuisinier de formation X. __ s'était glissé, en juin 2008, dans la peau d'un prétendu diplômé en criminologie ... X. __ prétendait encore en août 2009, vouloir bâtir une tour ... Mais en Mars 2010, tout partie en vrille. Pour se faire oublier, ... il brouilla si bien les pistes que même un détective privé, engagé par un avocat sédunois, fut incapable de retrouver sa trace. Mais après quelque mois X. ...

Lorsque le Tribunal fédéral présente les faits, il fait souvent usage des enseignes⁴¹⁵, des photographies⁴¹⁶. Il va jusqu'à même insérer dans les faits un procès-verbal d'inventaire des biens dressé par une administration fiscale⁴¹⁷.

177. Le droit comparé montre, encore une fois, que la concision des faits dans les décisions de la Cour de cassation, que les auteurs justifient par le fait qu'elle serait juge du droit et non des faits n'est pas si convaincante. Le Tribunal fédéral suisse est à l'instar de la Cour de cassation française une juridiction ne connaissant que des questions de droit. Son rôle ne s'étend principalement pas aux faits. Mais dans ses décisions, on trouve un exposé détaillé et explicite des faits. Et ceci n'influe aucunement sur son rôle d'être principalement juge du droit. Il est et demeure toujours, en dépit de l'importance qu'il accorde exceptionnellement aux faits, juge du droit. Etre ou ne pas être une juridiction de troisième degré ne devrait pas être un prétexte pour donner ou non une concision aux faits.

§4 : Le rappel de la procédure

178. Comment se fait le rappel de la procédure en France (A), au Royaume-uni (B) et en Suisse (C) ?

⁴¹⁴ 5A_267/2017 arrêt du 14 décembre 2017.

⁴¹⁵ ATF 132 III 770 ; ATF 137 III 77.

⁴¹⁶ ATF 130 III 328 ; ATF 143 III 127

⁴¹⁷ 5A_522/2014, 5A_569/2014, 5A_573/2014 arrêt du 16 décembre 2015.

A. Le style français

179. Le rappel de la procédure, c'est l'explication de l'origine du litige depuis la saisine du juge. Et cet état de procédure est mentionné avec l'exposé des faits (puisque les faits concernent les faits de la cause et l'état de procédure). En rappelant la procédure, le juge va aussi exposer les prétentions et moyens des parties⁴¹⁸. Dans les arrêts de la Cour de cassation, cet exposé prend une forme différente puisque le pourvoi en cassation est (et l'on pourrait dire) une réponse adressée au demandeur au pourvoi. Dans les arrêts de cassation, les moyens n'y figurent pas trop (on peut les trouver dans les annexes). Ce qui n'est pas le cas des arrêts de rejet, où les moyens sont intégralement présentés. Et il débute par ces termes :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ... alors, selon le moyen ... :

ou

Attendu que X. reproche à la cour d'appel (ou jugement du tribunal...) de l'avoir ... alors selon le moyen ... :

Ces moyens, dans les arrêts de rejet, se trouvent automatiquement après les faits (de la cause et de la procédure). L'expression "alors que" fait suivre directement les prétentions du demandeur au pourvoi. Après les avoir présenté, la Cour de cassation discutera les moyens (ou les branches du moyen). Et c'est là, qu'il donnera sa réponse au moyen.

Il faut faire remarquer, toujours dans les arrêts de rejet que lorsque le moyen se subdivise en plusieurs branches, la cour de cassation numérote ces différentes parties du moyen. Par exemple :

Sur le moyen unique, pris en ses première, deuxième, troisième, ... branches :

Attendu que X. fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande en ce qui concerne ... alors selon le moyen :

1°/ que ...

2°/ que ...

3°/ que ...

B. Le style britannique

180. Dans les parties précédentes, il a été fait mention que les *Justices* associaient dans leur rédaction souvent les faits de la cause et de la procédure dans une même partie, mais aussi qu'ils pouvaient les distinguer. Qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre, l'exposé de la procédure suit automatiquement le récit des faits⁴¹⁹. Souvent aussi, il peut suivre un autre élément. Par exemple, les *Justices* peuvent décider d'appréhender d'abord les faits, ensuite le contexte

⁴¹⁸ Art. 455 C. pr. Civ.

⁴¹⁹ *Shergill and others (Appellants) v Khaira and others (Respondents)* [2014] UKSC 33.

juridique de l'affaire avant d'énoncer la procédure. Toujours est-il que, le récit de la procédure se fait chronologiquement, depuis la saisine de la première juridiction⁴²⁰ :

The facts

3. In the present proceedings, the father maintains that ...
That proposition is predicated upon ...

The proceedings below

7. In the Outer House of the Court of Session, The Lord Ordinary identified the first question... It was common ground that the question was to be determined in accordance with ...

8. After summarising the evidence and the parties's contentions The Lord Ordinary stated ...

9. That decision was reversed by The court considered that the Lord Ordinary had ... Considering the matter afresh, The Extra division concluded that ...

C. Le style suisse

181. Le rappel de la procédure dans le style suisse intègre la partie *Faits* de la décision. Le déroulement de la procédure est exposé depuis la 1^{ère} instance jusqu'à l'acte de saisine qui ouvre le recours devant le Tribunal fédéral. Le retraceur de la procédure est aussi longuement expliqué plus que dans le style français. Il le fait chronologiquement. Elle peut être rédigée ainsi qu'il suit :

C.

C.a. Par requête de mesures provisionnelles du 10 juillet 2013, modifiée le 31 juillet suivant, A. __, né X. __ a demandé qu'interdiction soit faite à B. __ Sarl de...

Le 15 octobre 2013, le juge délégué de la chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud a refusé d'ordonner ...

C.b. Par demande du 29 novembre 2013, modifiée le 15 juin 2015 A __, né X a conclu

C.c. Le 24 mai 2016, la chambre patrimoniale cantonale a interdit ...

C.d. Le 2 mars 2017, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a admis l'appel interjeté par B...

D.

Par écriture du 3 avril 2017, A. __ né X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut principalement ...

E.

Par ordonnance du 23 mai 2017, le Président de la IIème cour de droit civil a accordé l'effet suspensif au recours.

Chaque étape de la procédure est numérotée. Ce qui permet de suivre le tribunal lorsqu'il retrace étape par étape le déroulement de la procédure. Une fois cette étape terminée, là commence son raisonnement.

⁴²⁰ AR (*Appellant*) v RN (*Respondent*) (*Scotland*) [2015] UKSC 35.

182. Le cas français et suisse (A) et le style « exceptionnel » de la Cour suprême du Royaume-Uni (B).

A. Le cas français et suisse

183. Il est question ici de se limiter à l'aperçu du raisonnement utilisé par les deux (2) juridictions dans leur décision : la Cour de cassation et le Tribunal fédéral. Quant à l'étude proprement dit du syllogisme, c'est-à-dire son contenu, sa mise en œuvre, son expression, il sera analysé dans la partie consacrée aux « *méthodes des juges* ». Cela dit, le raisonnement de la Cour de cassation s'annonce différemment du Tribunal fédéral.

184. La terminologie utilisée par la Cour de cassation varie. Lorsqu'il s'agit d'un arrêt de rejet, il débute toujours par 'Mais attendu que ...'. Cette formule utilisée par la Cour de cassation marque le début de son raisonnement, ce qui permet de le détacher des critiques que l'auteur du pourvoi a énoncées. Dans ce type d'arrêt, l'introduction de cette terminologie fait suivre directement la majeure du syllogisme qu'est la règle de droit.

Dans les arrêts de cassation, c'est une autre terminologie. On verra plutôt 'Attendu qu'en statuant ainsi (ou se déterminant), alors que ...' ou 'Attendu, cependant, que (règle de droit) ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a ...'. Dans ce type d'arrêt, la majeure est soit le visa et/ou le chapeau (lorsque chapeau suit le visa on parle de « chapeau de tête » ; lorsqu'il se trouve dans la critique que fait la Cour de cassation à la décision critiquée, il prend le nom de « chapeau intérieur »⁴²¹).

Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un arrêt de rejet ou de cassation, la Cour de cassation termine par un « conclusif » qui achève la réponse du moyen. Ce conclusif est libellé sous cette forme, pour une cassation, 'La cour d'appel a violé le texte susvisé' ou 'a privé sa décision de base légale', et dans le cas d'un arrêt de rejet, '... l'arrêt se trouve légalement justifié, ou que le moyen ne peut être accueilli ...'.

185. Le Tribunal fédéral, lui, débute son raisonnement, lorsqu'il est fait mention expressément dans la décision « *considérant en droit :* » ou « *le tribunal fédéral considère en droit :* ». Cette expression marque clairement une séparation entre la partie « Faits » et le début de son raisonnement. Le raisonnement du Tribunal fédéral suit une certaine subdivision à l'aide de la numérotation décimale. La numérotation de ses argumentaires lui sert de clause de renvoi.

Le raisonnement débute par l'examen du respect des conditions de procédure. Lorsque le Tribunal fédéral est saisi : il faut qu'il vérifie sa compétence, la qualité du recourant pour recourir (c'est-à-dire faire un recours), le respect du délai légal, des formes des actes. Il faut aussi qu'il rappelle la délimitation de ses attributions. En clair, le Tribunal fédéral suisse ne

⁴²¹ André PERDRIAU, *Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, op. cit. p. 10 et ss

fait que contrôler « les dispositions de procédures ». Ce n'est qu'une fois ces dispositions rappelées et examinées, qu'il s'appuiera sur la demande des protagonistes. Et dans ce cas, alors, il discutera les moyens invoqués par les parties. On pourra voir par exemple⁴²² :

Considérant en droit :

1. Le recours a été interjeté dans le délai légal (art. 100 al. 1 LTF), contre une décision finale (art. 90 LTF), prise dans une affaire civile (art. 72 al. 1 LTF) de nature non pécuniaire (ATF ...) en dernière instance cantonale et sur recours par le tribunal supérieur du canton de Le recourant a qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).
2.

2.1. Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Cela étant, ..., il n'examine en principe que les griefs soulevés ; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui (ATF...). En outre, Le Tribunal fédéral ne connaît de la violation des droits fondamentaux que si ...

2.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits constatés dans la décision attaquée (art. 105 al. 1 LTF) Il peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si ...

B. Le style « exceptionnel » de la Cour suprême du Royaume-Uni

186. Le style de Cour suprême est exceptionnel dans la mesure où il se différencie des autres. Exceptionnel, parce qu'il est tributaire de la plume de l'auteur de la rédaction. A la différence du raisonnement « composite » des deux (2) autres juridictions, c'est-à-dire qui inclut dans leur discours les faits (tel qu'établis par les juridictions inférieures) et leur raisonnement proprement dit (qui sont les leur), le style de la Cour suprême du Royaume-Uni se distingue. Ce sont les *Justices* qui vont façonner leur raisonnement. Ce sont eux qui vont lui attribuer une structure qui convient. Ils choisiront les mots adéquats pour donner de la beauté au raisonnement, pour donner de l'élégance au style. Ils parleront à la première personne du singulier (I agree ...), ou la première du pluriel (We would ...). Les exemples seront choisis avec précision, les mots seront exprimés clairement. La manière de présenter les faits, d'exposer la procédure, de discuter les arguments, d'énoncer la solution, d'expliquer les points de droit, d'achever le raisonnement sera séduisant. Le juge Cartozo, de la Cour suprême des Etats-unis, tellement séduit par le style de rédaction a pu dire : « *the opinions of the English judges are a mine of instruction and a treasury of joy* ».

187. Ce caractère « exceptionnel » s'explique par l'oralité qui a été toujours l'un des traits caractéristiques du système common law en question. Le juge rend la décision comme s'il l'expliquait une histoire à quelqu'un. Il n'est pas « *un mathématicien, mais plutôt un conteur, un narrateur du droit*⁴²³ ». Il explique le droit, il ordonne son raisonnement. Il arrive même que ses jugements prennent la forme d'une dissertation⁴²⁴ :

⁴²² Arrêt 5A_267/2017 du 14 décembre 2017.

⁴²³ Antoine GARAPON, Ioannis PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, op. cit. 201.

⁴²⁴ Société Coopérative de Production SeaFrance SA (Respondent) v The Competition and Markets Authority and another (Appellants) [2015] UKSC 75.

Introduction

...

The statutory framework

....

The facts

...

Conclusion

....

SECTION 3 : La fin de la décision

188. La fin de la décision concerne le dispositif (§1) et la signature de la décision (§2).

§1 : Le dispositif

189. Il faut définir le dispositif (A) avant de voir son énoncé et son contenu (B).

A. définition

190. Le dispositif peut être défini comme la partie finale d'une décision judiciaire⁴²⁵. Il est, au sens étymologique du terme, la décision du juge. Décision, venant du latin *decisio* de *decidere* (préfixe *de* - exprimant la séparation et *caedere* - couper), c'est dans le dispositif que le juge va *détacher en coupant*⁴²⁶ le litige c'est-à-dire le *trancher*.

B. Enoncé et contenu du dispositif

191. En France et en Suisse, le dispositif du jugement présente plus ou moins des traits identiques (1). Au Royaume-Uni, il présente une singularité (2).

1. Le dispositif en France et en Suisse

192. Apportons un éclaircissement sur ce qu'on appelle autorité de chose jugée (en France) ou force de chose jugée (en Suisse). Surtout qu'elle s'attache au dispositif.

L'article 480 du code de procédure civile français prévoit : « Le jugement qui tranche dans son *dispositif* tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident *a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée* relativement à la

⁴²⁵ Christian BROVET et Angela CARVALHO, *Glossaire juridique*, Schulthess, 2017, p. 68.

⁴²⁶ Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2017, p.302

contestation qu'il tranche. » L'article 61 LTF en Suisse énonce en sa lettre : « les arrêts du tribunal fédéral acquièrent force de chose jugée le jour où ils sont prononcés ». Ces deux articles font mention expressément que (l'autorité de ou la force de) chose jugée ne touche que les décisions « mais ne dit pas que seul ce qui est dans le dispositif a l'autorité de la chose jugée⁴²⁷. » C'est pourquoi, s'il est acquis qu'en principe que la chose jugée⁴²⁸ ne s'étend qu'au dispositif, il est aussi admis en France aussi bien qu'en suisse⁴²⁹ que la chose jugée touche aussi les motifs qui en sont le soutien nécessaire du dispositif. Ces motifs sont dits « décisifs » en France⁴³⁰.

193. L'élément commun au dispositif, en France et en Suisse, c'est sa structure. Même si le contenu diffère légèrement, le dispositif comporte « une introduction, une partie principale, une partie secondaire et des mesures accessoires⁴³¹ ».

193.1. Premièrement, son énoncé débute ainsi : « Par ces motifs : ». Qu'il s'agisse de la Cour de cassation ou du Tribunal fédéral, cette expression accorde de l'importance aux motifs. C'est une manière de signifier que la juridiction « se fonde sur les motifs qu'elle vient d'énoncer pour trancher les questions qui lui ont été soumises⁴³² ». Elle marque, ainsi, l'achèvement du raisonnement c'est-à-dire sépare les motifs du dispositif, elle singularise le dispositif, et donne de l'importance au contenu qui suivra. En France, à ces mots, souvent suivent les expressions « et sans qu'il y soit besoin de statuer sur le (énième) moyen ». Cette dernière expression est aussi utilisée par le Tribunal fédéral suisse, seulement qu'elle ne figure pas dans le dispositif.⁴³³

En suisse, y sont ajoutés après le, 'par ces motifs', « Le tribunal fédéral prononce : ». Ce faisant, le tribunal ne fait que rappeler ainsi l'autorité ayant rendu la décision. C'est 'le Tribunal fédéral qui prononce' la décision. Et l'autre particularité du dispositif dans les décisions du Tribunal fédéral, c'est sa subdivision par simple numérotation. On peut y voir par exemple :

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1. ...
2. ...
3. ...

⁴²⁷ Jacques HERON, Thierry le BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 2015, p. 307

⁴²⁸ On a volontairement utilisé l'expression *chose jugée* juste pour désigner indifféremment « autorité chose jugée » en France et « force de chose jugée » en Suisse.

⁴²⁹ Arrêt 5P.245/2002 du 25 novembre 2003 consid. 2.1. ; v. aussi. ATF 112 la 353 consid. 3c/bb ; v. ég. Bernard CORBOZ, Alain WURZBURGER, Pierre FERRARI, Jean-Maurice FRESARD, Florence Aubry GIRARD, *op. cit.* p. 425.

⁴³⁰ Les *motifs décisifs* ne se confondent pas avec les *motifs décisives*. Si l'on ne refuse pas au premier l'autorité de la chose jugée (qui est attachée aux motifs qui sont le soutien nécessaire du dispositif), il n'en va pas de même pour les seconds. V. Civ. 2^e, 22 janvier 2004, *Bull. civ.* II, n°15.

⁴³¹ Droit et pratique de la cassation en matière civile, LexisNexis, 2012, 3^eme édition, p. 489 (n°1234).

⁴³² Pierre TERCIER et Christian ROTEN, *op. cit.* p. 204 (n° 1063)

⁴³³ Pour un exemple, v. arrêt 4A_339/2009 cons. 4.4 « Ce résultat *dispense* le Tribunal fédéral d'examiner le second moyen de la recourante fondé sur une appréciation arbitraire des preuves administrés quant aux mouvements de fonds survenus sur le compte de l'intimée ouvert auprès de la banque ». A la différence de la Cour de cassation qui n'énonce pas le moyen de la partie lorsqu'il utilise le terme « sans qu'il y ait lieu d'examiner le moyen ... », le Tribunal fédéral l'énonce et poursuit avec le moyen de la partie.

193.2. La partie principale c'est celle de la solution au litige. (i) - En Suisse, il concerne avant tout les questions de recevabilité et de fond⁴³⁴. Dans certaines décisions, il peut se lire ainsi qu'il suit :

1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2. La requête d'assistance judiciaire du défendeur est rejetée⁴³⁵.

Ou, dans d'autres décisions, tout simplement.

1. Le recours est rejeté

Et lorsqu'il y a admission du recours, il est plus étoffé.

1. Le recours est admis et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que le ...

(ii) - En France, c'est le sens de la décision qui fait figure de partie principale. Il peut s'agir notamment d'une décision de rejet, de cassation totale ou partielle, avec ou sans renvoi.

Les formules seront alors respectivement pour les 3 premiers :

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi / Casse et annule en toutes ses dispositions l'arrêt rendu le ... entre les parties ... / Casse et annule, *mais seulement en ses dispositions relatives* ...

193.3. La troisième partie, la partie secondaire, concerne le volet financier. (i) - En Suisse, Il y a deux (2) types de frais. Les *frais judiciaires* et les *frais des parties*⁴³⁶. Les premiers sont les coûts de l'appareil judiciaire qui traite l'affaire. Les seconds, les coûts assumés par chaque partie⁴³⁷.

Les frais judiciaires touchent deux autres (2) aspects. D'une part, *l'émolument judiciaire* qui est la somme que la loi met à la charge des parties à titre de contribution aux frais de la justice et d'autre part les *débours* qui expriment les dépenses particulières que la loi répercute sur les parties⁴³⁸. Les frais des parties, aussi, se divisent en deux (2) éléments *les frais d'avocat* et *les débours des parties* (dépenses effectuées pour le suivi du procès).

Hormis tous ces éléments qu'il est possible de trouver dans le dispositif, le tribunal fédéral statue aussi sur *les dépens*⁴³⁹. Ainsi, s'énonce dans ses décisions :

2. Les frais judiciaires, arrêtés à x. (montant) sont mis à la charge du recourant / ou 2. La défenderesse acquittera un émolument judiciaire de x. montant / ou encore la défenderesse versera une indemnité de x. montant au demandeur à titre de dépens.

(ii) - En France, cet aspect touche les dépens. Dans le dispositif, l'énoncé sera lors :

Condamne X. aux dépens ;

⁴³⁴ Pierre TERCIER et Christian ROTEN, *op. cit.* p. 204 (n°1064)

⁴³⁵ Ou plutôt : « 2. la demande d'assistance judiciaire du recourant est rejeté. »

⁴³⁶ Bernard CORBOZ, Alain WURZBURGER, Pierre FERRARI, Jean-Maurice FRESARD, Florence Aubry GIRARDIN, *op. cit.* p.430 et ss.

⁴³⁷ *Ibidem.*

⁴³⁸ *Ibidem.*

⁴³⁹ *Ibidem.*

193.4. Le dernier élément, les mesures accessoires, concerne les amendes civiles et d'autres indemnités non compris dans les dépens que la juridiction, par condamnation, accorde à une partie au procès⁴⁴⁰.

2. « L'exception » britannique

194. La manière d'énoncer le dispositif est une autre « exception » britannique. Le dispositif n'appelle pas de développement. Il se résume, pour la plupart, en seule phrase. Il est sous la forme : « For these reasons, I would allow the appeal » (lorsque la décision est rédigée par un seul *Justice*), « ... We would allow the appeal ... » (lorsque la décision est rédigée par deux (2) ou plusieurs *Justices*).

On peut voir aussi dans certaines décisions un sentiment de satisfaction⁴⁴¹ :

Conclusion

39. I am therefore satisfied that The Supreme Court of United Kingdom has no jurisdiction to ... The appeal which has been lodged should therefore be struck out.

Certaines décisions, aussi, font référence à un précédent :

« For these reasons, we would allow this appeal, and refuse to follow *Cookson v Knowles and Graham v Dodds*, on the basis that ... ».

D'autres peuvent, en revanche, être longues⁴⁴² :

DISPOSAL

36. For these reasons, I would hold that ... I would therefore answer the question formulated for ... I would accordingly allow the appeal and restore the order of the judge, ... in which, .. he ...

37. There remain a number of issues between the parties which fall for decision by ... It appears to me that ... The parties should try to agree ... In the absence of agreement, the parties should ...

195. Le dispositif tel que formulé par les juges de la Cour suprême du Royaume-Uni se distingue de ceux en France et en Suisse.

(i) D'abord par leur forme, au Royaume-Uni ils (les termes du dispositif) sont très courts. (ii) Ensuite, par la formule employée. Il est impossible de voir dans un dispositif français ou suisse « je suis d'accord pour autoriser x. recours ... » ou « la Cour est **entièrement satisfaite** de ... ». Pourquoi ? Non seulement parce que les décisions sont rendues unanimement (ce qui interdit l'utilisation de « je »), c'est « La Cour de cassation qui rend son arrêt » ou « Le Tribunal fédéral qui prononce » et non chaque juge pris individuellement, mais aussi parce que le dispositif ordonne et marque l'autorité (ce qui interdit l'usage du conditionnel ou d'un adverbe qui conduirait à l'affaiblir).

⁴⁴⁰ Droit et pratique de la cassation en matière civile, *op.cit.* p. 491 (n° 1241).

⁴⁴¹ In the matter of D (A Child) [2016] UKSC 34.

⁴⁴² Globalia Business Travel S.A.U. (formerly TravelPlan S.A.U.) of Spain (Respondent) v Fulton Shipping Inc of Panama (Appellant) [2017] UKSC 43.

§2 : *La signature de la décision*

196. La signature de la décision telle que comprise, ici, ne sera pas entendue au sens de l'article 456 du code de procédure civile en France qui précise que la signature de la décision est le fait du *président et du greffier*, ou même celui de l'article 47 RTF en suisse dont la lettre mentionne que *les arrêts du tribunal fédéral portent la signature du président de la cour ou du juge présidant la cour appelée à statuer et du greffier*.

197. Mais, elle sera entendue dans sa « fonction identitaire » c'est-à-dire celle qui révèle l'identité de la personne ou des personnes ayant pris la décision. Et si tel est le cas, on dira que les décisions en France et en Suisse ne sont pas signées. Parce que la Cour de cassation française et le Tribunal fédéral suisse rendent leur décision « collégalement ». L'utilisation du style impersonnel en est un exemple. Autrement dit, à la lecture des différentes décisions dans ces deux (2) systèmes, c'est la Cour ou le Tribunal « unanimement » qui s'exprime et non tel ou tel juge pris isolément. Alors qu'au Royaume-Uni, c'est le contraire. Les décisions révèlent l'identité de chaque juge. La rédaction de la décision est personnalisée et est emprunte de subjectivité.

CHAPITRE 2 : LA TECHNIQUE REDACTIONNELLE DES DECISIONS

198. Selon le dictionnaire Le Petit Robert (dictionnaire de la langue française), le terme « technique » renvoie à « *un ensemble de procédés employés pour produire une œuvre ou obtenir un résultat déterminé*⁴⁴³ ». Si la vocation première du juge est d'appliquer le droit, il ne fait, donc, aucun doute que celui-ci, pour parvenir à ce résultat, utilise une méthode (section 1) et un discours (section 2). Méthode et discours font, donc, partie des techniques rédactionnelles.

SECTION 1 : LES METHODES DES JUGES

199. On appelle « méthode » tout moyen permettant de conduire ou d'ordonner sa pensée. Cette définition reflète fidèlement la méthode utilisée par la Cour de cassation.

Si la Cour de cassation française choisit de rédiger sa décision en phrase unique, c'est bien pour montrer la logique de son raisonnement (§1). Quant au Tribunal fédéral suisse, quelques de ses procédés sont identiques de ceux de la Cour de cassation. Mais ce qui fait sa particularité, c'est qu'il les utilise différemment (§3). Quant à la Cour suprême du Royaume-Uni, son style est plutôt libre (§2).

Après la présentation de ces différentes méthodes, nous verrons comment ces trois (3) juridictions suprêmes appliquent le principe de proportionnalité (§4).

§1 : La phrase unique : fondement de « la logique » du raisonnement en France

200. Les critiques des auteurs faites à l'endroit de la Cour de cassation et les qualificatifs utilisés pour caractériser son style de rédaction ou la forme de ses arrêts n'en finissent pas⁴⁴⁴.

Débutant les étapes de son raisonnement par des « considérant » ou des « attendu » ; déductif par sa méthode ; abrupt, sibyllin, abscons, laconique, lapidaire, assertorique, concis, bref, formel et technique par sa rédaction ; impersonnel et neutre par son style ; les arrêts de la Cour de cassation sont rédigés en une seule phrase. Ils sont difficiles à lire et à comprendre⁴⁴⁵. Ils le sont non seulement pour le monde juridique⁴⁴⁶, mais aussi pour les non-initiés⁴⁴⁷.

⁴⁴³ Le Petit Robert (Dictionnaire de la langue française), 2000, p. 2483.

⁴⁴⁴ Les premières critiques étaient celles du professeur André TUNC et du procureur général Adolphe TOUFFAIT, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation*, RTD civ. 1974, p. 487-508.

⁴⁴⁵ Aline VIGNON-BARRAULT, *les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur*, LPA, 25.01.2007, n°19, p. 22.

⁴⁴⁶ Aline VIGNON-BARRAULT (*les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur, op. cit.*) explique que, dans une chronique intitulé « la Cour de cassation en crise », le Professeur André TUNC évoquait un épisode où le procureur général Adolphe TOUFFAIT, destinataire es qualité de toutes les décisions rendues par la juridiction, n'avait pas compris l'une d'elles. Il s'en était donc ouvert à l'avocat général et lui avait fait part de son désappointement. Ce dernier lui avait alors répondu que, naturellement, il ne pouvait comprendre cette décision puisqu'il n'avait pas participé au délibéré.

⁴⁴⁷ Dans une enquête réalisée en Novembre 2013 en France, « l'opinion des Français sur la justice », parmi les principaux reproches qui sont faits à la justice française (lenteur, opacité), l'on trouve la complexité du langage judiciaire. Ainsi, 80% des Français ont considéré que le langage judiciaire est peu compréhensible. V. Laurette CRETIN, *L'opinion des Français sur la justice*, Infostat justice, Bulletin d'information statistique, Janvier 2014, n° 2015 (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_infostat125_20140122.pdf.)

201. L'usage de la phrase unique poursuit plusieurs finalités. Celles-ci sont, comme l'a mentionné le Conseil d'Etat⁴⁴⁸, (-) la rigueur du raisonnement, et par voie de conséquence du caractère persuasif de la solution, (-) l'expression collective d'une seule et même décision rendue par une juridiction qui s'exprime au nom du peuple français, et (-) celui du caractère solennel de la décision renforçant ainsi son autorité.

Dans cette partie, on s'en tiendra à l'analyse de trois (3) éléments. Ce sont : le syllogisme (A), les méthodes d'interprétation (B) et l'utilisation de certaines données juridiques (C).

A. le syllogisme français

202. Présentation. La fonction traditionnelle de la Cour de cassation qui est d'appliquer le droit l'a conduit à utiliser la méthode du syllogisme comme moyen essentiel de raisonnement. En allant du général au particulier, de la généralité aux réalités concrètes, le juge révèle la place du législateur et évite ainsi l'arbitraire⁴⁴⁹. Cette méthode, classique, qui manifeste le travail du juge est largement présentée aujourd'hui par la doctrine comme dépassée. Mieux, elle ne se résume plus à cette application mécanique ou automatique. Si le syllogisme donne l'étape ou l'ordre du raisonnement (majeure – mineure – conclusion), il est, aujourd'hui, acquis que les différentes étapes du raisonnement se construisent par le juge⁴⁵⁰. Le juge, ainsi, jouit d'une liberté dans la construction du syllogisme. C'est ce qu'on appelle le syllogisme de construction⁴⁵¹.

203. Le syllogisme est constitué d'une majeure, d'une mineure et d'une conclusion. La *majeure* représente la règle de droit. Elle (la règle de droit) sert de point de départ du raisonnement. C'est la prémisse. C'est elle (la majeure) qui débute le raisonnement. La *mineure* quant à elle se compose des faits. Puis par une confrontation de la règle (la majeure) aux faits (la mineure) le juge, par la méthode de « subsumption » (ou de qualification), va déduire les conséquences de son raisonnement. Et Il donnera une solution au litige. Ce dernier élément correspond à la *conclusion*.

Dans les arrêts de la cour de cassation, la position de l'un ou de l'autre de ces éléments varie. Dans les arrêts de rejet, la majeure commence avec le raisonnement de la cour c'est-à-dire après l'énoncé des critiques de l'auteur du pourvoi. La mineure suit. Il faut préciser que les faits sont déjà exposés au début de l'arrêt. En les confrontant aux faits, il déduit la conséquence en utilisant le conclusif. Enfin, c'est dans le dispositif (la conclusion) que le rejet sera mentionné.

⁴⁴⁸ Rapport du Conseil d'Etat (C.E) sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, Avril 2012, p. 38 et ss.

⁴⁴⁹ Emmanuel JEULAND, « Le syllogisme judiciaire » in *Dictionnaire de la justice* de Loïc Cadiet, *op.cit.*, p. 1272.

⁴⁵⁰ Pascale DEUMIER, Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?, Recueil Dalloz 2015, p

⁴⁵¹ Yves GAUDEMET, les méthodes du juge, in *Dictionnaire de la culture juridique* Denis Alland et Stéphane Rials, PUF, 2012, p. 1018 ss.

Prenons l'exemple d'un arrêt de cassation partielle, n°15-28.597 du 5 juillet 2017, rendue par la 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation à propos de la transcription sur les registres d'état civil de deux (2) enfants nés d'une gestation pour autrui.

... Mais attendu que, selon l'article 47 du code civil, tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ;

Que, concernant la désignation de la mère dans les actes de naissance, la réalité, au sens de ce texte, est la réalité de l'accouchement ;

Qu'ayant constaté que Mme X. n'avait pas accouché des enfants, la cour d'appel en a exactement déduit que les actes de naissance étrangers n'étaient pas conformes à la réalité en ce qu'ils la désignaient comme mère, de sorte qu'ils ne pouvaient, s'agissant de cette désignation, être transcrits sur les registres d'état civil français ;

Et on verra plus loin dans le dispositif :

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur ...

Casse et annule, mais seulement en qu'il **rejette** la demande de (M. et) Mme X. de transcription, sur les registres d'état civil ...

Cette partie répond trait pour trait au syllogisme. Le premier et le second paragraphe donnent respectivement l'énoncé de l'article 47 du code civil qu'est la règle de droit et son interprétation. Le troisième c'est l'application aux faits, duquel suit la réponse au moyen. Et enfin, la cassation partielle ou mieux, le « rejet de la demande » de transcription.

Dans les arrêts de cassation, la prémisse est constituée du visa ou de l'attendu de principe. Ensuite sont exposés les faits (la mineure). Et après une confrontation de ceux-ci, il termine par la conclusion qu'est le dispositif.

B. Les méthodes d'interprétation

204. Etymologiquement, interprétation, tiré du latin *interpretatio* du verbe *interpretari*, est une opération qui a pour but d'expliquer, d'éclaircir quelque chose⁴⁵². L'objet de l'interprétation est donc de déceler le sens caché ou de révéler la signification exacte d'un texte. Il suit de là que l'interprétation n'est pas limitée à l'obscurité ou à l'ambiguïté d'un texte. Que le texte soit d'une absolue clarté ou qu'il soit d'une absolue ambiguïté, l'interprétation s'impose parce qu'elle est la condition sine qua-non pour l'application du droit.

205. A ce titre, la Cour de cassation, chargée d'appliquer la loi et ayant pour mission de favoriser l'unité la jurisprudence, se doit pour mener à bien sa fonction d'interpréter les textes. C'est pourquoi, dans ce processus d'interprétation, elle use de plusieurs méthodes.

La première étude peut être consacrée à l'*interprétation littérale*. Celle-ci est destinée à comprendre les mots du texte, la structure, la ponctuation, en clair son énoncé. Le juge reste

⁴⁵² Gerard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, *op. cit.* p. 567.

fidèle au texte. L'arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation rendu le 31 mai 2007⁴⁵³ est un exemple. Se fondant sur les dispositions de l'article 1145⁴⁵⁴ du code civil (aujourd'hui abrogé), la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'une cour d'appel pour violation de ce texte. En effet, les juges d'appel avaient débouté le demandeur de sa demande de dommages-intérêts au titre d'un préjudice subi au motif que la violation de la clause de non-concurrence n'avait entraîné aucun préjudice. Pourtant les dispositions de l'article 1145 trouvaient application sans la preuve d'un quelconque préjudice.

Aussi, l'ambiguïté ou l'imprécision des textes peuvent conduire le juge à usé d'autres interprétations. Elle a pu interpréter certaines dispositions dans le but de protéger le mineur afin de ne pas soumettre à annulation toutes les conventions contractées celui-ci⁴⁵⁵. C'est une interprétation *téléologique*. La Cour de cassation fait aussi une interprétation à partir de l'intention de l'auteur de l'acte. Il utilise l'interprétation *exégétique*. Ceci vaut en matière criminelle, mais aussi en matière civile. C'est le cas de l'article 1188 al. 1 (ancien art. 1156) du code civil qui lui donne l'autorisation lorsqu'il prescrit : « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.* »

S'il est en présence d'un texte obscur, les travaux préparatoires seront aussi un moyen d'attribuer le sens véritable du texte⁴⁵⁶. Il arrive même qu'elle (la cour) le dise expressément⁴⁵⁷.

La cour de cassation utilise donc ces méthodes (littérale, téléologique, exégétique) pour interpréter les textes. Elle ne privilégie aucune de ces méthodes.

C. L'apparition des données juridiques

206. Il s'agit des données qui ont trait à la jurisprudence (1) et à la doctrine (2).

1. jurisprudence

207. S'agissant de la jurisprudence, la Cour de cassation a eu à marquer un changement dans certains de ses arrêts, ces dernières années. Ainsi, dans deux (2) arrêts "tests"⁴⁵⁸, elle a procédé à un chaînage interne de ses décisions.

Le premier est un arrêt rendu par la chambre commerciale le 22 mars 2016⁴⁵⁹. Dans cet arrêt, (la chambre commerciale de) la Cour de cassation fait référence à des décisions antérieures.

⁴⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, n°05-19.978, Bull. civ. I, n°212.D.2007.2784, note Lisandi.

⁴⁵⁴ L'ex. art. 1145 disposait : « Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention. »

⁴⁵⁵ Cass. civ. 18 juin 1844, DP 1844.1.23, S 1844.1.1947, note L.-M. Devil.

⁴⁵⁶ Jean Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, 2^{ème} édition, PUF, 2016, p. 260 et ss.

⁴⁵⁷ Cass. soc, 10 février 2004, n°01-45.089, Bull. civ. 2004, V, n°43.

⁴⁵⁸ « Cour de cassation : deux arrêts "tests" pour une motivation enrichie et innovante » *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 16, 18 Avril 2016, 458.

Elle précise la formation de jugement, la date, le numéro de pourvoi, la référence de la publication, et va même jusqu'à préciser les attendus de principe. On peut voir ainsi :

Attendu que la Cour de cassation jugeait depuis longtemps que ... (1^{re} Civ., 24 mars 1993, n° 90-21.462) ; que la solution était affirmée en ces termes par la chambre commerciale, financière et économique ... (Com., 23 octobre 2007, n° 06-13.979, Bull. n° 226) ;

Attendu que cette solution a toutefois été abandonnée par la troisième chambre civile de cette Cour, qui a récemment jugé ... (3^e Civ., 24 octobre 2012, n° 11-21.980) ; que pour sa part, la première chambre civile énonce que ... (1^{re} Civ., 29 septembre 2004, n° 03-10.766, Bull. n° 216) ;

Attendu qu'il y a lieu d'adopter la même position ...

Le second arrêt est celui du 6 avril 2016 rendu par la 1^{ère} chambre civile⁴⁶⁰.

Attendu que, selon une jurisprudence constante, la chambre criminelle de la Cour de cassation décide ... ; que la première chambre civile de la Cour de cassation a cependant jugé que ... (1^{re} Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-17.315, Bull. n° 180) ; que, toutefois, par arrêt du 15 décembre 2013 (pourvoi n° 11-14.637, Bull. n° 1), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ... a affirmé que ... ;

Il s'agit, on le voit, d'une véritable révolution rédactionnelle. La Cour de cassation utilise une véritable pédagogie en introduisant dans le corps de ses décisions les solutions différentes pour ensuite justifier le choix qu'elle va opérer⁴⁶¹.

208. Au vu de ceci, une question s'impose : une telle référence à ses propres décisions ne fait-elle pas reconnaître une autorité obligatoire à la jurisprudence ? Pour Madame Pascale Deumier⁴⁶², il faudrait « *tordre le cou à une telle compréhension. La jurisprudence peut mentionner ses précédents sans leur reconnaître de force obligatoire ... Faire référence à un précédent signifie, alors, que la juridiction est soucieuse de son rôle de garante de la cohérence et de la stabilité de la jurisprudence.* »

Le second élément est la doctrine.

2. la doctrine

209. Fabrice MELLERAY et Christophe JAMIN, dans leur ouvrage « *Droit civil et droit administratif*⁴⁶³ » affirmait (au dos de l'ouvrage) : « *Outre une doctrine universitaire, il y a une doctrine du Conseil d'État, puisque ses membres commentent leurs propres arrêts et participent à la construction du droit administratif. Mais il n'y a pas de doctrine de la Cour de cassation, car les professeurs sont seuls ou presque à écrire sur le droit civil, plus largement sur le droit privé.* »

Si pour ces auteurs, le terme de « *doctrine de la Cour de cassation* » s'explique par le fait ou non de commenter un arrêt, l'analyse des arrêts de la Cour de cassation laisse entrevoir qu'elle fait référence à une doctrine qui lui est propre (qui est donc différente de celle de ces auteurs). C'est ce qu'elle appelle, aussi, « *doctrine de la cour de cassation.* » (a). Nous verrons aussi que la doctrine universitaire influence aussi les décisions des juges (b).

⁴⁵⁹ Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218, JurisData n° 2016-005478 Cour de cassation : deux arrêts "tests" pour une motivation enrichie et innovante, *op. cit.*

⁴⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2016, n° 15-10.552, JurisData n° 2016-006128, *ibidem*.

⁴⁶¹ *Ibidem*.

⁴⁶² Pascale DEUMIER Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?, Recueil Dalloz 2015, p. 2026.

⁴⁶³ Fabrice MELLERAY, Christophe JAMIN, *Droit civil et droit administratif*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2018.

a. La doctrine de la cour de cassation⁴⁶⁴

210. L'expression, doctrine de la cour de cassation, renvoie à « l'hypothèse où la Haute juridiction, saisie une première fois d'une affaire et suivie par la cour d'appel de renvoi, statue sur un second pourvoi⁴⁶⁵. »

Parmi la pluralité des décisions rendues par la Cour de cassation, l'on se rend compte qu'elle y a fait référence plusieurs fois⁴⁶⁶. Ainsi, elle a précisé dans un arrêt du 9 juillet 2002⁴⁶⁷, que la cour d'appel s'était « bornée à appliquer la doctrine de la cour de cassation » pour déclarer un moyen irrecevable. On voit que la Cour de cassation a une doctrine qui lui est propre.

b. La doctrine universitaire

211. La mission et la place de la Cour de cassation dans la hiérarchie juridictionnelle lui interdit formellement de se fonder sur la doctrine (des auteurs) pour trancher un litige. C'est pourquoi, sans faire référence *expressis verbis* aux auteurs (à la différence des autres juridictions on le verra), elle pourra s'inspirer des solutions proposées par ceux-ci⁴⁶⁸. C'est ainsi que dans son arrêt *Les Machéraux*, la Cour de cassation a, compte tenu de l'imprécision de la notion de bonne foi prévue à l'ex-article 1134 alinéa 3, fait la distinction entre « la prérogative contractuelle » dont le juge peut sanctionner l'usage déloyal et « la substance même des droits et obligations des parties légalement convenus à laquelle il ne pourra porter atteinte⁴⁶⁹ ... »

La cour de cassation française s'est inspirée d'un manuel de référence en droit des obligations⁴⁷⁰.

⁴⁶⁴ Nicholas MOLFELISS, Doctrine de la cour de cassation et reconnaissance des précédents, RTD. Civ. 2003, p. 567.

⁴⁶⁵ Delphine LANZARA, Le pouvoir normatif de la cour de cassation à l'heure actuelle, *op. cit.* p. 175.

⁴⁶⁶ *Ibidem.* p. 175 et ss.

⁴⁶⁷ Cass. com, 9 juillet 2002, n°99-12554.

⁴⁶⁸ Hugues BOUTHINON-DUMAS, W. Gregory VOSS, Vincent REBEYROL, L'impact de la recherche en droit et sa mesure, LPA, 22.09.2017, n°189-190, p. 11.

⁴⁶⁹ Cass. com. 10 juillet 2007, n° 06-14768, Bull. civ. IV. N°188 « ... si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties... »

⁴⁷⁰ Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2^{ème} édition, Defrénois, 2005, p. 373. La proposition s'énonçait de la façon suivante: « Comme les notions voisines d'abus ou de faute, celle de bonne foi ou mauvaise foi est difficile à enserrer dans une définition précise. Pour le juge ou l'arbitre, la tentation est grande de profiter de l'élasticité du concept pour exercer un pouvoir modérateur général et incontrôlé, qui finirait par emporter le principe même de force obligatoire. Afin d'éviter cette conséquence, il conviendrait de limiter l'application de cette notion aux prérogatives du créancier accessoire au droit de créance lui-même (résolution, résiliation, non-renouvellement, agrément ...) lequel ne devait être jamais affecté par elle ». Il faut ajouter que dans le même ouvrage, (édition mise à jour), l'arrêt leur sert d'exemple aux auteurs. Des mêmes auteurs, 9^{ème} édition, LGDJ Lextenso éditions, 2017, v. p. 258.

212. Trois (3) éléments seront analysés. La pédagogie dont fait œuvre le juge britannique dans ses décisions (A), les méthodes d'interprétation et de raisonnement (B) et enfin la doctrine du précédent (C).

A. Un juge pédagogue

213. Longtemps considérées comme « *une mine d'instruction et un trésor de plaisirs* », les décisions des juges anglais ont toujours été séduisantes. Même si, depuis un certain temps, elles font l'objet de critiques⁴⁷¹, nul ne doute qu'elles ont toujours fait œuvre de didactisme. Cette fonction pédagogique se reflète, toujours, dans les décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni.

214. Qualifiés les *Justices* de la Cour suprême de pédagogue, revient à souligner deux (2) éléments qui touchent l'aspect de leur décision : la forme et le contenu.

214.1. Concernant la forme, les juges britanniques font œuvre de pédagogie lorsqu'ils structurent leur décision en paragraphe, et nomment chaque question à traiter. Lorsqu'ils doivent exposer les faits, ils précisent « The facts », la procédure « The proceedings ». Lorsqu'ils doivent discuter certains arguments, le terme « Discussion » figure. Lorsqu'il y a un point de droit spécifique qui doit retenir l'attention, ce point de droit est mentionné (par ex. The General Principle of open Justice, ou Convention Rights...). Le plus important, c'est la structure de la décision et les éléments qui y sont mentionnés qui orientent la lecture de la décision. Car lorsqu'une décision est structurée, ordonnée et disciplinée, elle contribue au moins à sa compréhension.

214.2. En ce qui concerne le contenu. Cet aspect regorge plusieurs points.

214.2.1. Il faut dire, en premier lieu, qu'à la lecture de la décision, les différents éléments des questions faisant l'objet du litige sont déjà connus. Il en est ainsi d'une décision rédigée par Lady Hale qui donnait déjà une orientation avant même de donner les faits de l'affaire. Elle disait⁴⁷² :

LADY HALE: (with whom Lord Clarke, Lord Wilson, Lord Carnwath and Lord Hughes agree)

1. The principle of open justice is one of the most precious in our law. It is there to reassure the public and the parties that our courts are indeed doing justice according to law. In fact, there are two aspects to this principle. The first is that justice should be done in open court, so that the people interested in the case, the wider public and the media can know what is going on. The court should not hear and take into account evidence and arguments that they have not heard or seen. The second is that the names of the people whose cases are being decided, and others involved in the hearing, should be public knowledge. The rationale for the second rule is not quite the same as the rationale for the first, as we shall see. This case is about the second rule. ...

⁴⁷¹ Lord Bingham, *The Rule of Law*, London Allen Lane, 2101, p.42 et ss.) p. 67 et ss. v. aussi Lady Arden, Judgment writing : Are Shorter Judgments achievable ?, LQD, 2012, p. 515 et ss.

⁴⁷² R (on the application of C) (Appellant) v Secretary of State for Justice (Respondent) [2016] UKSC 2.

Elle commence par dire que le principe de « *l'open justice* » est l'un des principes les plus importants de leur droit. Après cette déclaration, et après avoir brièvement donné son but, elle continue en précisant que ce principe recouvre deux (2) aspects. Une fois, brièvement, présenté, elle finit en disant que l'affaire en question concerne le second aspect de ce principe. On se rend compte qu'à la lecture de son introduction la question de droit soumise à la Cour est connue d'avance.

214.2.2. Le second élément concerne les données juridiques ou extra-juridiques contenues dans la décision. La Cour suprême du Royaume-Uni inclut dans son raisonnement ses propres précédents pour en montrer la cohérence, ce qui est logique puisque le juge participe à la production du droit. Elle fait référence aussi à des textes de doctrine qui viennent à l'appui de son raisonnement⁴⁷³ ou pour critiquer⁴⁷⁴. On peut voir des références qui sont faites à des auteurs non-juristes (par ex. Thomas d'Aquin). Elle fait même appel à des données extra-juridiques pour expliquer un concept⁴⁷⁵. Elle sollicite même (et de façon expresse) le droit étranger. Ainsi, la doctrine⁴⁷⁶ a fait ressortir dans plusieurs décisions de la House of Lords (devenue Cour suprême) que les juges britanniques font recours au droit comparé afin de voir, par exemple, comment une question a été tranchée dans un système. Ils font référence aux décisions de certains Etats du Commonwealth (Canada, Australie ...), ou même des Etats-Unis.

214.2.3. Le troisième élément concerne les explications données. Si la pédagogie peut être définie comme « *l'ensemble des moyens mis en œuvre pour réaliser l'éducation, et plus spécialement, pour enseigner*⁴⁷⁷ », c'est que les décisions de la Cour suprême sont de véritables mines d'enseignement. Leurs décisions laissent penser qu'on assiste à un véritable cours de droit. Les juges procèdent à l'explication des notions, des définitions, des concepts avec des termes clairs, simples, retracent souvent l'origine du concept. Ce fût le cas d'une décision mettant en cause une personne, alors âgée de 10 ans, qui avait subi de sérieuses lésions lors d'un cours de natation. Celle-ci avait décidé d'intenter une action contre les personnes en charge de ce cours aux motifs que ces blessures étaient dues à une « *negligence* » de ceux-ci. Lord SUMPTION, après avoir présenté les faits explique le principe de la responsabilité civile (*tort liability*) en droit anglais⁴⁷⁸ :

Non-delegable duties

3. In principle, liability in tort depends upon proof of ... To that principle, there is at common law only true exception, namely vicarious liability. Where a defendant is vicariously liable for the tort of another, he commits no tort himself ... but is held liable as matter of ...

⁴⁷³ Bank Mellat (Appellant) v Her Majesty's Treasury (Respondent) (No. 1) [2013] UKSC 38 para 68. « As Blackstone wrote in his Commentaries on the Laws of England (9th edn, 1783 vol 1, 1 ch 1, p 125, the concept of »

⁴⁷⁴ Woodland (Appellant) v Essex County Council (Respondent) [2013] UKSC 66 para. 17.

⁴⁷⁵ Dans une décision concernant une personne née en Irak, et qui par la suite a acquis la nationalité britannique et en avait été déchu, Lord Wilson, après avoir rappelé les faits et la procédure, traite de la question en commençant par l'apatridie (*statelessness*). Pour ce faire, il commence en donnant les méfaits de l'apatridie : « *The evil of statelessness became better understood following the re-drawing of national boundaries at the end of the two world wars of the twentieth century and following, for example, the Reich Citizenship Law dated 15 September 1935 which provided that all Jewish people should be stripped of their citizenship of the German Reich ...* » Secretary of State for the Home Department (Appellant) v Al-Jedda (Respondent) [2013] UKSC 62 para 12.

⁴⁷⁶ M. NOUNCKELE, Aux frontières de la comparaison, Revue de droit international et de droit comparé, 2012, p. 393 et ss.

⁴⁷⁷ Paul FOULQUIE, Dictionnaire de la langue pédagogique, PUF, 1^{ère} édition, 1991, p. 357.

⁴⁷⁸ Woodland (Appellant) v Essex County Council (Respondent) [2013] UKSC 66.

4. ...

5... The law of negligence is generally fault-based. Generally speaking, a defendant is personally liable only for doing negligently that which he does at all, or ... The law does not in the ordinary course impose personal (as opposed to vicarious) liability for what others do or fail to do. This is because ... It is only when an act is undertaken by a ... The expression 'non-delegable duty' has become the conventional way of ...

6. English Law has long recognised that non-negligible duties exist, but it does not have a single theory to explain when or why. There are, however, two broad categories ... The first category is a large, varied and anomalous class of cases in which ...

7. The second category of non-delegable duty is, however, directly in point. It comprises cases where the common law

B. Les méthodes d'interprétation et de raisonnement judiciaire

215. Les juges britanniques n'ont pas pour seule rôle de « créer » le droit, étant donné que la common law n'est pas *la* seule source du droit. Les *statute law*, les lois, sont aussi une source très importante en common law. Raison pour laquelle, plusieurs méthodes d'interprétation et de raisonnement existent pour leur permettre d'appliquer la loi.

215.1. Trois (3) règles d'interprétations existent : Ce sont la *literal rule*, la *golden rule* et la *mischief rule*.

215.1.1. Les juges font usage de la *literal rule* lorsque la disposition législative n'appelle pas de contradictions. Dans ce cas, ils en feront une interprétation objective, littérale. Les mots de la loi seront interprétés dans leur sens ordinaire, naturel de tous les jours.

215.1.2. Si l'interprétation conduit à un résultat erroné, absurde, ou va à l'encontre de l'intention du législateur. C'est la *golden rule* qui lui substituera. A cet effet, celle-ci peut être utilisée doublement. Elle pourra être prise largement (*the wider meaning*), ou de façon restreinte (*the narrow meaning*)⁴⁷⁹.

215.1.3. La *mischief rule*, quant à sa mise en oeuvre, tient compte du contexte de la loi, des éléments qui ont conduit le législateur à prendre cette disposition. Pour recourir à cette méthode le juge doit se poser les questions suivantes⁴⁸⁰ :

« *What was the common law before the passing of the Statute ?*

What was the mischief in the law which the common law did not adequately deal with ?

What remedy for that mischief had Parliament intended to provide ?

What was the reason for Parliament adopting that remedy ? »

⁴⁷⁹ Gary SLAPPER et David KELLY, *The English Legal System*, Sixth edition, 2003, p. 177.

⁴⁸⁰ Gary SLAPPER et David KELLY, *The English Legal System*, op. cit. p. 178-179.

215.2. S'agissant du raisonnement judiciaire, il faut dire que toutes les fois, où le juge n'utilise pas la méthode inductive (*inductive reasoning*) qui lui permet de créer un précédent, en partant du particulier au général puisque c'est à partir des faits qu'il va créer une règle qui aura vocation à s'appliquer pour les affaires similaires à venir, le juge utilise aussi le syllogisme judiciaire (*deductive reasoning*) dans ses décisions. C'est le cas, lorsqu'il veut faire appliquer une disposition législative à un cas. Il n'est donc pas limité à une seule méthode ou un seul raisonnement.

C. La doctrine du précédent

216. La liberté de style de la Cour suprême du Royaume-Uni réside aussi dans l'application de la doctrine du précédent. La doctrine du précédent (ou encore *stare decisis*) qui impose, en effet, aux juridictions inférieures de suivre les règles de droit établies par les juridictions supérieures reçoit au Royaume-Uni une application très stricte. Et ce, plus que dans les autres systèmes de common law⁴⁸¹.

217. Si cette doctrine contraint les juridictions inférieures à suivre les décisions des juridictions supérieures⁴⁸², il faut dire, aussi, que ces dernières sont liées par leur propre précédent (y compris *la Court of appeal* qui peut se départir de ses décisions que dans certains cas⁴⁸³). Seule la Cour suprême du Royaume-Uni est autorisée à se départir de ses précédents.

Déjà en 1898, l'ancienne House of Lords décidait qu'elle était tenue de suivre ses propres précédents⁴⁸⁴ excluant ainsi les cas de revirement de jurisprudence. Elle était liée par les règles qu'elles avaient posées.

Depuis 1966, il n'en est plus ainsi. Dans une déclaration⁴⁸⁵, la House of Lords a décidé de faire évoluer les choses. Elle a ainsi posé comme règle qu'il lui appartenait, à elle seule, la House of Lords (devenue Cour suprême du Royaume-Uni), de revenir sur ses propres décisions, en d'autres termes d'opérer des revirements de jurisprudence. La Cour n'est, donc, plus enfermée par ses propres jurisprudences et peut les faire évoluer afin de les adapter.

218. Cette conception peut évidemment conduire à s'interroger sur le terme de « liberté de style » surtout que les deux (2) autres juridictions (Cour de cassation française et Tribunal fédéral suisse) procèdent aussi à des revirements de jurisprudence. Pourquoi, alors, parler de liberté pour la Cour suprême ?

⁴⁸¹ Antoine J. BULLIER, *La common law*, op. cit. p. 130 et ss.

⁴⁸² Il faut préciser que les décisions des juridictions inférieures, de la Cour Européenne des droits de l'Homme, du Privy Council (le Comité judiciaire du Conseil Privé de la Reine) ne sont pas obligatoires. V. Richard WARD et Amanda WRAG, *English Law system*, Oxford University press, Ninth Edition (9^{ème}), 2005, p. 85 et ss.

⁴⁸³ Il s'agit de trois (3) cas : (a) En cas de conflit de décisions de la Cour d'appel (dans ce cas, elle adopte le procédé du *Not following*), (b) En cas de conflit d'une décision de la Cour d'appel (qui n'a pas été expressément modifiée par la Cour suprême) et d'une décision de la Cour suprême, et (c) En cas de décision rendue *per curiam*. V. Young v Bristol Aeroplane Co Ltd [1944] KB 718. v. aussi Alisdair GILLESPIE, *The English Legal system*, Oxford University press, Fourth Edition, 2013, p. 72.

⁴⁸⁴ *London Tramways v. London County Council* [1898] AC 375 (HL).

⁴⁸⁵ House of Lords, Pratices statement (Judicial precedent), [1966] 1 W.L.R. 1234.

Lorsqu'on sait qu'un système, comme celui-ci, postule une application aussi rigoureuse de « la doctrine du précédent », voire qui en constitue l'élément caractéristique de ce système, on ne peut que parler de « liberté » lorsqu'une seule juridiction est habilitée à opérer un revirement (n'oublions pas qu'avant 1966, ce n'était pas le cas). A l'instar de la Cour suprême du Royaume-Uni, la Cour de cassation française et le Tribunal fédéral suisse procèdent à des revirements. Mais pour ceux-ci, il s'agit d'une « évidence ». Leur jurisprudence n'a pas le même poids qu'au Royaume-Uni. Le poids accordé aux décisions de la Cour suprême fait qu'il n'y a pas de revirement systématique.

§3 : *La particularité du système suisse*

219. Le Tribunal fédéral suisse utilise des procédés que l'on retrouve dans les arrêts de la Cour de cassation française. Il s'agit essentiellement du syllogisme, des méthodes d'interprétation, de l'utilisation de la jurisprudence et de la doctrine. Cependant, à la différence de la Cour de cassation, le Tribunal fédéral développe largement les étapes son syllogisme (A), expose explicitement quelles sont les méthodes d'interprétation qu'il entend utiliser (C), et fait abondamment référence à sa jurisprudence et cite expressément les auteurs de doctrine dans ses arrêts (B).

A. Le syllogisme-suisse

220. Une fois les faits donnés, il appartient au juge de trancher le litige selon les règles de droit applicable à la cause⁴⁸⁶. Pour ce faire, le juge use de méthodes, de raisonnement. Selon les systèmes juridiques, le ou les raisonnement(s) diffèrent. Mais le raisonnement qui demeure, en tout cas pour les pays de tradition romano-germanique (ou pour les pays ayant adopté le même système), l'essence ou le centre du processus juridictionnel, c'est le raisonnement dit syllogistique. En d'autres termes, le syllogisme juridictionnel.

Toutefois, s'il est reconnu que le syllogisme ne se limite pas à un mode de présentation⁴⁸⁷ ; s'il est possible d'en montrer ses limites ; ou s'il est démontré que celui-ci n'est pas la seule méthode qui oriente le juge dans l'application du droit⁴⁸⁸ ; voire si, peut-être, nos yeux se dessillent à l'idée de le voir disparaître ; il est de principe acquis que le syllogisme reste encore, par sa constitution, non seulement ce qui caractérise les systèmes de droit civil (l'idée

⁴⁸⁶ C'est l'application de l'adage « *Da mihi factum dabo tibi jus* ». (Donne-moi le fait, je te donnerai le droit).

⁴⁸⁷ Emmanuel JEULAND, in Dictionnaire de la justice de Loïc CADIET, *op.cit.*, p. 1271-1272 ; v. aussi Yves GAUDEMET, « Méthodes du juge » in *Dictionnaire de la culture juridique* de Denis ALLANS et Stéphane RIALS, 2012, PUF, p. 1018. V. égal. Fanny MALHIERE, La brièveté des décisions de justice (Conseil Constitutionnel, Conseil d'Etat, cour de cassation), *op. cit.* p. 123 et ss.

⁴⁸⁸ *Ibidem*. Uniquement Yves Gaudemet. Où il fait remarquer que le juge peut aussi utiliser une autre espèce de syllogisme : l'*enthymène* (syllogisme dont la majeure n'est pas exprimée parce qu'elle relève d'une vérité évidente ou relativement impropre à l'expression écrite.) Ou même un *polysyllogisme*.

que la loi est encore une source essentielle du droit) mais aussi qu'il pourrait être considéré comme « *un mode de légitimation de la décision du judiciaire*⁴⁸⁹ ».

221. Ainsi, voyons comment le Tribunal fédéral l'applique. Un arrêt du 03 Octobre 2013 de la II^{ème} Cour de droit civil pourra servir d'exemple⁴⁹⁰. Il s'agit d'une décision qui porte sur la protection de la personnalité. Dans la décision, après que les faits ont été établis, le Tribunal a introduit son raisonnement. Il a commencé par énoncer (comme on l'a déjà mentionné) des dispositions de procédures. Et au regard de ces dispositions, il a écarté certains éléments nouveaux dans la procédure invoqués par les parties. Puis a commencé son syllogisme.

(i) Le Tribunal fédéral a énoncé dans un premier temps, la majeure (la règle de droit). Cependant, il ne s'est pas contenté d'énoncer (simplement) le contenu de la disposition. Il en a donné une explication détaillée de la disposition. Il a énoncé les conditions d'application de la règle. Il s'est servi de ses décisions antérieures, des exemples. Il a expliqué les différentes formes atteintes au droit de la personnalité, a procédé à une pesée des intérêts en présence. Bref, il en a donné une longue explication :

3. Aux termes de l'article 28. CC , celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe (al. 1). Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (al. 2).

3.1. Il résulte de cette disposition que l'atteinte est en principe illicite, ce qui découle du caractère absolu des droits de la personnalité ... l'atteinte devenant cependant licite si son auteur peut ...

3.2. Il y a atteinte à la personnalité au sens de l'article 28. CC non seulement lorsque ... mais aussi lorsque ...

3.3. La mission d'information de la presse ne constitue pas un motif absolu de justification, il est indispensable dans chaque cas de procéder à une pesée entre l'intérêt de la personne ... et celui de la presse ...

3.4. La presse peut atteindre quelqu'un dans sa personnalité de deux (2) manières : d'une part en ... d'autre part en ...

3.4.1. La diffusion des faits vrais n'est inadmissible que si les faits en question font partie de ...

3.4.2. Les opinions, commentaires et jugements de valeur sont admissibles pour autant qu'ils ...

(ii) Après, débute la mineure. Il s'agit certes des faits, mais l'accent est mis particulièrement sur l'état de faits de la procédure c'est-à-dire qu'il rappelle la solution de la juridiction précédente mais aussi le moyen de la partie qui fait grief à la décision.

4. Les parties s'opposent en l'espèce sur le caractère illicite ou non de l'atteinte portée à la personnalité du demandeur ... Celle-ci estimant que... celui-là considérant au contraire que...

Il convient d'examiner successivement les quatre articles litigieux ...

Article des 17/18 septembre 2009

4.1.

4.1.1. La cour de justice a jugé que ce premier article était licite.

La juridiction a avant tout retenu que ... Les juges cantonaux ont ensuite observé que ...

4.1.2. Le demandeur affirme que l'article des... serait illicite.

Il reproche essentiellement à la Cour de justice de ...

Le tribunal, toujours, dans cette même optique conduit son raisonnement cette fois-ci avec la méthode de la subsumption (ou la qualification judiciaire). C'est-à-dire qu'il confronte la majeure (la règle) à la mineure. Ce faisant, il montre que :

⁴⁸⁹ Emmanuel JEULAND, in Dictionnaire de la justice de Loïc CADIET, p. 1271 (in fine) -2172.

⁴⁹⁰ Arrêt 5A_170/2013, 5A_174/2013 du 03.10.2013; v. aussi 5A_267/2017 (où le juge utilise à peu près le même procédé).

4.1.3. L'inexactitude de la traduction litigieuse n'est **en l'espèce** pas suffisante pour conclure au caractère erroné de l'article ...

Juste après la confrontation, il en tire une conséquence. Il donne une réponse au moyen. Il dit :

4.1.3 (suite). ... L'article des 17/18 septembre 2009 ne constitue pas, **en conséquence**, une atteinte illicite à la personnalité du demandeur.

Et c'est le même raisonnement qui est utilisé dans les autres considérants. Pour statuer sur les autres demandes des parties (sur l'indemnité pour tort moral considérant 6.1 / et l'action en dommages – intérêts considérant 7.1) il suit le même procédé.

(iii) Et enfin la dernière partie, du syllogisme juridictionnel c'est le dispositif qui correspond à la conclusion.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

2... Le recours est partiellement admis, l'arrêt cantonal est partiellement réformé ...

222. Le procédé intellectuel utilisé par le Tribunal fédéral est en quelques points différents de la Cour de cassation. C'est que d'abord, il ne repose pas sur une seule phrase. C'est qu'ensuite, le contenu de la majeure de la règle lorsqu'elle est énoncée y est amplement expliqué. C'est qu'enfin, le raisonnement (qui est numéroté) n'est pas scandé par des « attendu que ... » ou « considérant que ... ». Il existe un dénominateur commun entre ces deux (2) juridictions qu'est le syllogisme. Mais ce dernier se trouve différent dans sa construction.

B. les références à la doctrine et aux décisions antérieures dans la décision

223. L'article 1^{er} du code civil suisse (al. 3) dispose qu'à défaut de loi applicable et de droit coutumier, pour établir les règles, le juge « *s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence* ». C'est à bon droit que dans ses décisions ou plus particulièrement dans ses motifs, le Tribunal fédéral fasse référence à la doctrine et/ou à des décisions de jurisprudence qui lui permettront de trancher une question litigieuse⁴⁹¹.

224. Dans certaines décisions, on voit par exemple qu'après avoir émis une explication ou une règle, il le justifie aussitôt, et ce expressément, avec le nom d'un auteur⁴⁹² ou d'un auteur et

⁴⁹¹ Pierre TERCIER et Christian ROTEN, *op. cit.* p. 203 (n°1058)

⁴⁹² V. Arrêt 4A_339/2009 du 17.11.2009 (consid. 4.2). Dans cette partie du considérant, on voit : « ... (cf. FRANCOIS KNOEPFLER ET AL., *Droit international privé suisse*, 3^e éd., Berne 2005, ch.376c, p. 189/190) ... »

celui du message du Conseil fédéral⁴⁹³. Il fait, ainsi, référence dans ses décisions à des Traités d'auteurs⁴⁹⁴, des dictionnaires⁴⁹⁵, des mélanges⁴⁹⁶ et bien d'autres.

Le Tribunal va jusqu'à reconnaître l'insuffisance de la jurisprudence sur des questions pour mieux se servir de l'abondance de la doctrine sur cette matière afin de se positionner. Il le dit si bien⁴⁹⁷ :

4.3 Il sied conséquemment, à ce stade du raisonnement, d'analyser si l'interdiction de la constitution de fidéicommiss de famille posée par l'art. 335 al. 2 CC appartient aux dispositions impératives du droit suisse au sens de l'art. 18 LDIP ... Dans l'affirmative, la règle de conflit de l'art. 154 al. 1 DIP serait alors mise en échec.
4.3.1 ...

4.3.2... A ce jour, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur le point de savoir si l'art. 335 al. 2 CC peut être considéré comme une loi d'application immédiate d'après l'art. 18 LDIP ...

Si la jurisprudence sur la question est très pauvre, la doctrine est au contraire abondante. Elle se divise en deux (2) courants, d'une importance inégale.

Un premier courant, minoritaire, est d'avis que l'interdiction des fidéicommiss de famille a un caractère d'ordre public en Suisse ... (VON PLANTA/EBERHARD, op. cit., n°18 ad art. 154 LDIP ; ... ANDREAS BUCHER, Droit international privé Suisse, Tome II : Personnes, Famille, Successions, Bâle, 1992, ch. 987, p. 317).

Un second courant, très largement majoritaire, affirme que l'interdiction de fidéicommiss de famille instituée par l'art. 335 al. 2 CC ... ne saurait être assimilée à une loi d'application immédiate comme l'entend l'art. 18 LDIP (... SIMON OTHENIN – GIRARD, La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Zurich 1999, ch. 951, p. 593 ; ... FLORENCE GUILLAUME, Trust, réserves héréditaires et immeubles, AJP 1/2009, p. 36...)

4.3.3 L'opinion des auteurs majoritaires emporte la conviction pour les raisons qui suivent...

Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre que l'art. 335 al. 2 CC n'est pas une norme d'application immédiate...

Dans cette décision, la doctrine a été la pierre maitresse qui a orienté le juge. En d'autres termes, les éléments avancés par la doctrine, qui ont permis au Tribunal fédéral de se positionner ont eu valeur, dans cette décision, de *ratio decidendi*, c'est-à-dire de motifs déterminants qui ont influencé le juge dans sa prise de décision. L'impact et l'influence de la doctrine sur les juges est donc indéniable.

Lorsque le Tribunal fédéral cite le nom des auteurs. Il les cite *explicitement* et va jusqu'au détail en énumérant les références⁴⁹⁸. Et si le tribunal fédéral suisse s'inspire de la doctrine et insère

⁴⁹³ Arrêt 4A_155/2013 du 21.10.2013. « 2.6.2. S'agissant de l'attribution du logement, le jugement de divorce est constitutif, en ce sens qu'il provoque un véritable transfert du contrat, l'époux attributaire devenant locataire en lieu et place de son conjoint (PIERRE WESSNER, Le divorce des époux et l'attribution judiciaire du logement à l'un d'eux des droits et obligations résultant du bail portant sur le logement de la famille, in Séminaire sur le droit du bail, 2000, nos 31 et 33 et la référence au Message du Conseil fédéral)

⁴⁹⁴ Arrêt 5A_184/2012 du 06.08.2012 (consid. 1.2.) « ... PIOTET, Droit successoral, Traité de droit privé suisse IV, 1975, p. 714 ... »

⁴⁹⁵ ATF 106 II 352 (354). « ... le terme "industrie" a aussi d'autres acceptions: celle, ancienne et vieillie, d'adresse et de dextérité; celle, moins dépassée, de profession et de métier, généralement manuel (Robert ; Nouveau Larousse universel ; Littré ; Quillet de la langue française; ancien dictionnaire de l'Académie française ... »

⁴⁹⁶ Op. cit. Arrêt 4A_339/2009 du 17.11.2009. consid. 4.3. « ... JUSTIN THORENS, l'article 335 CCS et le trust de common law, Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, 2000, p. 161 ... »

⁴⁹⁷ *Ibidem*. V. consid. 4.3 et ss. v. également un autre arrêt 4A_421/2007 du 28.01.2008 (consid. 5.2.6) : « On relèvera, pour terminer, que la solution donnée ici au problème litigieux correspond à celle que préconisent *quasi unanimement les auteurs* qui se sont penchés sur la question ... »

⁴⁹⁸ A titre de comparaison, il n'y a pas que le Tribunal fédéral suisse qui cite explicitement la *doctrine* dans ses décisions. La Cour suprême (fédérale) des Etats-Unis, La Cour constitutionnelle fédérale allemande en fait de même.

dans ses décisions des références de doctrine, c'est bien parce que le législateur l'autorise « à établir les règles s'il avait fait acte de législateur » en cas de lacune (proprement dite⁴⁹⁹) de la loi et à défaut de droit coutumier. Toutes les sources du droit reconnues par le droit suisse peuvent donc lui servir de boussole.

225. Le deuxième élément qui caractérise le Tribunal, c'est sa référence, toujours dans ses arrêts, à des décisions de jurisprudence. Il y fait amplement référence. Non seulement, la référence aux arrêts, permet une certaine cohérence de la jurisprudence, un suivi de la jurisprudence (par exemple, s'il y a changement, confirmation, revirement ou éloignement d'une jurisprudence) mais la particularité tient au fait qu'il emploie un mode de citation des arrêts qui lui est propre⁵⁰⁰. Mais cette dernière ne vise que la manière dont les décisions sont citées. Or il ne s'agit aucunement, dans cette partie, de traiter du mode citation⁵⁰¹ (c'est-à-dire *comment les décisions de jurisprudence sont citées* ?) mais plutôt des typologies de décisions citées (c'est-à-dire *quelles sont les décisions que l'on perçoit dans ses arrêts*?).

Le Tribunal fédéral, pour ce faire, fait référence à ses propres décisions de justice par exemple pour examiner les conditions de recevabilité du recours⁵⁰², pour joindre deux (2) affaires afin de statuer à leur sujet dans un seul arrêt⁵⁰³, ou encore pour apprécier le caractère ou non pécuniaire d'une affaire⁵⁰⁴, ou même pour donner la définition d'une notion. Ainsi, fait-il référence à des décisions publiées, dans le recueil ou en ligne, ainsi que celles qui ne le sont pas. De plus, la citation de ses décisions est faite avec précision. Le tribunal cite le ou les arrêt(s), le ou les considérant(s) et même les pages. C'est là, l'importance que revêt *la subdivision d'une décision de justice* surtout lorsqu'il s'agit de s'y référer. Elle sert de clause de renvoi.

Le tribunal fait, aussi, référence aux arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme. La Convention européenne des droits de l'homme faisant partie du droit fédéral, il est logique que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme serve d'appui au Tribunal fédéral Suisse⁵⁰⁵. Et ce, peu importe que lesdits arrêts concernent la Suisse ou d'autres pays.

226. Même si, l'article 1^{er} (al. 3) du code civil suisse, donne au juge le soin de s'inspirer de la *doctrine et de la jurisprudence*, cet article ne précise pas si celui-ci (le juge) peut se référer aux *jurisprudences étrangères*. C'est ainsi que le Tribunal fédéral fait appel aux décisions judiciaires étrangères pour donner appui à une solution ou pour combler les lacunes du droit suisse⁵⁰⁶.

⁴⁹⁹ Sur la différence « lacune proprement dite », « lacune improprement dite » et « silence qualifié » du législateur v. partie consacrée à « la place du juge dans le système suisse. »

⁵⁰⁰ Pierre TERCIER et Christian ROTEN, *op. cit.* p. 402 (n° 2036)

⁵⁰¹ Par exemple quels procédés emploiera-t-il s'il veut citer un arrêt ? ou plusieurs arrêts (contenu dans un même volume, ou dans la même partie d'un même volume) ? ou d'anciens arrêts (toujours en vigueur) ? ou des arrêts publiés (ou non publiés) ? Toutes ces questions traitent évidemment du mode citation. Pour la réponse, v. ouvrage précité (*ibidem*).

⁵⁰² Arrêt 5C.163/2005 du 25.09.2005 consid. 1

⁵⁰³ Arrêt 5A_170/2013, 5A_174/2013 du 03.10.2013 consid. 1.1

⁵⁰⁴ *Ibidem*. Consid. 1.2.

⁵⁰⁵ Pierre TERCIER et Christian ROTEN, *op. cit.* p.410 (n°2072 et ss.)

⁵⁰⁶ Franz WERRO, La jurisprudence et le droit comparé : la réception des concepts juridiques étrangers, in *Perméabilité des ordres juridiques* – Rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut Suisse de droit comparé, 1992, p. 165 et ss.

C. les méthodes d'interprétation

227. L'application du droit passe nécessairement par l'interprétation des textes. Pour aboutir à ce résultat d'application du droit, plusieurs modes ou méthodes d'interprétation s'offrent au juge. Dans certains droits, c'est le législateur qui établit (une hiérarchie) des modes ou méthodes d'interprétation. C'est le cas par exemple du droit autrichien⁵⁰⁷ ou du droit canonique⁵⁰⁸. Dans d'autres droits, il appartient au juge de choisir parmi la pluralité des interprétations laquelle (ou lesquelles) conduit (ou conduisent) au sens exact du texte. C'est le cas du Tribunal fédéral Suisse.

228. Dans son arrêt⁵⁰⁹, 4A_68/2014 du 16 juin 2014 (ATF 140 III 315) considérant 5.2.1., le tribunal fédéral suisse énonce : « *La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme au regard notamment de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique).* (ATF ...) Lorsqu'il est appelé à interpréter une loi, le Tribunal fédéral adopte une position pragmatique en suivant ces différentes interprétations, sans les soumettre à un ordre de priorité. » Et, « si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution⁵¹⁰ ... »

Il faut donc dire que le Tribunal fédéral utilise ces quatre (4) méthodes d'interprétation (méthode littérale, historique, téléologique, et systématique) sans toutefois en faire une hiérarchie, et sans les soumettre à un ordre de priorité. C'est ce qu'il appelle le « **pluralisme (méthodologique) pragmatique**⁵¹¹ ». Sans entrer dans les détails de la question des méthodes d'interprétation, on se contentera de présenter chaque méthode.

228.1. On dit d'une interprétation qu'elle est littérale⁵¹² lorsque le juge ne se réfère qu'au texte ; encore le texte et rien que le texte. Par cette interprétation, le juge donne priorité au texte de loi tel que formulé par le législateur⁵¹³. C'est donc à juste titre que celui-ci recourt aux trois (3) versions officielles de la loi, au sens des mots, à la syntaxe, la ponctuation, à la

⁵⁰⁷ Le Code civil autrichien de 1811 (appelé ABGB – *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) prévoit en son §7 : « *Si un cas litigieux ne peut se résoudre ni d'après le texte, ni d'après le sens naturel d'une loi, on doit s'attacher aux cas semblables résolus par les lois et aux motifs d'autres lois analogues. Si le cas litigieux demeure encore douteux, on doit statuer d'après les principes fondamentaux du droit naturel, en tenant compte des faits soigneusement rassemblés et minutieusement examinés.* »

⁵⁰⁸ Le canon 17 du Code canonique (CIC) de 1983 prescrit : « *Les lois ecclésiastiques doivent être comprises selon le sens propre des mots dans le texte et le contexte ; si le sens demeure douteux et obscur, il faut recourir aux lieux parallèles s'il y en a, à la fin et aux circonstances de la loi, et à l'esprit du législateur.* » On peut aussi se référer au canon 19 du même code.

⁵⁰⁹ V. C'est nous qui soulignons. Pour quelques exemples sélectionnés (parmi plusieurs autres d'arrêts), v. ATF 141 III 53 (consid. 5.4.1) ; ATF 136 III 283 (consid. 2.3.1.) ; ATF 137 IV 180 (consid. 3.4)

⁵¹⁰ V. ATF 107 V 214 (consid. 2b)

⁵¹¹ ATF 121 III 219,225 ; ATF 136 III 283 (consid. 2.3.1.) ; Sur la question v. Pascal PICHONNAZ et Stefan VOGENAUER, *le pluralisme pragmatique du tribunal fédéral : une méthode sans méthode ? (Réflexions sur l'ATF 123 III 292)*, AJP1999 (1-6), p. 417 et ss.

⁵¹² On parle encore d'interprétation *ad litteram*, ou au pied de la lettre ou grammaticale.

⁵¹³ Christian BROVET et Angela CARVALHO, *op. cit.* p. 103

signification des mots⁵¹⁴. Cependant, l'usage de cette interprétation nécessite que le texte soit « absolument clair ». Or qu'est-ce qu'un texte absolument clair ?

Si en posant la question de l'absolu clarté du texte on peut en revenir à reconnaître que la réponse peut être éminemment relative, la Haute juridiction reconnaît à bon escient que même « si elle est liée par loi », il est possible de s'écarter « exceptionnellement » de la méthode littérale lorsque celle-ci « conduirait à des résultats manifestement insoutenables, qui contrediraient la véritable intention du législateur⁵¹⁵ » ou encore par exemple « s'il a des raisons sérieuses de penser, sans doute possible, que l'application de la loi serait déraisonnable et contraire au véritable sens de la norme⁵¹⁶ ». Aussi, « le défaut de concordance du texte légal dans les différentes langues officielles⁵¹⁷ » conduit le juge à abandonner cette méthode pour déterminer ce qui correspond au mieux au véritable sens de la norme.

228.2. Raison pour laquelle le juge adopte encore d'autres interprétations parmi lesquelles figure l'interprétation historique. Elle est dite historique parce que le Tribunal fédéral prend en compte les travaux préparatoires lors de l'établissement du texte. C'est ainsi qu'il considère que « la genèse de la loi permet parfois de reconnaître l'intention du législateur historique, notamment par le message du Conseil fédéral et les avis exprimés dans les séances des commissions parlementaires, le cas échéant à la lumière des conceptions généralement admises à l'époque où la règle a été adoptée en particulier des raisons d'une modification⁵¹⁸ ... ».

228.3. Il fait aussi usage de l'interprétation systématique. Celle-ci postule l'idée que puisque « la loi forme un tout cohérent⁵¹⁹ » cette interprétation « éclaire une disposition par les rapports que celle-ci présente avec d'autres règles, notamment dans le contexte d'une même loi et avec les idées et le système qui en sont la base⁵²⁰ ».

228.4. Enfin, existe l'interprétation téléologique. Le mot téléologie, du grec *telos* (fin, but) et *logos* (discours), signifie but du discours. Utiliser cette interprétation c'est rechercher la finalité, le but du texte. Ainsi, lorsque le Tribunal adopte une interprétation téléologique du texte, il recherche « l'intérêt protégé de la norme légale et ainsi que le but poursuivi (ratio legis)⁵²¹ » pour déterminer le véritable sens du texte. C'est ainsi qu'il a pu dire que « d'un point de vue téléologique, il est clair que le travail de nuit (ou un dimanche ou jour férié) est plus pénible, parce qu'il suppose une adaptation du mode de vie et une renonciation à passer son temps libre en même temps que les autres⁵²² ».

En clair, toutes ces interprétations aident le Tribunal fédéral à la compréhension des textes.

⁵¹⁴ *Ibidem*.

⁵¹⁵ ATF 107 V 214 (216).

⁵¹⁶ ATF 112 Ib 465 (472).

⁵¹⁷ ATF 105 Ib 49 (54) ; v. aussi ATF 123 III 442 (444) « la méthode d'interprétation littérale se détruit elle-même dès le moment où les trois textes officiels présentent des divergences ou même seulement des nuances importantes pour l'application du droit ».

⁵¹⁸ ATF 112 Ib 465 (470).

⁵¹⁹ *Ibidem* (470)

⁵²⁰ *Ibidem*.

⁵²¹ Christian BROYET et Angela CARVALHO, *op. cit.* p. 104.

⁵²² ATF 136 III 283 (286)

§4 : Le contrôle de proportionnalité

229. « On ne tire pas sur des moineaux avec un canon » disait le juriste Allemand Walter JELLINEK. Voici comment celui-ci présentait brièvement le principe de proportionnalité.

La paternité du contrôle de proportionnalité est attribuée à l'Allemagne. C'est la Cour constitutionnelle fédérale Allemande (*Bundesverfassungsgericht*) qui l'éleva au rang de principe constitutionnel. Aujourd'hui, elle s'incruste dans tous les domaines du droit (en Allemagne) et a influencé le monde juridique au point où la Cour européenne des droits de l'homme l'a imposé aux juridictions européennes.

Comment ce principe trouve-t-il application devant la Cour de cassation française (A), devant la Cour suprême du Royaume-uni (B), et devant le Tribunal fédéral Suisse (C) ? C'est ce que nous tenterons de voir brièvement.

A. Devant la Cour de cassation française

230. On verra d'abord la définition (1) et ensuite la mise en œuvre (2).

1. Définition

231. Lors d'une interview, à propos du contrôle de proportionnalité⁵²³, M. Pascal CHAUVIN, magistrat, président de chambre à la Cour de cassation, a pu définir ce contrôle comme un « *contrôle exercé par une juridiction et consistant à vérifier concrètement que l'application d'une règle de droit interne ne conduit pas à porter une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti par une convention internationale ou par une norme nationale au regard du but légitime poursuivi par cette règle.* » Ce contrôle révèle surtout une importance, dit-il, lorsqu'est mis en œuvre un droit fondamental garanti par la convention européenne des droits de l'Homme⁵²⁴.

Ce contrôle, qui existait déjà en France⁵²⁵, a pris aujourd'hui un envol considérable sous l'impulsion de la Cour Européenne des droits l'Homme si bien que le premier président de la cour de cassation, M. Bertrand LOUVEL, avait engagé une réflexion sur l'étendu de ce concept⁵²⁶. Si la doctrine a montré que le contrôle de proportionnalité trouve, aussi,

⁵²³ Pascal CHAUVIN, Clémentine KLEITZ, Contrôle de proportionnalité : « une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », *Gaz. Pal.*, 06.12.2016, n°43, p. 10

⁵²⁴ *Ibidem.*

⁵²⁵ Cass. com, 4 juin 2002, n°00-15.790, *Jurisdata* n°2002-014796.

⁵²⁶ Bertrand LOUVEL, *Réflexions à la cour de cassation*, 25 juin 2015.

application au-delà des droits fondamentaux⁵²⁷, on limitera, ici, son application aux droits fondamentaux. Quel est, donc, son domaine d'application ? Et comment s'applique-t-il ?

2. Application du contrôle de proportionnalité

232. Si l'idée même de « proportionnalité » a vu sa terminologie être contestée, son utilisation demeure toujours. Le contrôle de proportionnalité concerne une catégorie de droits garantis par la convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit des droits dits relatifs (droit au respect de la vie privée, vie familiale, droit au mariage ...). S'agissant des droits qualifiés d'absolus (prohibition des traitements dégradants, torture ...) leur atteinte ne peut être réduite⁵²⁸. Il n'y a pas donc pas à leur égard de contrôle de proportionnalité.

233. En usant du contrôle de proportionnalité, le juge pondère les intérêts en présence. C'est-à-dire qu'il met en balance les droits fondamentaux garantis par la convention, invoqués devant lui, et l'atteinte qui leur est portée. S'il estime qu'il n'y a pas atteinte alors il fera application de la disposition législative (en réfutant la critique faite, à cet effet, par l'auteur du pourvoi).

Attendu qu'aux termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ;
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ;

Attendu que le refus de transcription de la filiation maternelle d'intention, lorsque l'enfant est né à l'étranger à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, résulte de la loi et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à la protection de l'enfant et de la mère porteuse et vise à décourager cette pratique, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil ;

Attendu que ce refus de transcription ne porte pas une **atteinte disproportionnée** au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, au regard du but légitime poursuivi ...

...

D'où il suit que le moyen, qui critique un motif surabondant en sa quatrième branche, ne peut être accueilli ...

Dans le cas contraire, si au terme de la mise en balance, il constate qu'il y a une atteinte « excessive », « disproportionnée », ou s'il y a « ingérence injustifiée », il écartera l'application en l'espèce de cette disposition en considérant le droit fondamental.

⁵²⁷ Delphine LANZARA, *Le pouvoir normatif de la cour de cassation à l'heure actuelle*, op. cit. p. 136

⁵²⁸ Pascal CHAUVIN, Clémentine KLEITZ, *Contrôle de proportionnalité : « une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne »*, op. cit. p. 10

234. Le premier arrêt « fondateur ⁵²⁹ » en termes de proportionnalité fut celui du 4 décembre 2013⁵³⁰. Dans cette décision, la Cour de cassation a écarté l'application de l'article 161 du code civil aux termes duquel le mariage en ligne directe est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne. Il a décidé ainsi que « le prononcé de la nullité du mariage » entre un beau-père et sa belle-fille constituait « une ingérence injustifiée dans l'exercice » du droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme « dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans ». Invoquant les mêmes dispositions, il en fit de même dans des affaires mettant en cause une action en contestation de paternité⁵³¹, le droit immobilier⁵³²...

235. Ce contrôle instauré à la Cour de cassation change l'office traditionnel du juge. Non seulement, il donnera un pouvoir considérable au juge dans l'appréciation ou non de la disproportionnalité de l'atteinte, mais aussi il est incontestable, en tout cas pour une partie de la doctrine, que la loi n'aura plus ce rôle central puisque « c'est dans les faits et non plus dans la loi, expression de la volonté générale, que le juge ira chercher la solution du litige⁵³³ ».

B. Devant la Cour suprême du royaume Uni

236. Avant que la Cour suprême du Royaume-Uni n'exerce le contrôle de proportionnalité tel que conçu par la Cour européenne des droits de l'homme (2), il existait depuis longtemps un principe, plus ou moins, identique. Il s'agit du principe du « *reasonableness* » (1).

1. L'entrée en matière du principe

237. Le principe de proportionnalité existait en droit anglais depuis fort longtemps. C'est au travers du « *principle of reasonableness*⁵³⁴ » que le juge anglais exerçait le contrôle de proportionnalité. L'étendue de ce principe était même plus large.

L'application du « *principle of reasonableness* » avait pour but d'opérer un contrôle juridictionnel sur les actions et/ou les décisions de l'administration dans l'exercice de leur pouvoir. Précisément, il s'agissait pour le juge de veiller à ce que l'administration n'abuse pas de son pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de ses missions. Car disait-on, le plus important des devoirs du juge est de tenir les corps publics dans les limites de leurs pouvoirs lorsqu'ils

⁵²⁹ Bertrand LOUVEL, « La Cour de cassation face aux défis du XXI^{ème} siècle », *Reflexions sur la réforme de la cour de cassation*, Mars 2015, spéc. p. 3.

⁵³⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26.066, Bull. civ. I, n°234.

⁵³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 2015, n°14-20.790, inédit.

⁵³² Cass. civ. 3^{ème}, 17 décembre 2015, n°14-22.095.

⁵³³ Serges GUINCHARD, André VARINARD, Thierry DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 14^{ème} édition, 2017, p. 797.

⁵³⁴ T.R. HICKMAN, *The Reasonableness Principle : Reassessing its place in the public sphere*, Cambridge Law Journal (CLJ), 2004, p. 166 et ss ; Xavier PHILLIPE, *Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel*, LPA Mai 2009, n°46, p. 6 et ss ; Georges XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la Constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et Angleterre*, LGDJ, Thèses, 1995, p. 293 et ss.

l'excédent parce qu'ils le font toujours en opprimant les individus. Et, qu'il appartenait aux juges de protéger ces derniers⁵³⁵.

Ce pouvoir du juge de contrôler le caractère « déraisonnable » des décisions prises par l'administration s'exerçait dans plusieurs domaines. On pouvait le voir dans le domaine des droits et libertés, de l'urbanisme, et même de l'économie⁵³⁶.

Et on voyait même plus tard d'autres principes qui étaient appliqués et défendus, toujours, sur le fondement du *reasonableness*⁵³⁷ : Ce sont le principe de *ultra-vires* (qui sanctionnait l'incompétence de l'organe administratif qui intervenait en dehors des limites de son pouvoir⁵³⁸) et celui de la *Wednesbury* (qui sanctionnait l'irrationalité de la décision ou de l'action de l'administration ainsi que les conséquences déraisonnables de ceux-ci⁵³⁹).

Aujourd'hui, du *principle of reasonableness* on est passé au principe de proportionnalité (*principle of proportionality*).

2. Application actuelle du principe de proportionnalité

238. En vertu de la Section 6 du *Human Right Act* de 1998, les actes des autorités publiques doivent être pris dans le respect des droits de la convention européenne des droits de l'Homme. Dans le cas contraire, il appartient aux juridictions britanniques (seulement aux juridictions suprêmes⁵⁴⁰) de prononcer une « déclaration d'incompatibilité » de ces actes à la convention permettant ainsi à l'exécutif et au parlement d'y remédier⁵⁴¹. Dans cette fonction, elles (ces juridictions) peuvent prendre en compte les jugements, décisions, déclarations ou avis de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁴². Il s'agit d'une simple prise en compte⁵⁴³. Elles ne sont donc pas liées par celles-ci (à la différence de la Cour de cassation qui a jugé que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme sont d'application directe et immédiate⁵⁴⁴).

239. L'introduction des droits fondamentaux (prévus par la convention européenne des droits de l'Homme) dans l'ordre juridique britannique par le *Human Right Act* conduit les justiciables à invoquer la violation de ces droits fondamentaux devant les juridictions britanniques. C'est dans ce cadre que la Cour suprême du Royaume-Uni exerce le contrôle de proportionnalité toutes les fois où ces droits se trouvent à s'appliquer. Comment s'applique-t-il ?

⁵³⁵ Roberts/Gwyfrai District Council [1899] 2 Ch. p. 608 [614-615] ; Texte pris dans Georges XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la Constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et Angleterre*, op. cit. p. 217.

⁵³⁶ Georges XYNOPOULOS, *préc.* p. 299 et ss.

⁵³⁷ T.R HICKMAN, *The Reasonableness Principle : Reassessing its place in the public sphere*, op. cit. 170 qui, lui, parle de fragmentation du principe de *reasonableness*.

⁵³⁸ Georges XYNOPOULOS, *préc.* p. 218.

⁵³⁹ Xavier PHILLIPPE, *Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel*, op. cit. 8.

⁵⁴⁰ Section 4 (5)

⁵⁴¹ Section 4 (2) et section 6 du HRA 1998

⁵⁴² Section 2 (1).

⁵⁴³ *R v Horncastle* [2009] UKSC 14.

⁵⁴⁴ Cass. ass. plén. 15 avril 2011, n°10-17049.

240. Lord Reed (dans son opinion dissidente) expliquait dans la décision (*Bank Mellat (Appellant) v Her Majesty's Treasury (Respondent)* [2013] UKSC 38 §72 et ss.) que le contrôle de proportionnalité (*test of proportionality*), tel qu'appliqué par le *Privy Council*⁵⁴⁵, réunissait trois (3) conditions : Dans un premier temps, il fallait que le but poursuivi par la disposition législative soit suffisamment important pour justifier la limitation d'un droit fondamental ; dans un second temps, que les mesures désignées pour arriver à ce but soit en rationalité avec celui-ci ; enfin, que les moyens utilisés pour limiter ce droit ou une liberté ne soient pas au-delà de ce qui est nécessaire pour accomplir l'objectif fixé⁵⁴⁶. Ce faisant, il assimilait ces trois (3) conditions à celles appliquées par la Cour Européenne des droits de l'Homme⁵⁴⁷. Et ces trois (3) critères étaient perceptibles dans plusieurs affaires rendues par la House of Lords même si plus tard des décisions ont montré un élargissement de ces trois (3) critères (ajoutant ainsi un 4^{ème}). Aujourd'hui à ces critères, il faut ajouter « la proportionnalité au sens strict ».

241. Ainsi, quatre (4) conditions permettent de mettre en œuvre le *test of proportionality* : ce sont le critère du but (poursuivi par la disposition), celui de l'adéquation de la disposition à l'objectif qu'elle entend poursuivre, celui de la nécessité et, de la proportionnalité au sens étroit (c'est-à-dire la mise en balance des intérêts en présence)⁵⁴⁸.

Plusieurs affaires concernant les droits fondamentaux (principalement) ont fait application de ce principe : soit pour déclarer que la divulgation d'informations faite par la police, du comportement d'une personne, à un employeur ne portait pas atteinte à la vie privée de celle-ci, alors même que du fait de cette divulgation celle-ci avait perdu son emploi⁵⁴⁹. Car selon les juges, cette révélation était « nécessaire et proportionnée » dans le but de protéger un public vulnérable. Ou soit pour juger « disproportionné », comme étant contraire à la vie privée et familiale (art. 8), une loi qui dans le but de lutter contre les mariages forcés subordonnait l'entrée au Royaume-Uni aux membres de couple ayant tous deux (2) plus vingt-ans (20) ans⁵⁵⁰.

Pour finir, il faut dire, avec la doctrine, que la Cour suprême du Royaume-Uni, dans son application du principe de proportionnalité, va parfois plus loin que la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁵¹.

⁵⁴⁵ *Dr Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Land and Housing* [1999] AC 69 p. 80 ; [1998] 3 WLR 675 (684).

⁵⁴⁶ *Bank Mellat (cité plus haut)* para 72 « Wether : the legislative objective is sufficiently important to justify limiting a fundamental right ; the measures designated to meet the legislative objective are rationally connected to it ; and the means used to impair the right or freedom are no more than is necessary to accomplish the objective . »

⁵⁴⁷ Cour EDH *Jersik c/ Danemark* 1994 n° 15890/89.

⁵⁴⁸ Robert REED (Lord Reed), *La cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux*, op. cit. 214.

⁵⁴⁹ *R (on the application of L) (FC) (Appellant) v Commissioner of Police of the Metropolis* [2009] UKSC 3.

⁵⁵⁰ *R (on the application of Quila and another) (FC) (Respondents) v Secretary of State for the Home Department (Appellant)*; *R (on the application of Bibi and another) (FC) (Respondents) v Secretary of State for the Home Department (Appellant)* [2011] UKSC 45.

⁵⁵¹ Xavier PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel*, op. cit. p. 5 ; Eirik BJORGE, *La Cour suprême du Royaume-Uni, une cour constitutionnelle digne de ce nom*, RFDA 2017, p. 213.

C. Devant le Tribunal fédéral Suisse

242. Les juristes suisses parlent de principe de *la* proportionnalité (plutôt qu'un principe *de* proportionnalité). Le principe de *la* proportionnalité est prévu dans la Constitution fédérale Suisse du 18 avril 1999. Ce principe s'inscrit dans le cadre de l'activité de l'Etat⁵⁵² et de celui des droits fondamentaux⁵⁵³. L'étude de la première (l'activité de l'Etat) se justifierait si la comparaison portait sur les décisions du Conseil d'Etat. C'est pourquoi, on se limitera, comme on l'a fait pour les autres, à l'application de ce principe dans le domaine des droits fondamentaux.

243. Le principe de *la* proportionnalité en droit suisse est prévu à l'article 36 (alinéa 3) de la constitution fédérale et fait partie intégrante des conditions de « *restrictions des droits fondamentaux* ». Il suit de là qu'une violation de ce principe entraîne inéluctablement la violation de la Constitution.

244. Au sens de l'article 36 de la constitution, la restriction d'un droit fondamental est subordonnée à la réunion de quatre (4) conditions. En premier lieu, il faut que la restriction soit prévue par la loi⁵⁵⁴ ; en second, il faut qu'elle poursuive un but légitime⁵⁵⁵ ; en troisième lieu, il faut qu'elle soit « *proportionnée au but visé*⁵⁵⁶ » et enfin, qu'elle ne touche pas à l'essence de ce droit⁵⁵⁷. Mais la doctrine, généralement, considère qu'il y a trois conditions : les (3) premières⁵⁵⁸. La proportionnalité étant, donc, un élément de ces conditions, c'est celle-ci qu'on analysera.

245. La doctrine⁵⁵⁹ et la jurisprudence⁵⁶⁰ suisse dissèquent la proportionnalité en trois (3) éléments, à savoir le critère de l'aptitude, de la nécessité et de la proportionnalité au sens étroit.

245.1. Le critère de l'aptitude postule l'idée que le moyen choisi soit apte à atteindre le but visé. Par exemple, le fait qu'on interdise totalement la mendicité ne contrevient pas à la liberté personnelle⁵⁶¹, ou encore faire un contrôle inopiné dans les établissements accessibles au public où s'exerce la prostitution constitue une restriction adéquate au droit au respect du

⁵⁵² Selon l'article 5 al. 2 de la constitution fédérale suisse: « L'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé. »

⁵⁵³ Art. 36 de la Const. fédérale suisse. A titre de comparaison, il faut noter que la restriction (ou limitation) des droits fondamentaux est aussi prévue par la Loi fondamentale (Grundgesetz) allemande du 23 mai 1949 (art. 19) ; la Constitution portugaise de 1976 (art.270) en fait de même pour certains droits. On notera aussi la Constitution Tunisienne de 2014 (Art. 49 al. 1) ; La Constitution de l'Afrique du Sud du 16 décembre 1996 (art. 36) ; Ces deux (2) dernières Constitutions font allusion dans les articles (cités) de la *proportionnalité*.

⁵⁵⁴ Art. 36 al. 1 : « Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Le cas de danger sérieux, direct, et imminent sont réservés. »

⁵⁵⁵ Art. 36 al. 2 : « Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui. »

⁵⁵⁶ Art. 36 al. 3 : « Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé. »

⁵⁵⁷ Art. 36 al. 4 : « L'essence des droits fondamentaux est inviolable »

⁵⁵⁸ Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, l'Etat, 3^{ème} édition, 2013, Editions Stämpfli, p. 82-83.

⁵⁵⁹ Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, l'Etat, 3^{ème} édition, 2013, Editions Stämpfli, p. 106 ss. ; v. Jean François AUBERT, Pascal MAHON, *op. cit.* p. 328-329.

⁵⁶⁰ Arrêt 2A.118/2003 du 13.07.2014 (consid. 5.2.) (ou ATF 130 II 425, 428).

⁵⁶¹ ATF 134 I 214 (218).

domicile⁵⁶². En revanche une règle qui oblige les établissements publics servant les boissons alcooliques à rester ouverts à midi et le soir va à l'encontre du but d'intérêt public.

245.2. Le second critère, la nécessité, signifie que la mesure se doit non seulement de respecter le strict nécessaire lorsqu'il s'agit de restreindre les droits fondamentaux mais aussi qu'elle soit la seule à être utilisée. Ainsi, le Tribunal fédéral a décidé en ce qui concerne l'interdiction de la mendicité qu'il n'existait pas de mesure moins incisive pour atteindre le but d'intérêt public visé que celle d'éviter le harcèlement et la sollicitation systématique de la population⁵⁶³.

245.3. Le dernier élément c'est la *proportionnalité au sens étroit* c'est-à-dire *la pesée des intérêts en présence*. Grâce à ce dernier, l'autorité va procéder à une mise en balance des intérêts ou des droits en présence. C'est ainsi, qu'il a pu déclarer que le refus de l'autorisation de séjour d'un étranger n'était pas proportionné au but d'intérêt public poursuivi (la politique restrictive en matière de séjour des étrangers), car portant atteinte au droit à la vie familiale prévu par l'article 8 CEDH⁵⁶⁴. C'est seulement cette dernière condition qui peut être assimilée au contrôle *de* proportionnalité introduit par la Cour européenne des droits de l'Homme.

246. Pour finir, on peut faire remarquer qu'avant l'entrée du principe *de* proportionnalité (introduit par la Cour EDH.) qui ne concerne que les articles 8 à 11 de la convention européenne des droits de l'homme, la Suisse exerçait (et exerce encore) un contrôle de *la* proportionnalité qui lui était propre (prévu par la Constitution). Il faut noter que la proportionnalité (de la Cour EDH.) est légèrement différente de celle qui était applicable en droit Suisse. D'abord, la proportionnalité qui est celle de la Cour Européenne des droits de l'homme vaut dans un premier temps pour certains droits (art. 8 à 11 CEDH) ; ensuite, elle exige que l'ingérence qui est faite dans les droits des parties soit justifiée par « *un besoin social impérieux* » ou « *proportionné au but légitime poursuivi* » ou que les motifs avancés par l'autorité soient « *pertinents et suffisants* ». Il n'y a pas de rapport « raisonnable » comme c'est le cas en Suisse. Pour la Suisse, la proportionnalité touche des aspects bien plus vaste que les seuls droits prévus aux articles 8 à 11 de la convention et vaut pour l'ensemble de l'activité de l'Etat, y compris celle qui ne concerne pas directement les libertés⁵⁶⁵. De plus, ce contrôle doit respecter certaines conditions à défaut desquelles elle ne peut jouer.

En conclusion, il faut dire que lorsque les droits fondamentaux garantis par la CEDH, sont applicables à un cas, le Tribunal fédéral suisse fait application du principe de proportionnalité imposée par la CEDH. Lorsqu'aucun droit (de la CEDH) n'est mis en cause, il peut faire application de son propre principe de *la* proportionnalité (encore faut-il que les conditions soient applicables).

⁵⁶² ATF 137 I 167 (183).

⁵⁶³ ATF 134 I 214 (220).

⁵⁶⁴ ATF 120 Ib 1

⁵⁶⁵ Andreas AUER, *op. cit.* p. 105 (n° 226).

SECTION 2 : LE « LOGOS » JUDICIAIRE

247. L'expression « logos », tiré du grec, signifie « discours ». En d'autres termes, il s'agit dans cette partie d'analyser le discours judiciaire. Mais quel discours ? Selon Mitchel LASSER le discours judiciaire peut prendre deux (2) formes. Ce discours judiciaire peut être interne. Le discours interne se trouve dans le rapport du conseiller, dans les conclusions de l'avocat ... Le discours juridique peut être externe. Il s'agit ici du discours judiciaire public, officiel : c'est l'arrêt. C'est donc l'œuvre des juges, la décision proprement dite, qui servira d'examen. C'est pourquoi, avant de s'étaler sur la motivation (§ 3), on verra comment ces juridictions s'expriment (1§), en étudiant le vocabulaire utilisé (§2).

§1 : Expression du discours judiciaire

248. Chaque domaine a son discours. Et chaque discours obéit à des règles. Et ce sont ces règles qui, lui donnant un caractère particulier, les distinguent des autres. Le discours littéraire est différent du discours religieux. L'expression du discours philosophique n'est pas le même que celui du juridique. Plus étonnant encore quand il s'agit des décisions de justice. En France comme en Suisse le style est impersonnel. Mais la taille de la décision est différente. Pourquoi ? Parce qu'en France, la rigueur du raisonnement impose que la brièveté et la concision soient mises au premier plan (A). En suisse, c'est plutôt la valeur explicative. L'usage du style direct et l'impersonnel y contribue (C). Au Royaume-Uni, en plus de cette valeur explicative, le juge utilise un ton narratif, discursif et surtout personnalisé (B).

A. Brièveté des décisions de la Cour de cassation française

249. Brièveté : telle est l'expression qui caractérise fidèlement les arrêts de la Cour de cassation française. Cette brièveté qui induit la concision du langage postule l'idée que, la Cour de cassation, juge du droit, n'a pas à accorder assez d'importance aux faits. Elle ne doit donner que les faits qui sont essentiels à la compréhension du ou des moyens⁵⁶⁶.

Il lui revient seulement d'énoncer les règles de droit applicables à la cause en donnant le fondement légal et, au besoin, l'interprétation. S'attarder sur les détails en donnant de longues explications pour justifier sa décision l'apparenterait à un juge du fond⁵⁶⁷. Ce qui ne doit pas être le cas. Elle doit se contenter de dire le sens de la règle de droit.

249.1. Ainsi énoncé, cette brièveté a des conséquences. D'abord, sur la forme des arrêts parce qu'ils sont courts (à la différence des arrêts des autres juridictions étrangères étatiques, régionales ou internationales). Et à ce titre, il est plus encourageant de lire une page ou deux

⁵⁶⁶ Droit et pratique de cassation en matière civile, *op. cit.* p. 379.

⁵⁶⁷ *Ibidem.*

(2) pages d'une décision que d'en lire 15⁵⁶⁸, 44⁵⁶⁹, 78⁵⁷⁰, voire 649⁵⁷¹ pages. Plus de nombre des pages il y a, plus la concentration et les détails sont difficiles à trouver. Moins les pages sont, plus l'on appréhende les subtilités de l'arrêt.

249.2. La seconde conséquence, c'est la limitation des motifs⁵⁷². Si l'article 455 du code de procédure civile⁵⁷³ lui fait obligation de motiver sa décision, rien n'est dit cependant sur la manière dont elle doit (ou devrait) être mise en œuvre. C'est ainsi qu'on assiste depuis lors à un laconisme des motivations de la Cour de cassation. Prenons l'exemple de l'arrêt du 28 janvier 2015⁵⁷⁴ à propos du mariage homosexuel d'un français et d'un marocain pour lequel le ministère public avait formé opposition sur le fondement de certaines dispositions (notamment l'article 55 de la constitution et la convention bilatérale franco-marocaine du 10 août 1981). Pour le ministère public, la Cour d'appel, pour avoir donné mainlevée de l'opposition, avait violé lesdites dispositions au profit de l'article 202-1 alinéa 2 du code civil. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation décide :

Mais attendu que si, selon l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux Etats désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ; que, par ce motif de pur droit, suggéré par la défense et substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié ;

On pourrait voir dans cette partie une sorte de motivation mais en réalité il n'en est rien. En fait, la première partie (mis en italique) n'est qu'un copier-coller des articles 5 et 4 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981. Elle n'a pas innové. La seconde partie (mis en gras), est purement indicative. En d'autres termes, la Cour de cassation se contente de dire que la loi marocaine s'oppose auxdites conventions. Mais elle ne dit pas en quoi ça l'est ? Pourquoi ça l'est ? dans le but d'expliquer, de persuader et de faire comprendre sa position pour une meilleure acceptation de la décision. La troisième partie (qui débute avec dès lors que) n'est qu'une reprise de l'article 202-1 alinéa 2 du code civil. Et enfin, il termine avec le conclusif. Il n'y a, en clair, pas de motivation proprement dite.

249.3. La troisième conséquence de cette brièveté est la difficulté de lecture et de compréhension des arrêts de la Cour de cassation⁵⁷⁵, et partant de son interprétation⁵⁷⁶. L'usage, par la Cour de cassation, des formules brèves, lapidaires, peu compréhensibles,

⁵⁶⁸ Arrêt 5A_170/2013, 5A_174/2013 du 3.10.2013.

⁵⁶⁹ Newcastle upon Tyne Hospitals NHS Foundation Trust v Haywood [2018] UKSC 22.

⁵⁷⁰ In the matter of B (a child) [2013] UKSC 33.

⁵⁷¹ CPI, Chambre de première instance I, *Le procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA.

⁵⁷² Droit et pratique de cassation en matière civile, *op. cit.* p. 380

⁵⁷³ Art. 455 : « ... le jugement doit être motivé ... »

⁵⁷⁴ Cass. civ 1^{ère}, 28 janvier 2015, n°13-50.059.

⁵⁷⁵ Aline VIGON-BARRAULT, Les difficultés de compréhension d'un arrêt de la cour de cassation : point de vue du lecteur, LPA 2007, n°19 p. 22 et ss.

⁵⁷⁶ Jacques GHESTIN, L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation, Recueil Dalloz 2004, p. 2239.

formelles, abstraites et techniques, peut avoir une incidence sur la valeur et la portée de ses arrêts. Elle peut même conduire (la doctrine) à une erreur d'interprétation. Ce fût le cas d'un arrêt rendu le 16 mars 2004⁵⁷⁷.

B. Personnalisation dans le style britannique

250. A la différence de la Cour de cassation, qui s'exprime à la troisième personne du singulier (La première chambre civile de la Cour de cassation a rendu l'arrêt suivant ...) en scandant les étapes de son raisonnement par les « attendu ». Les jugements de la Cour suprême du Royaume-Uni sont emprunts de subjectivité. Ces jugements sont personnalisés. Les juges s'expriment soit à la première personne du singulier « Je » (I...). C'est le cas lorsque la décision est rédigée par un seul *Justice*, soit à la première personne du pluriel « Nous » (We ... We ...) c'est le cas lorsque la décision est rédigée par deux (2) ou plusieurs *Justices* au nom de la Cour. Le style est discursif, narratif. La responsabilité du juge est mise en avant en donnant son point de vue sur une question (In my opinion ... ou in my view...).

C. le style impersonnel du Tribunal fédéral suisse

251. Le style impersonnel du Tribunal fédéral suisse se justifie évidemment par l'emploi du pronom impersonnel « Il ». Mais à la différence de la Cour de cassation qui préfère le style indirect, le Tribunal fédéral s'exprime dans un style direct. Il l'utilise lorsqu'il expose les faits, relate chronologiquement la procédure, et donne le droit. Cette forme impersonnelle employée dans un style direct suit logiquement des verbes (présentatifs, intransitifs ou non), des locutions verbales mais s'accompagne aussi de certains adjectifs ou adverbes. C'est ainsi que l'on peut voir dans ses arrêts : les verbes, falloir (Il faut dire que ...), être (il sera loisible aux parties de ...), convenir (il convient de ...), importer (il importe de ...) exister (il existe ...), paraître, (il paraît s'imposer de ...), suffire (il suffit que ...), ressortir (il ne ressort pas de ...), sembler (il semble bien que ...); les locutions comme avoir raison de, (Il n'y a pas de raison de ...), avoir lieu (il y a lieu d'appliquer ...), être établi (il est ainsi établi que ...), être question de (il ne saurait être question de ...), être nécessaire de (il n'est pas nécessaire de ...); certains adjectifs et adverbes, comme constant (il est constant que ...), logiquement (il en découle logiquement ...). C'est de cette manière qu'il arrive à se construire une forme impersonnelle et un style direct.

Le Tribunal fait aussi usage du pronom personnel indéfini « on » (on ne saurait admettre que ...). « On » qui est un pronom personnel indéfini (dans le sens où il ne définit pas) n'identifie personne ou une catégorie de personnes. Ceci marque à l'évidence une forme de neutralité. La forme personnelle que l'on trouve dans les arrêts du Tribunal fédéral fait, ipso facto, échec aux pronoms « nous » « vous » ou même « je » qui personnalisent.

⁵⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n°01-15804. v. Aline VIGNON-BARRAULT, les difficultés de compréhension d'un arrêt de la cour de cassation : point de vue du lecteur, *préc.*; Jacques Ghestin, L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation, *préc.*

§2 : Le vocabulaire juridictionnel

252. Le vocabulaire regorge les mots propres à un domaine. Il s'intéresse aux différents termes employés. C'est l'étude du sens de ces termes qu'on appelle la « terminologie ». On s'intéressera aux différents termes juridiques employés dans les différents styles (A). Et après, à la syntaxe (B).

A. La terminologie juridique

253. Le droit est une science qui, à l'instar des autres, recèle des propres termes. Analyser la terminologie juridique consiste à déceler les termes juridiques employés dans les décisions judiciaires françaises (1), britanniques (2) et suisses (3).

1. Dans le style français

254. Le style de la Cour de cassation est particulier. L'arrêt (de rejet ou de cassation) suit une logique. Il débute soit par des « attendu » ou « considérant » qui marque et qui scande les différentes étapes du raisonnement (attendu, selon l'arrêt attaqué, que ... ; attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que ...) soit par un visa (vu l'article ... ou vu le principe ; vu l'article ..., ensemble l'article ... ;). Souvent, les chapeaux ne manquent pas (Attendu, qu'il résulte de ce texte que ... ; Attendu, selon ce texte, ... ; Attendu que selon le premier de ce textes ...). Tant les termes juridiques techniques, qui reflètent le langage du code, (résolution, caducité, nantissement, gage sans dépossession, subrogation ...) que les périphrases verbales (M. X a cédé ... ; X possède une créance à l'égard de ... ; X. s'est porté acquéreur de ... auprès de ...) sont utilisés. Lorsqu'il s'agit de préciser qu'une partie a saisi une instance (attendu que X. a saisi le tribunal d'une demande ...), de préciser les critiques faites par l'auteur du pourvoi (Attendu que X. fait grief à l'arrêt d'avoir énoncé que ...), de réfuter un moyen (d'où il suit que le moyen, qui ..., ne peut être accueilli), de constater une violation des règles de droit (Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le (ou les) texte (s) susvisé (s) ... ; la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ...), un défaut de base légale ou manque de base légale (Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si ..., la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision), de faire cassation (totale ou partielle) d'une décision (casse et annule l'arrêt ou le jugement rendu le ...et remet en conséquence la cause et les parties dans l'état où elle se trouvaient avant ledit arrêt ... ; casse et annule mais seulement en ce qu'il rejette la demande de X. ...), la Cour de cassation utilise un langage technique qui ne permet pas aux lecteurs non-initiés à la science juridique de comprendre ses arrêts. Le cas est différent dans le style britannique.

2. Dans le style britannique

255. Il n'existe pas de « attendu que ... attendu que... » (*Noting ... Considering ...*) devant la Cour suprême du Royaume-Uni. Les décisions ne sont pas rédigées en phrase unique et les termes

employés ne sont pas difficilement compréhensibles. Au contraire, le style britannique est très accessible. Il est rédigé simplement, en termes clairs et nets. Les termes employés, par les *Justices*, facilitent la lisibilité. Par exemple, pour donner un aperçu de l'affaire dans leur « *introduction* », les juges ont pu dire “ This appeal raises a question about ...” ou “ The issue in this case is whether the High Court ... has jurisdiction to order the return to this country of a small child who ...”. ou encore “ This is a remarkable case in more than one respect. The appeal depends whether the court is bound to stay action... and, if not, whether it should do so under... ”.

Dans sa rédaction, ils citent les qualités des parties (Respondent / Appellant). Pour déclarer que l'appel fait contre la décision de la juridiction inférieure a été autorisé devant la *Court of Appeal*, il peut dire “ The judge granted the respondents permission to appeal to the Court of Appeal ... ou on 8 February 2013, The court of appeal allowed X's appeal ...”, pour citer le contenu d'un article de loi “ section 8 of ... Act provides that ...”, pour donner son but “ Section 32 permits a party alleged to ...” ou “ Section 30 reflects the principle of ... ou Section 30 enables the Court to ...”, pour l'interpréter littéralement “ In my view ou in my opinion, the 1970 Act should be given its ordinary meaning. It was defined as including...” ou contextuellement “Article 27 must be construed in its context. The immediate context of article 27 is that ...” pour citer une idée d'une jurisprudence “ in (*il cite la décision*)... Lord x. said ...”, pour discuter un argument “ The authorities are all agreed that ... As Sir Thomas Bingham said in (*il cite la décision*) “ A profound respect for the sanctity of human life is...”. Nevertheless, they are also all agreed that this is not an absolute. In my view, ... It follows that I respectfully disagree with the statements of principle in the Court of Appeal where they ...” et enfin, pour autoriser dans son dispositif que le recours a ou non été accepté, il peut utiliser “ The appeal would be dismissed/allowed “.

Mais il faut aussi dire que, tout comme en France, les termes ou institutions techniques (propre aux langages des juristes) figurent aussi dans les décisions tels que *Termination* (résolution), *contract*, *misrepresentation*, *Limited Liability Partnership* (qui peut être assimilé à la SARL).

3. Dans le style Suisse

256. Le Tribunal fédéral utilise à l'instar des autres juridictions des termes à teneur juridique. A la différence de la Cour de cassation qui utilise des subordonnés dites relatives, le Tribunal fédéral (à l'exception de certains arrêts dits de simple irrecevabilité qui sont rédigés en une phrase avec l'usage des considérants) n'en fait pas usage dans ses arrêts. Il n'y a pas de « attendu que ... ou considérant que ... ». Le style utilisé est direct. Pour désigner les parties à l'instance, il utilise les expressions : recourant/intimé. Pour énoncer un texte normatif : l'art. X dispose ... / Aux termes de l'art. X, .../ l'art. X laisse la faculté au juge de ... / A teneur de l'art. X, le droit applicable régit ... / A considérer le libellé de l'art. X qui pose ... / Conformément à l'art X dans sa teneur juridique ... en vigueur ... / Quant à l'art X, il énonce ... ; pour désigner ou dire qu'une partie a saisi une instance : M. X a déposé plainte ... / M.X a ouvert action contre ... / M. X exerce un recours en matière civile devant ... ; ou pour préciser le reproche qu'une partie fait envers une autre partie ou à la juridiction : Le recourant reproche à la cour d'appel de ... / Le recourant conteste ... / L'intimé propose le

rejet de ... / Le recourant reproche en substance Pour donner la solution de l'instance précédente ou l'admission d'un recours, le Tribunal utilise : La cour a refusé d'ordonner ... / La cour a admis l'appel ... / par arrêt du ..., Le tribunal cantonal de ... a débouté ... / Les juges cantonaux ont par ailleurs ordonné ... / La cour a jugé que ... ; Pour se référer à ses propres décisions : le tribunal a jugé dans un arrêt ancien que ... ; pour apprécier le raisonnement d'une juridiction : Le tribunal fédéral revoit avec retenue le raisonnement de l'instance cantonale / Il sied de contrôler, si le tribunal fédéral peut ... ; pour énoncer un conclusif : la cour d'appel civile n'a pas violé ... ; pour conclure une décision, le tribunal fédéral prononce : .

De plus, il use, dans ses arrêts, des expressions étrangères⁵⁷⁸ qui sont, soit des expressions juridiques latines et dans ce cas on pourra lire « *pacta sunt servanda*⁵⁷⁹ », « *jura novit curia*⁵⁸⁰ » « *ratione materiae*⁵⁸¹ », « *lucrum cessans*⁵⁸² », « *animus testandi*⁵⁸³ » « *immissio penis* » et « *immissio seminis*⁵⁸⁴ », soit des expressions anglaises, ou pour désigner des sociétés à consonance anglaise⁵⁸⁵ ou pour désigner des institutions propres issues du droit anglais tel que le « *trust*⁵⁸⁶ ».

B. La syntaxe

257. Seront analysés dans cette partie, les éléments qui donnent une cohérence au discours, confèrent un certain ordre entre les mots, les phrases. Ces éléments sont la ponctuation, les adverbes, les prépositions, les adjectifs, les verbes ... La question ou non de l'anonymisation des décisions sera, aussi, abordée.

1. Dans le style français

258. La rédaction des arrêts de la Cour de cassation emprunte plusieurs éléments liés à la syntaxe. D'abord, à la ponctuation. Rédigé en une seule phrase, la cour de cassation utilise *le point* qu'à la fin de ces arrêts. Elle construit sa décision par juxtaposition c'est-à-dire qu'elle sépare les mots, les idées, en utilisant *les points-virgules* (qui permettent de suivre le raisonnement en véhiculant une idée), *les virgules* (afin d'y trouver un lien sémantique) et/ou *le double point* (qui ouvre la ou les critiques de l'auteur du pourvoi). La cour de cassation utilise, aussi, *les guillemets* (pour reproduire un texte, utiliser un mot inapproprié ou appartenant à une

⁵⁷⁸ A noter qu'il s'agit de langues étrangères (par définition, celles qui ne sont pas reconnues comme langue nationale en Suisse) extérieures à la Suisse. La précision est importante car il va de soi que dans les arrêts rédigés en français, l'on trouve des termes ou des phrases en allemand, ou italien (soit pour citer des dispositions d'articles, ATF 135 III 614, ou pour faire référence à des auteurs).

⁵⁷⁹ ATF 114 II 74.

⁵⁸⁰ ATF 125 III 82.

⁵⁸¹ ATF 101 IV 261.

⁵⁸² ATF 106 II 75.

⁵⁸³ ATF 88 II 67.

⁵⁸⁴ ATF 93 II 5.

⁵⁸⁵ ATF 140 II 102.

⁵⁸⁶ ATF 89 III 12. A noter que le « *trust* » figure dans la loi de droit international privé (LDIP) suisse (art. 149a et ss.)

langue étrangère⁵⁸⁷). Ils figurent dans les moyens. Sont aussi utilisés *les parenthèses* (pour encadrer ses propres précédents, la date de la décision déferée, employer un sigle ou une abréviation ...), *les tirets* (pour marquer une limite, une condition⁵⁸⁸ ou même une injonction⁵⁸⁹), *le trait-d'union* pour les expressions qui lui sont réservées (ex. dommages-intérêts).

259. Ensuite, les verbes. C'est le mode *indicatif* qui est le plus utilisé. Dans ce mode, certains temps (simples et composés) sont utilisés. C'est le cas du *présent de l'indicatif* (X. fait grief à l'arrêt, ou l'arrêt retient ...), mais aussi du *passé composé* (l'arrêt a retenu que ...). Le *plus-que-parfait*, et l'*imparfait* peuvent aussi l'être. Le *présent du subjonctif* (qui est un temps du mode subjonctif) peut aussi figurer dans la décision, ainsi que le *participe passé* (Vu l'article ...), le *gérondif* (Qu'en *statuant* ainsi ...). En revanche, certains verbes ou expressions ayant une valeur ou un caractère hypothétique, dubitative, contradictoire ne doivent en aucun cas figurer dans les décisions. Il n'est pas possible de percevoir "sembler", "douter" ...

260. Les adverbes et les adjectifs qualificatifs. En ce qui concerne les adverbes. Alors que la Cour de cassation se dispense de certains adverbes qui pourraient affaiblir le raisonnement⁵⁹⁰ tels que certainement, assurément, nécessairement, d'autres adverbes dits de liaison (ainsi ..., alors ..., d'abord ..., ensuite ..., enfin ...) sont utilisés. Les adjectifs qualificatifs, quant à eux, sont employés lorsqu'il s'agit d'effectuer la qualification juridique⁵⁹¹. Mais, il est clair qu'ils restent tout de même à éviter pour ne pas donner l'impression que la Cour de cassation s'est déterminée autrement sur l'appréciation des éléments⁵⁹².

261. Le quatrième élément c'est l'anonymisation ou non des décisions⁵⁹³. Il faut d'emblée faire la distinction entre anonymisation et pseudonymisation⁵⁹⁴. Alors que le premier empêche (rend *impossible*) l'identification des personnes physiques parties au procès, le second rend *difficile* cette identification.⁵⁹⁵

La finalité poursuivie de l'anonymisation d'une décision de justice est le respect de la vie privée des personnes. La question ou non de l'anonymisation des décisions de justice varie suivant que la décision est sur support papier (en version imprimée) ou électronique.

⁵⁸⁷ Droit et pratique de cassation en matière civile, *op. cit.* p. 384

⁵⁸⁸ *Ibidem.*

⁵⁸⁹ Par ces motifs, ...

Casse et annule

Dit n'y avoir lieu à renvoi ;

Ordonne la transcription de ...

- ...

- ...

⁵⁹⁰ Droit et pratique de la cassation en matière civile, *op. cit.* p. 389.

⁵⁹¹ *Ibidem.*

⁵⁹² *Ibidem.*

⁵⁹³ André PERDRIAU, "l'anonymisation" des jugements civils, *La semaine juridique*, Edit. Gén. n°37 ; 15 septembre 1999, doct. 163 ;

François LELIEVRE, L'anonymisation à la française des décisions de justice, une exception ?, *AJDA*, 2012, p. 526 ; Emmanuel Lesuer et GIVRY, *la question de l'anonymisation des décisions de justice* in Rapport annuel de la Cour de cassation 2000.

⁵⁹⁴ Bruno QUENTIN, L'harmonisation des décisions de justice : une ambition légitime ?, in *Reformer la justice civile – séminaire de droit processuel*, Actes du Colloque du 6.02.2018 coordination Cecile CHAINAIS et Xavier LAGARDE, La semaine juridique Edit. gén.

Supplément au n°13, 26 mars 2018, p. 53-54.

⁵⁹⁵ *Ibidem.*

Lorsque les décisions sont mises en ligne (sur le site Legifrance⁵⁹⁶), elles (toutes les décisions) sont anonymisées conformément à l'article 4 de l'arrêté du 9 octobre 2002 relatif au site internet de Legifrance. Les noms, prénoms et adresse des parties n'y figurent pas et sont remplacées par des lettres (M. X , Mme Y ...). Lorsqu'elles sont, au contraire, publiées sur support papier, il y en a certaines qui sont anonymisées et d'autres pseudonymisées (ex. dans un arrêt, en lieu et place de M. X, c'est plutôt M. Raymond X⁵⁹⁷. ...) On se contente de rendre le nom anonyme mais de conserver le prénom.

2. Dans le style britannique

262. Les *points* sont largement utilisés dans les jugements de la Cour suprême. Il n'y a donc pas de phrase unique. L'usage des points, en effet, rend les phrases courtes mais participe surtout à la clarté et à leur compréhension. D'ailleurs plusieurs manuels généraux de conseils de rédaction (français) insistent sur cet aspect. Une phrase qui est courte se comprend aisément et facilement qu'une phrase qui est longue (ce qui ne rend pas leur compréhension impossible). Le style et la beauté seront, peut-être, du côté des longues phrases mais les phrases courtes gagneront en compréhension.

La Cour suprême utilise, aussi, *les virgules*, le *double point*, le *point-virgule*, les *points de suspension*, la *barre oblique*, les *crochets*, les *parenthèses*, les *tirets*. Ces éléments sont utilisés respectivement pour donner un lien aux idées ou les séparer, pour précéder le contenu d'un article de loi ou les dires d'une personne (un auteur, un Lord ...), pour séparer deux (2) ou plusieurs éléments (ex. 15 november 1965 ; TS 50 (1969) ; Cmnd ...), pour raccourcir l'énoncé d'une longue phrase ou d'un article, pour des conjonctions (ex. The causes of action pleaded in this action are fraudulent misrepresentation *and/or* conspiracy *and/or* dishonest assistance *and/or* unconscionable bargain *and/or* undue influence ...), pour permettre d'encadrer soit l'année de publication des arrêts lorsqu'ils sont cités (ex. [2011]) soit des paragraphes précis (ex. après avoir cité une décision *para* [2] *and* [19] ou *at* [2]- [12]), pour encadrer la citation des arrêts '([2011] EWCA ...)', l'alinéa d'un article 'ex. under article 10(1)' ou encadrer un abréviation 'ex. The Law of Administration for the State of Iraq for the transnational period (the TAL)', et enfin pour précéder un élément d'un paragraphe (ex. 6.16 – Power of the Court to dispense ... ou encore The Court of Appeal – Discussion).

Une ponctuation qu'on ne trouve, par contre, ni dans les décisions de la Cour de cassation, ni dans celui du Tribunal fédéral, ce sont « *les points d'interrogation* ». Ils sont utilisés non pas pour marquer une incertitude, ou exprimer un doute, mais pour rendre le style de rédaction élégant (par ex. ... the question in these proceedings is not whether their appeals should succeed. It is: are the two

⁵⁹⁶ Le site Legifrance, (<https://www.legifrance.gouv.fr/>), est un « service public de diffusion du droit par internet » créée par décret n°2002-1064 du 7 août 2002.

⁵⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2015, n° 13-50.049, Bull. civ I., Janv. 2015, N°23.

certificates lawful? Yes, said the Court of Appeal on⁵⁹⁸ ...) voire même, pour mieux aborder et développer une question (par ex. Should the Supreme Court follow the Strasbourg Case Law⁵⁹⁹ ?)

263. En second lieu, les verbes, les adverbes, les mots de liaisons, et les locutions. Les verbes sont utilisés au *present simple* (The question *arises* ..., It *follows*, This article *provides*), au *prétérit* (The respondent *applied for* ..., The court of appeal *allowed* ...), au *passif* (the judgment *was given*... ou the appeal *is allowed*...), au *present perfect*, au *conditionnel* (I *would accept*). Les *auxiliaires modaux* (*shall, should, may, might, ough to* ...) ainsi que d'autres temps. S'agissant des *adverbes* (*precisely, inevitably* ...), des *mots de liaison* (*in question, namely, for my part, in my opinion, in my view, on the one hand, ...*), des *locutions* (As I have mentioned ... As I have noted, ...), des *adjectifs* (*remarkable* ...).

264. S'agissant de l'anonymisation, le principe de « *l'open justice* » impose de publier le nom des parties dans les décisions de justice. Ceci afin de favoriser une plus grande transparence⁶⁰⁰. Les décisions ne sont, par principe, pas anonymisées. Ce n'est que dans certaines affaires⁶⁰¹ mettant en cause, par exemple, les enfants que les décisions de justice seront anonymisées. Ainsi, on pourra voir dans le communiqué donnant le résumé d'un jugement de la Cour « These proceedings concern a child, called DD in the judgment ».

3. Le style suisse

265. Le Tribunal fédéral lorsqu'il s'exprime utilise, comme tout rédacteur, une syntaxe. Il s'agit, tout comme on l'a vu pour la Cour de cassation, de la ponctuation, des verbes, des adverbes, des adjectifs, des abréviations. Il décide très souvent d'anonymiser ses décisions. Dans certains cas, il préfère les désanonymiser.

266. En premier, la ponctuation. Le tribunal se sert du *point* (pour marquer la fin d'une phrase, pour encadrer les abréviations de certains mots ; ex. art. , p. , consid. , t. , cf. ...), du *double point* pour citer des textes (ex. pour citer des versets d'une sourate du Coran⁶⁰², utiliser une citation, ou reprendre des dispositions de loi ...), des *virgules* (pour expliquer sa pensée ou isoler des éléments), des *parenthèses* (pour encadrer les auteurs de doctrine, les articles de lois, les décisions de jurisprudence), des *underscore* (_) (pour les côtes des arrêts), du *trait d'union* (pour l'emploi de certains mots ; ex. ex-époux , ou dommages-intérêts ...), des *points virgules*⁶⁰³ (pour marquer une pause dans ces idées ou lorsqu'il fait usage des alinéas), des *crochets* (par ex. pour intercaler le titre d'une personne⁶⁰⁴ ou préciser un élément à l'intérieur d'une parenthèse), des *tirets* (pour singulariser des mots), la *barre oblique* (pour le système de

⁵⁹⁸ R (on the application of Kiarie) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent) R (on the application of Byndloss) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent) [2017] UKSC 42.

⁵⁹⁹ R (on the application of Chester) (Appellant) v Secretary of State for Justice (Respondent) McGeoch (AP) (Appellant) v The Lord President of the Council and another (Respondents) [2013] UKSC 63 para 25.

⁶⁰⁰ François LELIEVRE, L'anonymisation à la française des décisions de justice, une exception ?, *op. cit.* 528.

⁶⁰¹ V. partie consacrée au « huis-clos devant la Cour suprême du Royaume-Uni ».

⁶⁰² ATF 123 I 296 (consid. 2a).

⁶⁰³ Il faut préciser que l'usage du point-virgule, élément important, dans les arrêts de la Cour de cassation n'a pas le même degré d'importance que dans celui des arrêts du Tribunal fédéral suisse. Dans les arrêts de la cour de cassation, le point-virgule scande les étapes du raisonnement de la cour de cassation.

⁶⁰⁴ V. Arrêt 5A_170/2013, 5A_174/2013 du 03.10.2013, I Me B. ____]

numérotation ou pour alterner des conjonctions *et/ou*), *des guillemets dits anglais*⁶⁰⁵ (pour la reproduction exacte de paroles ; par ex. " ") et *français* («»), et *les points de suspension* (pour indiquer par ex. que la pensée n'est pas complète ou faire une pause⁶⁰⁶).

267. En second, les verbes et les adverbess. Le tribunal emploie certains verbes au *présent de l'indicatif* (par ex. le tribunal prononce), ou *au passé composé* (le tribunal fédéral a jugé dans un arrêt ...), *au conditionnel présent* (on ne saurait admettre que ...); concernant les adverbess il peut s'agir de notamment, assurément

268. En troisième, les adjectifs. Pour ceux-ci, puisqu'ils ont déjà été énumérés (plus ou moins dans la partie consacrée au style impersonnel) il faut donc mettre l'accent sur un point qui est essentiel. En France, comme on l'a dit, il est interdit de faire figurer dans les décisions certains motifs ou expressions dubitatives. Ce qui ne semble pas être le cas en suisse. Le Tribunal fédéral, souvent dans ses arrêts, semble parfois laisser certaines questions « *indécises*⁶⁰⁷ » ou « *ouvertes*⁶⁰⁸ » pour pouvoir se prononcer ultérieurement.

269. En quatrième, les abréviations. Pour éviter de poser intégralement certaines expressions, les juges suprêmes fédéraux utilisent des abréviations pour des textes normatifs (Code civil, CC., code des obligations, CO., Loi sur le tribunal fédéral, LTF.), des mots (article, art., page, p., alinéa, al., confer, cf., lettre, let.).

270. En ce qui concerne, la question de l'anonymisation ou de la désanonymisation. Les arrêts du Tribunal fédéral sont depuis 1984 anonymisés. Et depuis, la LTF (art. 27 al. 2) énonce : « *les arrêts sont en principe publiés sous une forme anonyme.* » En lieu et place, donc, du nom des parties, figurent les lettres (A., B., E., X., Y. ...). Celle-ci vaut aussi pour le nom des personnes ou des entreprises ou des données comme le numéro de téléphone⁶⁰⁹. Il est souvent possible d'anonymiser que le nom patronyme (v. ATF 124 III 414 où est mentionné dans le regeste⁶¹⁰ patronyme fictif.) Lorsque certains arrêts sont médiatisés, il est possible de faire fi du principe de l'anonymisation. C'est le cas de l'arrêt *Sabrina Lombardo contre Fernanda Simao/Simao Institut de Beauté*⁶¹¹ ou encore de *l'affaire Institut fédéral de la propriété intellectuelle contre Calvi S.P.A*⁶¹²

⁶⁰⁵ *Ibidem.* (v. partie « Faits »)

⁶⁰⁶ Arrêt 5A_267/2017 du 14.12.2017 (v. partie « Faits »).

⁶⁰⁷ ATF 105 II 183 (consid. 2) ; v. ég. ATF 105 III 56 (consid. 1) ; puis Arrêt 6B_615/2015 du 29.10.2015 (consid. 3.2) (= ATF 141 IV 444 consid. 3.2)

⁶⁰⁸ Arrêt 4A_406/2014, 4A_408/2014 du 12.01.2015 consid. 8.1 (in fine) (= ATF 141 III 119 consid. 8.1)

⁶⁰⁹ ATF 129 III 604.

⁶¹⁰ Le regeste (de la décision) signifie le sommaire (de la décision).

⁶¹¹ Arrêt 4C.120/2005 du 07.09.2005 (= ATF 131 III 572) ;

⁶¹² Arrêt 4A_587/2008 du 09.03.2009 (= ATF 135 III 416). V. ég. ATF 140 II 262 (World Wide Fund for Nature Suisse) ; ATF 138 II 346.

§3 : La motivation

271. Obligation ou devoir de motivation ? La terminologie doit être choisie avant tout propos. Si certains ont pu voir une distinction entre ces deux (2) expressions en droit privé⁶¹³, d'autres par contre, semblent laisser entrevoir au travers de leur écrit une interchangeabilité entre ces deux (2) termes, en tout cas, pour ce qui est de la motivation des décisions de justice⁶¹⁴. D'autre encore y voit une identité mais préfère "obligation" à "devoir" lorsqu'il s'agit de parler de "motivation de décisions de justice"⁶¹⁵. Il faut le dire tout de suite, on fera de même. On préfère l'expression obligation de motivation à celle de devoir de motiver.

272. La motivation d'une décision de justice (voire la décision elle-même) peut prendre deux (2) formes. Elle peut être rendue oralement⁶¹⁶ ou par écrit. Lorsqu'elle prend la forme d'un écrit, d'un système à un autre, cette obligation de motivation prend sa source dans des textes différents. Tantôt c'est la constitution⁶¹⁷, tantôt c'est la loi⁶¹⁸ ou la jurisprudence⁶¹⁹. Toujours est-il qu'elle revêt un caractère important dans tous les systèmes, en particulier devant nos trois (3) juridictions suprêmes objet de comparaison.

273. L'importance accordée à la motivation est intimement liée à ses fonctions qui sont celles : de la garantie d'une bonne justice⁶²⁰ (en ce sens qu'elle participe au respect du droit de la défense), de la compréhension de la décision⁶²¹ (car il faut que les parties connaissent les raisons qui ont poussé le juge à prendre telle position), de la garantie contre l'arbitraire⁶²² (parce qu'elle permet au juge supérieur d'exercer leur contrôle). Elles (les fonctions de la motivation) sont sans cesse rappelées par la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, nous verrons à travers l'analyse de la motivation de la Cour de cassation (A), de la Cour suprême (B), et du Tribunal fédéral (C), les différences que peuvent prendre la motivation.

⁶¹³ Najib HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Edi. Panthéon-Assas, 2017, Thèses.

⁶¹⁴ Sylwia CASTILLO-WYSZOGRODZKA, la motivation des décisions de justice : perspective comparatiste, Recueil Dalloz 2014, p. 1838. L'auteur utilise indifféremment "obligation de motivation" et "devoir de motiver".

⁶¹⁵ Vincenzo MARINELLI, Obligations et devoirs des magistrats en Italie, LPA 2008, n° 24, p. 6.

⁶¹⁶ Ce système était appliqué dans les sociétés africaines traditionnelles. L'un des traits des systèmes africains traditionnels étaient leur oralité cf. Gilles Cuniberti, *op. cit.* p.367 (n°780) ; Aussi, trouve-t-on encore cette oralité (mais avec quelques exceptions) dans le droit talmudique pour les sentences rabbiniques cf. François-Xavier LICARI, *Le droit talmudique*, Connaissance du droit, Dalloz, 1^{ère} édition, 2015, p. 153 et ss. ; et, enfin, le Conseil fédéral (en Suisse) avait proposé, avant l'adoption du code de procédure civile de 2008, dans le projet, une motivation orale (avec des exceptions) faite par les juridictions de 1^{ère} instance. cf. Francesco NAEF, *Plaidoyer pour la motivation écrite obligatoire des jugements dans le nouveau code de procédure civile suisse*, in Justletter, 2008 (article téléchargeable en ligne sur : <http://csnlaw.com/wp/wp-content/uploads/2010/01/Plaidoyer-pour-la-motivation-écrite-obligatoire-des-jugements-dans-le-nouveau-code-de-procédure-civile-suisse.pdf>)

⁶¹⁷ C'est le cas de l'Italie (art. 111 al.6 de la constitution), de l'Espagne (art. 120 al. 3 de la constitution), du Portugal (art. 205), de la Belgique (art. 149 de la constitution), ou du Burkina Faso (art. 136 de la constitution).

⁶¹⁸ C'est le cas en France (art. 455 du code de procédure civile ; Art. 485 et 593 du code de procédure pénale), en Allemagne (§ 313 du Zivilprozessordnung, § 267 du Strafprozessordnung), de la Côte d'Ivoire (art. 140 et 142 du code de procédure civile, commerciale et administrative).

⁶¹⁹ C'est le cas en Suisse (Arrêt 4P.188/2005, 4P.214/2005 du 23.12.2005 (consid. 4.3) ; v. aussi Arrêt 4A_190 du 10.10.2007 (consid. 4.2.1) ; 4A_193/2014 du 31.10.2014) où la jurisprudence l'a déduite de l'art. 29 al. 2 de la constitution fédérale suisse.

⁶²⁰ Sylwia CASTILLO-WYSZOGRODZKA, la motivation des décisions de justice : perspective comparatiste, *op. cit.* p. 1838-1839.

⁶²¹ *Ibidem*.

⁶²² *Ibidem*.

A. La motivation de la Cour de cassation française

274. La motivation des décisions judiciaires est prévue à l'article 455 du code de procédure civile. Introduit pour la première fois en France par la loi des 16-24 août 1790 (art. 15), aujourd'hui cette obligation a été élevée au rang de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel.

La motivation de la cour de cassation, rappelons-le, s'énonce d'une manière concise et abrupte. Elle ne fait pas référence à ses propres précédents (à l'exception de quelques arrêts isolés), ni même à la doctrine des auteurs. Elle se caractérise par son *imperatoria brevitatis*, son laconisme, sa concision, sa technicité, sa rigueur, sa rationalité. La pédagogie n'est pas mise en avant, mais plutôt son caractère autoritaire. La Cour de cassation ne démontre pas, mais se contente d'affirmer⁶²³. Pour marquer sa souveraineté juridictionnelle, des standards de motivation sont développés. Les motifs ne doivent pas prendre un caractère dubitatif⁶²⁴ (il paraît) ou hypothétique⁶²⁵ (il est probable), ou d'ordre général⁶²⁶. Ils doivent, au contraire, être pertinents, réels et suffisants et répondre au moyen invoqué⁶²⁷. Telle est la conception connue de la motivation de la Cour de cassation.

275. Mais depuis un certain temps, la Cour de cassation a pris de conscience de cet état classique et commence à faire évoluer certaines de ces méthodes rédactionnelles traditionnelles. Le SDER (Service de documentation, des études et du Rapport) a ainsi recensé 59 arrêts (et 5 avis) enrichis au 31 mars 2017⁶²⁸. Plus encore sont les éléments qui conduisent la cour de cassation à entrevoir une véritable réforme. Ce sont, - les critiques et écrits incessants de la doctrine concernant sa méthode rédactionnelle⁶²⁹ ; - l'imposition du contrôle de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme, la montée en puissance de la jurisprudence de cette dernière juridiction ainsi que son contrôle sur les décisions des Cours européennes ; - les méthodes de diffusion de la jurisprudence de la Cour de cassation ; - l'élargissement des destinataires de la décision⁶³⁰ (les arrêts de la Cour de cassation n'intéressent plus seulement les techniciens du droit à savoir la doctrine, les avocats, les autorités juridictionnelles ... mais aussi les justiciables, les citoyens, les médias), - la diversification de l'office du juge⁶³¹ ... Bref, tout ceci a conduit le premier président de la

⁶²³ Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la cour de cassation, Avril 2017 (téléchargeable sur le site de la cour de cassation), p. 129.

⁶²⁴ Civ. 3^{ème}, 21 février 2001, Bull. civ. III, n°22.

⁶²⁵ Cass. civ 3^{ème}, 19 mars 1997, n°95-10.163, Bull. civ. III, n° 65 ; D.1997.115 ; Cass. civ 1^{ère}, 15 octobre 1996, n° 94-21.113, Bull. civ. I, n°354 ; D. 1997.348 obs. P. Brun, et 287 obs. P. Jourdain ; Cass. soc. 15 juin 1995, n°93-20.688, Bull. civ. V, n°199.

⁶²⁶ Cass. civ 1^{ère}, 2 mars 1999, n° 97-15.958, Bull. civ. I, n° 76 ; D. 1999.89 ; RTD civ. 1999.358, obs. J. Hauser.

⁶²⁷ Sylwia CASTILLO-WYSZOGRODZKA, la motivation des décisions de justice : perspective comparatiste, *op. cit.* 1840.

⁶²⁸ Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la cour de cassation, Avril 2017 (téléchargeable sur le site de la cour de cassation), p. 149. Pour un exemple d'arrêt enrichi : v. Cass. mixte. 24 février 2017, n°15-20411.

⁶²⁹ André TUNC et Adolphe TOUFFAIT, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation, *préc.* V, ég. Rémy LIBCHABER, Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine, RTD Civ. 2000, p. 679 ; Frédéric ZENATI-CASTING, la motivation des décisions de justice et les sources du droit, D. 2007, p. 1553 ; Sophie Gjidara, la motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles, LPA 2004, n°195, p. 3.

⁶³⁰ Fanny MALHIÈRE, Propos introductifs, in Comment rédiger une décision de justice au XXI^{ème} siècle, *op. cit.* p. 3 et ss.

⁶³¹ *Ibidem*.

cour de cassation a proposé une « réforme » et une « transformation » de la Cour de cassation afin d'adapter ses modes de contrôle⁶³².

275.1. S'agissant de la réforme. Elle concerne plusieurs aspects mais principalement l'enrichissement de la motivation et la meilleure diffusion de ses arrêts. La Cour de cassation entend reformer sa manière de motiver. Elle veut rendre ses décisions plus lisible, compréhensible et intelligible. Ainsi, il ressort du rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la cour de cassation, les propositions suivantes⁶³³. Ces propositions concernent tous les arrêts (à l'exception des arrêts d'irrecevabilité, les arrêts constatant la déchéance du pourvoi ou un désistement, les arrêts de rejet rédigés en formule abrégé, les arrêts de cassation exclusivement disciplinaire). Elles touchent la structure (i) et le fond des arrêts (ii).

- (i) Concernant la structure des arrêts : Premièrement, c'est d'abandonner la rédaction de la décision en phrase unique et supprimer les « attendu » (attendu que ... ; que ...) tout en les conservant uniquement pour les motifs. Deuxièmement, c'est intégrer les subdivisions pour améliorer la lisibilité des arrêts. Ainsi ce qui est proposé est :

- I. Faits et procédure
- II. Moyens de pourvoi
- III. Motifs de l'arrêt
- IV. Dispositif

Troisièmement, c'est de numéroter les paragraphes afin de favoriser les références aux précédents.

- (ii) Sur le fond des arrêts : D'abord, c'est d'enrichir la motivation pour : les revirements de jurisprudence, les arrêts répondant à une question juridique de principe, à l'évocation de la violation d'un droit ou d'un principe fondamental, en cas de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, lorsque qu'il y a présence d'un intérêt pour l'unification et le développement du droit, ainsi que pour les questions préjudicielles. Puis, c'est de citer les précédents pour les arrêts à motivation enrichie.

275.2. La « transformation » de la Cour de cassation, quant à elle, concerne son office. Il s'agit principalement de procéder à un traitement des pourvois. En d'autres termes, la Cour de cassation procédera à un tri des pourvois (ce procédé de filtrage ne concerne que la matière civile entendu au sens large). Ainsi, certains pourvois ne seront autorisés par la Cour de cassation que dans trois (3) cas⁶³⁴ : si l'affaire soulève une question de principe présentant un intérêt pour le développement du droit, si l'affaire soulève une question présentant un intérêt pour l'unification de la jurisprudence, et si est en cause une atteinte grave à un droit fondamental. Le but est de réduire le nombre d'affaires⁶³⁵ afin que la Cour de cassation se concentre sur son rôle de cour suprême.

⁶³² « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », Entretien avec Bertrand LOUVEL, La semaine juridique, Ed. gén. 19 octobre 2015, n°43.

⁶³³ Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation. p 151 et ss.

⁶³⁴ Projets de texte, "filtrage des pourvois", proposés par la cour de cassation (art. L. 411-2-1) (téléchargeable sur le site de la cour de cassation).

⁶³⁵ En 2017, la Cour de cassation (chambre criminelle + 5 chambres civiles) a rendu 28.067 arrêts (tous les arrêts sont compris). Soit 20.268 arrêts civils.

Si cette question du traitement des pourvois crée un débat actuel en France⁶³⁶ et appelle des critiques, pour Bruno PIREYRE, président de chambre à la cour de cassation et directeur du SDER, « *en jugeant moins, la Cour de cassation jugera mieux encore*⁶³⁷ ».

276. La plupart de ces propositions, évidemment, ont été énoncées à partir d'analyse faite sur les juridictions européennes étrangères qui pratiquent déjà cette méthode. Au nombre de ces juridictions, l'on note la Cour suprême du Royaume-Uni et le Tribunal fédéral suisse.

B. La motivation de la Cour suprême du Royaume uni

277. « *Justice must not only be done, but it must be seen done* » dit un adage anglais.

La charge qu'ont les juges britanniques d'interpréter et d'appliquer le droit est un principe cardinal de la *Rule of Law*⁶³⁸. Il apparaît que la motivation des décisions de justice est un aspect de ce principe⁶³⁹. Dans un système où le juge crée le droit, « *judge made law* », la motivation des décisions de justice revêt un caractère très important. C'est elle qui va conditionner l'issue du litige, orienter les différentes juridictions chargées de suivre la jurisprudence des cours supérieures. Même si les *obiter dicta* figureront dans la décision, ce qui est considéré comme *la* colonne vertébrale de la motivation c'est la « *ratio decidendi* ».

278. En common law, l'obligation de motiver (*Judicial duty to give reasons*) est traditionnellement reconnue⁶⁴⁰. Les juges, depuis très longtemps, accordent une valeur à la motivation. Pour eux, « *... The main points of a judgment is to explain the decision to the parties, especially the loser, to their lawyers and to any appellate court, and more generally to future potential litigants, to their lawyers, as well as to academics*⁶⁴¹ ... » C'est pourquoi, la motivation de la Cour suprême du Royaume-Uni sera didactique, structurée, explicite, longue, extrêmement détaillée, appelant la jurisprudence (y compris étrangère), la doctrine, faisant référence aux données sociaux, aux données historiques pour soutenir la démonstration. Les juges n'auront pas de gêne à les citer *expressis verbis* dans leur décision.

279. A la différence de la Cour de cassation, on l'a dit, la rédaction est personnelle devant la Cour suprême. Elle est le fruit d'un ou plusieurs *Justices*. L'élégance de la motivation sera tributaire de la plume de l'auteur de la rédaction. Les juges exprimeront, dans la décision,

⁶³⁶ Bruno PIREYRE, Louis BORE, Nicolas MOLFELISS, Bernard HAFTEL, Dossier spécial " Débats autour du projet de réforme de la Cour sur le filtrage des pourvois, Gaz. de palais, 15 mai 2018 (téléchargeable sur le site de la cour de cassation). ; Pour des critiques v. Thierry le BARS, Menaces sur la cassation à la française : des propositions de réforme consternantes, Gaz. Pal. 18.04.2018 n°14 p. 12. ; v. ég. Serges GUINCHARD, André VARINARD, Thierry DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, op. cit. p. 799-800 (qui estiment que ce mécanisme serait un danger pour le justiciable qui ne verrait plus garanti son droit d'accès au juge de cassation).

⁶³⁷ Entretien avec M. Bruno PIREYRE, 21.05.2018, Magazine "Le point". (www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/en-jugeant-moins-la-cour-de-cassation-jugera-mieux-21-05-2018-2220019_56.php).

⁶³⁸ A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) [2004] UKHL 56 para 42.

⁶³⁹ Aurelie DUFFY-MEUNIER, La réforme de la motivation des décisions du Conseil Constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers : l'exemple du Royaume-Uni, Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel - n°55-56 - page 45.

⁶⁴⁰ Sylwia CASTILLO-WYSZOGRODZKA, la motivation des décisions de justice : perspective comparatiste, op. cit. p. 1838.

⁶⁴¹ Lord NEUBERGER of Abbotsbury, Master of the Rolls, 'Open Justice Unbound?', *Judicial Studies Board Annual Lecture* 2011.

leur émotion⁶⁴², leur doute, leur propre opinion (ce qui est impensable en France). Cette liberté de rédaction de construire un raisonnement, de persuader et surtout d'enrichir la motivation réside dans leur confrontation depuis longtemps à la pratique du droit, leur prestige mais aussi, et c'est le point le plus important, du fait qu'il existe un « système d'autorisation d'appel⁶⁴³ ». Le système d'autorisation d'appel pratiquée devant la Cour suprême du Royaume-Uni contribue largement à l'enrichissement de leur motivation.

280. Dans la période du 1^{er} avril 2016 au 31 mars 2017, 209 appels ont été reçus, 91 appels ont été entendus et seulement 76 *judgements* ont été rendus par la Cour suprême⁶⁴⁴. Dans celle du 1^{er} avril 2017 au 31 mars 2018, pour 228 appels reçus, 85 appels ont été entendus et 78 *judgements* ont été rendus⁶⁴⁵. On est très loin des 20.268 arrêts rendus (seulement en matière civile) par la Cour de cassation. Il est clair que ce procédé avantage largement la Cour suprême britannique. La réduction du nombre d'affaires conduit les *Justices* à mieux motiver leur décision.

Exiger, donc, d'une juridiction qui rend plus de 20.000 arrêts par an (comme la Cour de cassation) de donner une motivation explicite paraît difficile.

L'instauration devant le Tribunal fédéral suisse de la procédure de filtrage des recours permet aussi non seulement de décharger le Tribunal mais participe également à l'enrichissement de ses motivations⁶⁴⁶.

C. La motivation du Tribunal fédéral Suisse

281. Trois (3) éléments seront pris en compte. Ce sont : la langue de la motivation, l'importance de la motivation en droit suisse, et la manière dont le Tribunal fédéral motive sa décision.

281.1. Le plurilinguisme en Suisse nous impose, en premier lieu, de centrer notre analyse sur la langue de la motivation. Les arrêts en droit suisse sont reproduits, en principe, dans la langue dans laquelle la décision a été rendue, qui est celle de la procédure⁶⁴⁷. Aucune traduction n'est faite compte tenu du principe de l'équivalence des langues. La décision est rendue ou en allemand, ou en français ou en italien ou en romanche.

⁶⁴² « I am ... satisfied ... »

⁶⁴³ Pour saisir la Cour suprême du Royaume-Uni, il faut être autorisé par la Cour d'appel (Court of appeal). C'est seulement en cas de refus de celle-ci, qu'il faut chercher à obtenir la permission de la Cour suprême. Il existe aussi une procédure (appelée *leapfrog*) permettant d'aller directement de la High Court à la Cour suprême.

⁶⁴⁴ The Supreme Court Annual Report and Accounts, 2016-2017, p. 23-24.

⁶⁴⁵ The Supreme Court Annual Report and Accounts, 2017-2018, p. 26.

⁶⁴⁶ Selon le rapport de gestion 2017 du tribunal fédéral rendu le 19 février 2018, 8029 affaires ont été introduites. 7782 ont été tranchées (soit 3948 pour le droit public, 1805 pour les affaires civiles et LP, 2024 pour les affaires pénales et 5 pour les autres affaires). Les procès ont duré en moyenne 140 jours (Seulement pour les affaires civiles et LP, 620 en moins d'un mois, 423 de 1 à 3 mois, 423 de 3 à 6 mois, 276 de 7 à 12 mois, 59 entre 1 et 2 ans et 4 pour plus de 2 ans).

⁶⁴⁷ Art. 54 al. 1 LTF.

Cependant, pour cette dernière langue⁶⁴⁸, les cas restent isolés⁶⁴⁹. Il existe, aussi, des cas où, le Tribunal utilise la langue officielle dont les parties se servent qui est autre que la langue de procédure⁶⁵⁰.

281.2. En droit suisse, la motivation révèle une importance capitale. Au début, le Tribunal fédéral employait l'expression soit de déni de justice formel⁶⁵¹ soit de violation du droit d'être entendu⁶⁵² pour justifier le défaut de motivation. On pouvait voir ces deux (2) expressions dans une même décision⁶⁵³.

Aujourd'hui, le Tribunal fédéral fonde l'absence ou le défaut de motivation non sur une disposition du code de procédure civile (comme c'est le cas en France), mais plutôt de l'article 29 al. 2 de la Constitution fédérale : « *Les parties ont le droit d'être entendues.* »

Il le dit lui-même⁶⁵⁴ : « *La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 Cst. le devoir pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle* ». Les verbes qui ressortent dans cette décision (comprendre, contester, exercer son contrôle), qui donnent l'objectif de la motivation, montrent bien que le premier but de la motivation en suisse est d'abord de faire **comprendre** la décision. Et le Tribunal fédéral suisse, en tant qu'autorité de recours de dernière instance, se conforme bien à cette exigence.

281.3. La motivation est faite dans un style direct. Les mots de liaison, la subdivision de la décision, la numérotation des paragraphes, la structure de la décision, mettent en avant l'objectif de pédagogie et la valeur explicative de la motivation. Il n'y a pas d'affirmation, plutôt une démonstration. Le rappel des faits, l'exposé chronologique de la procédure retracent l'ensemble de l'affaire et permettent de mieux le comprendre. L'insertion de la jurisprudence et de la doctrine soutiennent cette démarche démonstrative et enrichissent la motivation. Il est vrai que certaines questions peuvent restées « indécises⁶⁵⁵ » ou « ouvertes⁶⁵⁶ » (alors qu'en France les motifs ne doivent pas être dubitatifs ou hypothétiques), mais l'autorité de la décision demeure, ainsi que sa compréhension. Les mots employés sont simples, les phrases courtes, les explications détaillées, l'interprétation de la norme législative applicable ou contestée y est donnée amplement en employant des mots accessibles à tout lecteur.

⁶⁴⁸ ATF 122 I 93 v. regeste, « lorsque le Tribunal fédéral statue sur un recours formé par une commune ou une personne de langue romanche contre une décision rendue par une autorité du canton des Grisons, son arrêt est rédigé en romanche (rumantsch grischun). »

⁶⁴⁹ Pierre TERCIER et Christian ROTEN, *op. cit.* p120 (n°586).

⁶⁵⁰ Art. 54 al. 2 LTF. v. ATF 127 III 461.

⁶⁵¹ ATF 101 Ia 46.

⁶⁵² ATF Ia 77 (78) consid. 1.

⁶⁵³ ATF 93 I 120.

⁶⁵⁴ Arrêt 4P.188/2005, 4P.214/2005 du 23.12.2005 (consid. 4.3) ; v. aussi Arrêt 4A_190 du 10.10.2007 (consid. 4.2.1) ; 4A_193/2014 du 31.10.2014.

⁶⁵⁵ ATF 105 II 183 (consid. 2) ; v. ég. ATF 105 III 56 (consid. 1) ; puis Arrêt 6B_615/2015 du 29.10.2015 (consid. 3.2) (= ATF 141 IV 444 consid. 3.2).

⁶⁵⁶ Arrêt 4A_406/2014, 4A_408/2014 du 12.01.2015 consid. 8.1 (in fine) (= ATF 141 III 119 consid. 8.1).

Ainsi, dans une décision concernant la responsabilité civile de plusieurs exécuteurs testamentaire⁶⁵⁷, le Tribunal fédéral suisse a consacré près de (dix) 10 paragraphes à expliquer les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité.

282. La motivation du Tribunal fédéral suisse correspond bien à cette phrase de Tony Sauvel : « *Nous ne demandons pas seulement au juge de mettre fin à nos différends, nous lui demandons de nous expliquer, de nous faire comprendre, nous voudrions être non pas seulement jugés, mais si possible persuadés*⁶⁵⁸ »

⁶⁵⁷ 5A_522/2014, 5A_569/2014, 5A_573/2014 arrêt du 16 décembre 2015 (consid. 4 à 4.7).

⁶⁵⁸ T. Sauvel, Histoire du jugement motivé, *op. cit.* p. 51 et s.

CONCLUSION

La comparaison des différents styles judiciaires nous a permis de comprendre ces différentes questions :

-Qu'est ce qui explique la différence de ces trois (3) styles judiciaires ?

C'est principalement l'histoire, la place qu'occupe le juge dans chaque système et son image en société. L'histoire est différente : en France (Etat unitaire) il fallait veiller à ce que les juges ne s'arrogent pas un pouvoir, alors que le but de la création du Tribunal fédéral en Suisse (Etat fédéral) était plutôt de veiller à ce que les autorités respectent le droit fédéral. Pour celui-ci, il y avait de la méfiance, pour celui-là c'était de la confiance (ce qui a eu pour conséquence l'accroissement des pouvoirs du Tribunal fédéral). En outre-Manche, au contraire, c'est l'aspect pragmatique de la common law, et sa continuité historique (avec l'ancienne House of lords) qui caractérise la Cour suprême du Royaume-Uni.

En France, interdiction expresse est faite aux juges de créer le droit. En suisse, ce rôle créateur est subsidiaire, en Outre-manche ce rôle est très affirmé.

L'élection des juges, en Suisse, leur confère une légitimité et assure une confiance aux justiciables. En France et au Royaume-Uni, ils sont plutôt nommés. Et leur nomination est associée à l'exécutif. Mais le prestige accordé à la fonction de juge au Royaume-Uni est très différent (voire même incomparable) de celle en France.

Tous ces éléments ont, évidemment, joué un rôle décisif dans la construction de ces différents styles judiciaires.

-Comment ces juridictions forment-elles leur style ?

En France, l'arrêt (qu'il soit de rejet ou de cassation) est rédigé en phrase unique. La technique et la logique sont mises en avant. L'arrêt est composé de 3 ou 4 parties selon qu'il s'agit d'un arrêt de cassation ou de rejet. Le visa (et/ou le chapeau) – L'exposé de faits – L'exposé des moyens et des motifs – Le dispositif.

En suisse, c'est tantôt l'usage de la phrase unique avec usage du style indirect (pour les procédures simplifiées), tantôt l'usage du style direct avec une rédaction détaillée, explicite (pour les autres arrêts). Pour ces derniers, l'arrêt est composé de trois (3) parties : Une partie consacrée aux - Faits – au raisonnement du Tribunal – et au dispositif.

Au Royaume-Uni, il n'y a pas de modèle unique de rédaction. Le style est associé à l'auteur de rédaction de la décision. La rédaction sera fonction de sa plume.

-Pourquoi forment-elles, ainsi, leur style ?

Tout simplement, parce que la conception de juger est différente.

- Comment conçoivent-elles, alors, la fonction de juger ?

Pour la Cour de cassation, il faut privilégier « la logique du raisonnement » et conserver l'autorité de la décision. En Suisse et au Royaume-Uni, c'est l'objectif de pédagogie et d'explication qui sont mises en avant.

- Quelle classification ?

Les systèmes de civil law et de common law ont longtemps été opposés sur beaucoup de plans. Et l'analyse des décisions de la Cour de cassation et de la Cour suprême du Royaume-Uni ne fait que renforcer cette différence de conception du droit. Quant à la Suisse, s'il était possible de procéder à « une classification des familles de droit en tant compte du style de rédaction » on dirait qu'elle est à « mi-chemin » entre ces deux systèmes.

Le Tribunal fédéral est juge du droit (comme la Cour de cassation) mais il a plénitude de compétence (comme la Cour suprême du Royaume-Uni). La délibération orale et publique se situe entre les opinions séparées au Royaume-Uni et le secret du délibéré en France, le fait pour le juge d'intervenir à défaut de disposition législative, trouve sa place entre l'interdiction de création du droit en France et la création affirmée du droit en Outre-manche. L'utilisation de la phrase unique française pour les procédures simplifiées et la rédaction détaillée britannique pour les autres arrêts, le style impersonnel utilisé en France avec usage du style direct utilisé au Royaume-Uni (sans toutefois être personnalisé) trouvent leur trace dans les arrêts du Tribunal fédéral. Sa fonction de juge du droit, tout comme en France, n'interdit pas d'apporter une explication détaillée des faits, de subdiviser sa décision comme au Royaume-Uni (allant même plus loin). L'utilisation du syllogisme comme en France, et la construction de celui-ci et son contenu font penser à un véritable juge de common law.

-Après avoir classifié, au final, on peut se demander qu'est-ce qu'un bon jugement ?

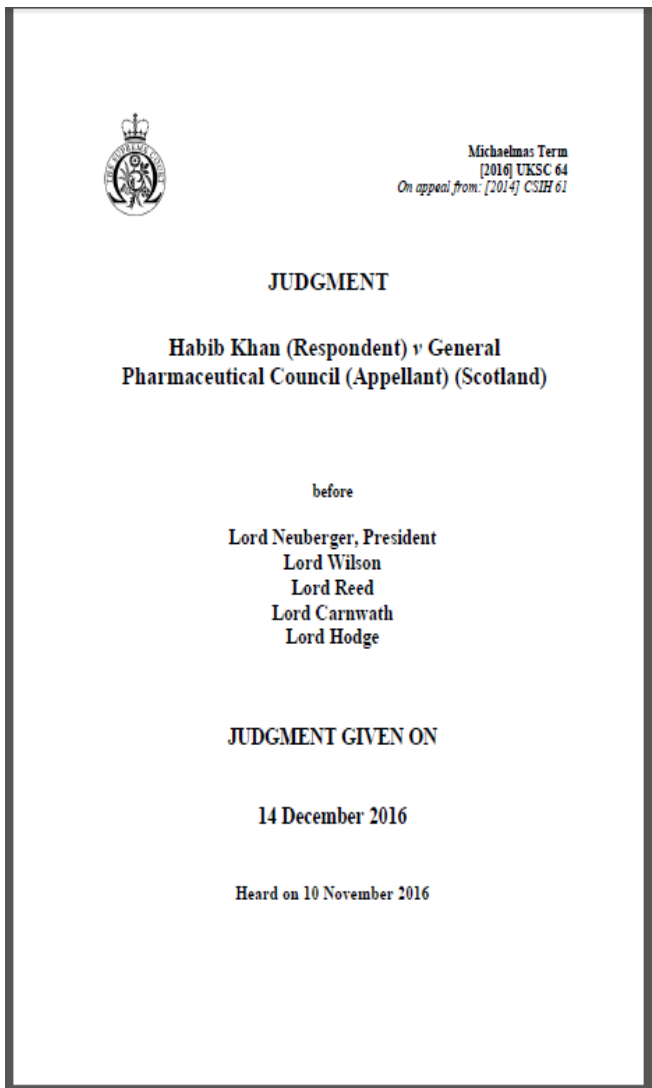
Empruntant ce début de phrase à Lord NEUBERGER, on dira « qu'il soit court ou long, le plus important dans un jugement » c'est qu'il soit structuré, motivé et compréhensible.

ANNEXES

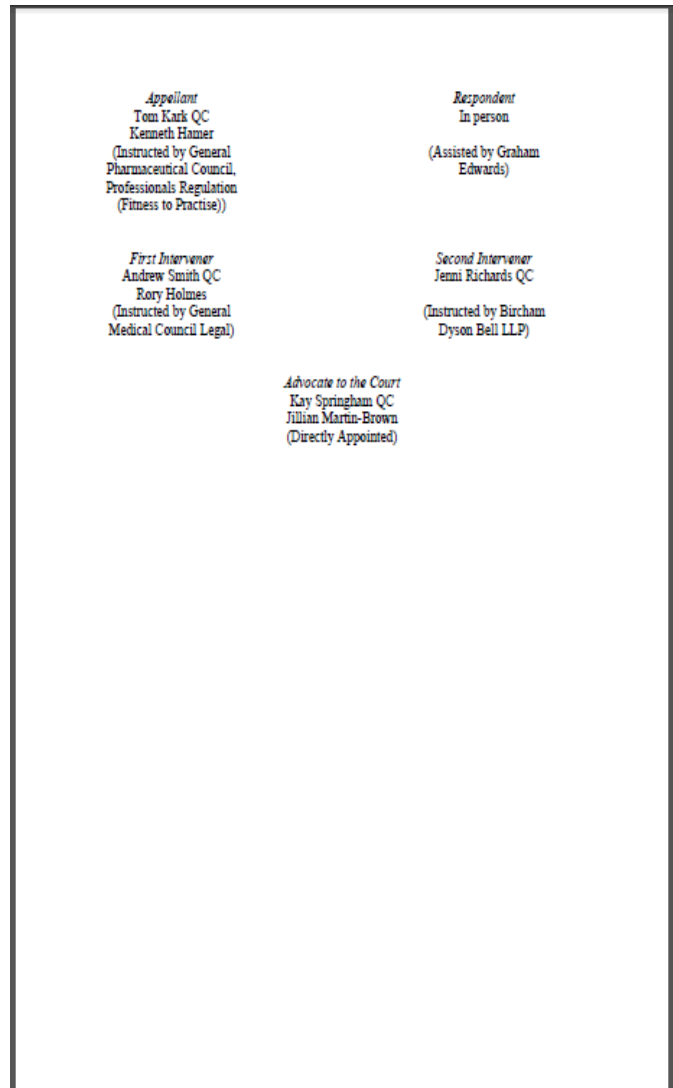
Annexe 1 : Cour de cassation française

Références Cour de cassation chambre civile 2 Audience publique du jeudi 5 juillet 2018 N° de pourvoi: 17-20905 Non publié au bulletin	Rejet
Mme Flise (président), président SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat(s)	
<hr/>	
Texte intégral	
REPUBLICQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS	
LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :	

Page unique.



Page 1.



Page 2.

Annexe n°3 : Tribunal fédéral Suisse

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



5A_267/2017

Arrêt du 14 décembre 2017

Ile Cour de droit civil

Composition
MM. les Juges fédéraux von Werdt, Président,
Marazzi et Bovey.
Greffière : Mme Jordan.

Participants à la procédure
A. _____, né X. _____,
représenté par Me Dario Barbosa, avocat,
recourant,

contre

B. _____ Sàrl,
représentée par Me Charles Poncet, avocat,
intimée.

Objet
protection de la personnalité,

recours contre l'arrêt de la Cour d'appel civile
du Tribunal cantonal du canton de Vaud
du 2 mars 2017 (PT13.031156-161717 23).

Page unique.

BIBLIOGRAPHIE

▪ FRANCE

DOCTRINE

Dictionnaire juridique :

DENIS (A), STEPHANE (R), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012.

Henri Roland, *Lexique juridique des expressions latines*, Lexis Nexis, 2016, 7ème édition.

LOIC (C), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

GERARD (C), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2017.

CLAUDE (J.F), *Dictionnaire de droit et de pratique*, Tome 2, 3ème édition, Veuve Brunet, 1966, p. 136 .

Ouvrages, Traités, Manuels et Thèses :

LECLECH'S LUCAS (J), LUCAS (J.C), MEUNIER (R), *Français CE1/CE2 cycle 2, A portée des mots*, Hachette EDUCATION 2014, p. 9.

GILLES (C), *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 3ème édition, 2015.

DAVID (R), JAUFFRET-SPINOZI (C), GORE (M), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 12ème édition, 2016.

DEBARD (T), GUINCHARD (S), VARINARD (A), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 2017.

PRADEL (J), *Droit pénal comparé*, Dalloz, 4ème édition, 2016.

PERROT (R), BEIGNIER (B), MINIATO (L), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 16ème édition, 2017.

ZOLLER (E), *Introduction au droit public*, Dalloz, 2ème édition, 2013.

GARAPON (A), PAPADOPOULOS (L), *Juger en Amérique et en France*, Editions Odile Jacob, 2003.

BERGEL (J.L), *Méthodologie juridique*, PUF, 2ème édition, 2016.

BROYELLE (C), *Contentieux administratif*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2016-2017.

Droit et pratique de la cassation en matière civile, LexisNexis, 3ème édition, 2012.

LE BARS (T) et HERON (J), *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 6^{ème} édition, 2015.

MALHIERE (F), *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de Cassation)*, Thèses, Paris, 2013.

LANZARA (D), *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, Thèses, LGDJ, 2017.

DROUOT (G), *La rétroactivité de la jurisprudence (Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil)*, Thèses, LGDJ, 2014.

LANGENIEUX-TRIBALAT (A), *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, Thèses dactyl. 2007.

CAJELLAS (A), *Le visa en cassation civile*, Thèses (soutenue le 15 mai 2017).

Articles, Revues et Etudes :

MICHEL (F.), Réflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé *in Mélanges en l'honneur de Camille-Jauffret Spinozi*, Dalloz, 2010.

KISCHEL (U), la méthode en droit comparé l'approche contextuelle, RID comp. 2016, p.923.

NOLLEZ-GOLDBACH (R.), Le style judiciaire métissé de la cour pénale internationale, Droit et société 2015/3, n°91, p.523 et ss.

VINCENZO (M), Obligations et devoirs des magistrats en Italie, LPA 2008, n° 24, p. 6.

WIEDERKERH (G), « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mélanges Roger Perrot, Nouveaux juges, Nouveaux pouvoirs*, 1995, p.584.

SAUVEL (T), Histoire du jugement motivé, *Revue de droit public et de Science politique*, 1955.

MONIQUE (M-B), Une source de droit au moyen âge : les arrêts de la cour du parlement de Paris, in *les sources du droit à l'aune de la pratique judiciaire*, Colloques, Editions Panthéons-Assas, 2018.

HALPERIN (J.L), Les styles judiciaires, des traditions nationales ?, *Droit et société* 2015/3, n° 91.

LOUIS (B), La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation !), in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron - Liber Amicorum*, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 47 et ss.

Interview Pascal CHAUVIN, Contrôle de proportionnalité : « une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », *Gazette du Palais*, 06.12.2016, n°43, p. 10

Entretien avec Bertrand LOUVEL, *La semaine juridique*, Ed. gén. 19 octobre 2015, n°43.

Entretien avec M. Bruno PIREYRE, 21.05.2018, Magazine "Le point"
(www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/en-jugeant-moins-la-cour-de-cassation-jugera-mieux-21-05-2018-2220019_56.php)

BERTRAND (L), « La Cour de cassation face aux défis du XXI ème siècle », *Reflexions sur la réforme de la cour de cassation*, Mars 2015, spéc. p. 3.

Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la cour de cassation, Avril 2017 (téléchargeable sur le site de la cour de cassation).

Rapport du Conseil d'Etat (CE) sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, Avril 2012.

FANNY (M), Comment rédiger une décision de justice au XXIème siècle, Dalloz, 2018, coll. Thèmes et commentaires.

PERDRIAU (A), Visas, chapeaux et dispositifs des arrêts de la cour de cassation en matière civile, JCP 1986, I, n°3257.

PERDRIAU (A), *Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation*, Semaine juridique, n°36, 6.09.1995, doctr. 3866 .

PERDRIAU (A), "l'anonymisation" des jugements civils, *La semaine juridique*, Edit. Gén. n°37 ; 15 septembre 1999, doctr. 163.

FRANCOIS (L), L'anonymisation à la française des décisions de justice, une exception ?, *AJDA*, 2012, p. 526.

EMMANUEL (L.G), *la question de l'anonymisation des décisions de justice* in Rapport annuel de la Cour de cassation 2000.

BRUNO (Q), L'harmonisation des décisions de justice : une ambition légitime ?, in *Reformer la justice civile – seminaire de droit processuel*, Actes du Colloque du 6.02.2018 coordination Cecile Chainais et Xavier Lagarde, La semaine juridique Edit. gén. Supplément au n°13, 26 mars 2018, p. 53-54

HUGUES (B-D), GREGORY VOSS (W.), VINCENT (R), L'impact de la recherche en droit et sa mesure, LPA 2017, n°189-190, p. 11.

ALINE (V-B), *les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur*, LPA, 25.01.2007, n°19, p. 22.

LAURETTE (C), *L'opinion des Français sur la justice*, Infostat justice, Bulletin d'information statistique, Janvier 2014, n° 2015
(http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_infostat125_20140122.pdf .

TOUFFAIT (A) et TUNC (A), Pour une motivation explicite des décisions de justice notamment de celles de la cour de cassation, RTD civil 1974, p.487-508

HERVE (C) Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation », *Liber amicorum offert à Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 194.

PASCALE (D), Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?, Recueil Dalloz 2015, p. 2036.

SYLWIA (C-W), la motivation des décisions de justice : perspective comparatiste, Recueil Dalloz 2014, p. 1838.

GHESTIN (J), L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation, Recueil Dalloz, 2004, p.2239.

Cour de cassation : deux arrêts "tests" pour une motivation enrichie et innovante » *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 16, 18 Avril 2016, 458.

ROUSSEAU (D), *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? "pour" : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes*, Cahiers du conseil constitutionnel n°8, Dossiers : débats sur les opinions dissidentes, juillet 2000.

LOQUIN (E), la validité de l'opinion dissidente en droit français interne et international de l'arbitrage, RTD Com. 2009, p. 543.

DOMINIQUE (L), la structure et la valeur de la décision : approche contemporaine, in *les sources du droit à l'aune de la pratique judiciaire*, Colloques, Editions Panthéons-Assas, 2018, p.158.

LAURIN (Y), le secret du délibéré, *Recueil Dalloz 2007*, p. 856.

PERRIER (J-B), la consécration de la protection constitutionnelle du secret du délibéré, *Revue française de droit constitutionnel*, septembre 2016, n° 107, p. 707.

IBTISSAM (A), THIBAUT (C), GUILLAUME (C), CLEMENT (D), ALINE (M), MARGOT (M), *Constitutions 2016* (janvier-mars), n° 2016-1, p. 75-78.

LACABARATS (A.), les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation, D. 2007, p.889.

BRUNO (P.), LOUIS (B), NICOLAS (M), BERNARD (H), Dossier spécial " Débats autour du projet de réforme de la Cour sur le filtrage des pourvois, *Gazette du palais*, 15 mai 2018.

Thierry le BARS, Menaces sur la cassation à la française : des propositions de réforme consternantes, *Gaz. Pal.* 18.04.2018 n°14 p. 12.

TEXTES NORMATIFS

- Constitution du 5 fructidor an III.
- Constitution du 4 octobre 1958.
- Senatus-Consulte du 28 floréal an XII (1804)
- Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.

- Loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits.
- Ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.
- Code de justice administrative
- Code civil
- Code de procédure civile
- Code de l'organisation judiciaire

DECISIONS DE JURISPRUDENCE

- Cass. civ. 18 juin 1844.
- CE, 17 nov. 1922, Légillon, Rec. 849.
- Cass. crim. 25 janv. 1968, n°66-93.877.
- Cass. Ass.plén. 31 mai 1991, n° 90-20.105.
- Cass. civ. 1ère, 4 février 1992, n°90-15.760.
- Cass. Avis. 9 juillet 1993.
- Cass. civile 3^{ème}, 15 février 1995, n°92-14.163.
- Cass. soc. 15 juin 1995, n°93-20.688, Bull. civ. V, n°199.
- Cass. civ 1^{ère}, 15 octobre 1996, n° 94-21.113, Bull. civ.I, n°354.
- Civ. 2^{ème}, 5 juin 1996, n° 93-11432.
- Cass. civ 3^{ème}, 19 mars 1997, n°95-10.163, Bull. civ. III, n° 65.
- Cass. Avis. 16 novembre 1998, n°09-80.010.
- Cass. civ. 3ème, 24 juin 1998, n° 96-15678.
- Cass. civ 1ère, 2 mars 1999, n° 97-15.958, Bull. civ. I, n° 76.
- Cass. com, 4 juin 2002, n°00-15.790.
- Cass. com, 9 juillet 2002, n°99-12554.
- Cass. mixte, 23 nov. 2004, n° 02-17.507, 03-13.673, 02-11.352 et 01-13.592, *Bull. mix*, n° 4.
- Cass. soc, 10 février 2004, n°01-45.089, Bull. civ. 2004, V, n°43.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, n°01-15804.
- Cass. civ 1^{ère}, 31 mai 2007, n°05-19.978, Bull. civ. I, n°212.
- Cass. com. 10 juillet 2007, n° 06-14768, bull. civ. IV. N°188.
- Paris, 1^{ère} ch. C, 9 oct. 2008, n°07/6619, SAS Merial c/ Sté Klocke Verpackungs R Service GmbH, inédit).
- Cass. soc. 1 décembre 2010, n°10-60.117, Inédit.
- Cass. civ 1^{ère}, 07 juin 2012, n° 11-22490.
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, n°12-26.066, Bull. civ, I, n°234.
- Décision n° 2015-506 QPC du 4 décembre 2015.
- Cass. civ 3^{ème}, 17 décembre 2015, n°14-22.095.
- Cass. civ 1^{ère}, 10 juin 2015, n°14-20.790, inédit.
- Cass. civ 1^{ère}, 28 janvier 2015, n°13-50.059.
- Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2015, n° 13-50.049, Bull. civ I, Janv. 2015, N°23.
- Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218, JurisData n° 2016-005478.
- Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 2016, n° 15-10.552, JurisData n° 2016-006128.
- Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2016, n°15-14.365, Bull. civ. I, n°52.

- Cass. crim. 25 mai 2016, n°15-84.099.
- Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2017, 16-16.427, Inédit.
- Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 2017, n°16-27.216.
- Cass. mixte. 24 février 2017, n°15-20411.
- Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2018, n°17-11.130, Inédit.
- Cass. civ. 2^{ème}, 31 mai 2018, n° 17-18.142.
- Cass. com. 16 mai 2018, 16-28.728, Inédit.

SITE

- <https://www.courdecassation.fr/> - (Cour de cassation)

▪ UNITED KINGDOM

Dictionnaire juridique :

Bryan GARNER, Black's Law Dictionary, 9^{ème} Edition.

Paul FOULQUIE, Dictionnaire de la langue pédagogique, PUF, 1ère édition, 1991.

DOCTRINE

Ouvrages, Traités et Manuels et Thèses :

Gary SLAPPER et David KELLY, *The English Legal System*, 6^{ème} édition, Cavendish, 2003.

Richard WARD, Amanda WRAGG, *English Legal system*, 9^{ème} édition, Oxford Press University, 2005.

Steve WILSON, Helen RUTHERFORD, Tony STOREY, Natalie WORTLEY, *English Legal System*, Oxford University press, 2014.

Ermanno CALZOLAIO, National Judges and Strasbourg case law : comparative Reflections about the Italian Experience, in *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015.

Antoine BULLIER, *La Common Law*, Dalloz, Connaissance du droit, 4^{ème} Edition, 2016.

Albert VON DICEY, *Léçons sur les rapports entre le droit et l'opinion politique en Angleterre au cours du XIXème* (Traduction française , v. Giard et E. Bière).

Géraldine GADBIN-GEORGE, Anne BRUNON-ERNST, Armelle SABATIER, Vincent SUHASINI , Justin BEPLATE, *Glossaire de droit anglais*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014.

Florence RIVIERE, *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2004.

Georges XYNOPOULOS, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la Constitutionnalité et de la légalité en France, en Allemagne et Angleterre*, LGDJ, Thèses, 1995.

Thibault GUILLUY, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution : Recherche sur l'apparition et l'évolution de la constitution britannique*, Thèses dactyl., 2014.

Articles, Revues et Etudes :

Roger WILLIAMS, The Utility of Separate Judicial Opinions in Appellate Courts of Last resort : Why Dissents are valuable , *University Law Review*, 1999.

Mads ANDENAS, Duncan FAIRGRIEVE, Simply a matter of style ? Comparing judicial decisions, *European Business Law* 2014.

Lady ARDEN, Judgment Writing : Are shorter judgments achievable ? (LQD), 2012 (208), p. 515-520.

Lady Brenda HALE, *Judgement writing in the Suprem Court*, First Anniversary Seminar, 30 septembre 2010.

Lord Bingham, The Rule of Law, *QLJ*, p. 67 et suivants.

Lady Hale, « The Suprem Court in the UK Constitution », *Legal Wales* (12 October 2012).

Lord NEUBERGER of Abbotsbury, Master of the Rolls, 'Open Justice Unbound?', *Judicial Studies Board Annual Lecture* 2011.

T.R HICKMAN, The Reasonableness Principle : Reassessing its place in the public sphere, *Cambridge Law Journal (CLJ)*, 2004.

Lord WILBERFORCE, La chambre des Lords, *RIDC*, vol. 30, n°1, Janvier-Mars 1978 in *La cour judiciaire suprême, Enquête comparative*, p. 94-95.

The Supreme Court Annual Report and Accounts, 2016-2017.

The Supreme Court Annual Report and Accounts, 2017-2018.

Robert Reed (Lord Reed), La cour suprême du Royaume-Uni et les droits fondamentaux, *AJDA* 2017, p. 211.

BJORGE (E), La cour suprême du Royaume-Uni, une cour constitutionnelle digne de ce nom, *RFDA* 2017, p. 213.

Vanessa BARBE, Les premiers pas de la Cour suprême britannique (Constitutionnal Reform Act 2005), *Constitutions* 2010, p. 213.

Aurélié DUFFY-MEUNIER, La Cour suprême du Royaume-Uni après le Constitutionnal Reform Act 2005 : une juridiction hors norme, *RIDC*, 2012, n° 3 1^{er} Juillet -Septembre 2012, pp. 681-734.

Aurelie DUFFY-MEUNIER, La réforme de la motivation des décisions du Conseil Constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers : l'exemple du Royaume-Uni, Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel - n°55-56 - page 45.

Aurélié DUFFY, Wanda MASTOR, Regards croisés sur les figures des procès anglo-saxons, in *Les figures du procès au-delà des frontières*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014.

Anne-Françoise DEBRUCHE, « Le juge à travers le temps et l'espace : Tableaux d'une exposition sur le thème des grands systèmes judiciaires », Rev. dr. Int. et comp. 2008.

Elisabeth ZOLLER, La pratique de l'opinion dissidente aux Etats-Unis, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, Paris, 2001.

N. BLONBLED, L'utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat, Revue de droit international et de droit comparé, 2006, Tome LXXXIII, p. 282.

M. NOUNCKELE, Aux frontières de la comparaison, Revue de droit international et de droit comparé, 2012, p. 393 et ss.

Xavier PHILLIPE, Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel, LPA Mai 2009, n°46.

TEXTES NORMATIFS

- Constitutionnal Reform Act 2005
- Human Right Act 1998

DECISIONS DE JURISPRUDENCE

- O'Connell v The Queen (1844) 11 CI & F, 155, HL.
- *London Tramways v. London County Council* [1898] AC 375 (HL).
- *Young v Bristol Aeroplane Co Ltd* [1944] KB 718.
- House of Lords, Praticce statement (Judicial precedent), [1966] 1 W.L.R. 1234.
- *Inland Revenue Commissions v Laird Groupe plc*, [2003] UKHL 54.
- *International Power PLC (appelants) v. Healy and Others (respondents) (Formerly National Power PLC (appellants) v. Feldon and others (respondents)) National Grid company PLC (appellants) v. Mayes and others (respondents)* [2001] UKHL 20.
- *Roberts/Gwyfrai District Council* [1899] 2 Ch. p. 608 [614-615].
- *Attorney-General v Leveiler Magazine Ltd* [1979] AC 440, p. 451.
- *Dr Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Land and Housing* [1999] AC 69.
- *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2004] UKHL 56.
- *A (Respondent) v British Broadcasting Corporation (Appellant) Scotland* [2014] UKSC 25.

- *R (on the application of Kiarie) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)* *R (on the application of Byndloss) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)* [2017] UKSC 42.
- *(On the application of Chester) (Appellant) v Secretary of State for Justice (Respondent)* *McGeoch (AP) (Appellant) v The Lord President of the Council and another (Respondents)* [2013] UKSC 63.
- *Newcastle upon Tyne Hospitals NHS Foundation Trust v Haywood* [2018] UKSC 22.
- *R v Horncastle* [2009] UKSC 14.
- *R (on the application of L) (FC) (Appellant) v Commissioner of Police of the Metropolis* [2009] UKSC 3.
- *R (on the application of Quila and another) (FC) (Respondents) v Secretary of State for the Home Department (Appellant); R (on the application of Bibi and another) (FC) (Respondents) v Secretary of State for the Home Department (Appellant)* [2011] UKSC 45.
- *R (on the application of C) (Appellant) v Secretary of State for Justice (Respondent)* [2016] UKSC 2.
- *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury* [2013] UKSC 38.
- *R v Sally Lane and John Letts (AB and CD) (Appellants)*, [2018] UKSC 36.
- *R (on the application of Bancoult No 3) (Appellant) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (Respondent)*, [2018] UKSC 3.
- *Chaytor and others v The Queen* [2010] UKSC 52.
- *In The matter of C (Children)* [2018] UKSC 8.
- *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5.
- *In the matter of B (a Child) (FC)* [2013] UKSC 33.
- *R v Taylor (Appellant)* [2016] UKSC 5.
- *Woodland (Appellant) v Essex County Council (Respondent)* [2013] UKSC 66.
- *In a Matter of D (a child)* [2016] UKSC 34.
- *British American Tobacco Denmark A/S and others (Respondents) v Kazemier Transport BV (Appellant) ; British American Tobacco Switzerland SA (Respondents) v H Essers Security Logistics BV and another (Appellants)* [2015] UKSC 65.
- *PMS International Group Plc (Respondent) v Magmatic Limited (Appellant)* [2016] UKSC 12.
- *In a Matter of J (a child)* [2015] UKSC 70.
- *In the matter of D (A Child)* [2016] UKSC 34.
- *Secretary of State for the Home Department (Appellant) v Al-Jedda (Respondent)* [2013] UKSC 62
- *Shergill and others (Appellants) v Khaira and others (Respondents)* [2014] UKSC 33.
- *Globalia Business Travel S.A.U. (formerly TravelPlan S.A.U.) of Spain (Respondent) v Fulton Shipping Inc of Panama (Appellant)* [2017] UKSC 43.
- *AR (Appellant) v RN (Respondent) (Scotland)* [2015] UKSC 35.
- *Société Coopérative de Production SeaFrance SA (Respondent) v The Competition and Markets Authority and another (Appellants)* [2015] UKSC 75.
- *VTB Capital PLC Nutritek International Corp and Others* [2013] UKSC 5.

- Zakrzewski (Respondent) v The Regional Court in Lodz, Poland (Appellant) [2013] UKSC 2.
- *McLeod v The Queen* [2017] UKPC 1.
- *R (on the application of F (by his litigation friend F)) and Thompson (FC) (Respondents) v Secretary of State for the Home Department (Appellant)* [2010] UKSC 17.
- NML Capital Limited (Appellant) v Republic of Argentina (Respondent) [2011] UKSC 31.
- Manchester City Council (Respondent) v Pinnock (Appellant) [2010] UKSC 45.
- Principal Reporter (Respondent) v K (Appellant) and others (Scotland) [2010] UKSC 56.
- *Shergill and others (Appellants) v Khaira and others (Respondents)* [2014] UKSC 33.
- Lucasfilm Limited and others (Appellants) v Ainsworth and another (Respondents) [2011] UKSC 39.
- Ravat (Respondent) v Halliburton Manufacturing and Services Ltd (Appellant) (Scotland) [2012] UKSC 1.

SITE

- <https://www.supremecourt.uk/> - (Cour suprême du Royaume – uni)
- <https://www.law.ox.ac.uk/legal-research-and-mooting-skills-programme/law-reports>

▪ **SUISSE**

Dictionnaire juridique :

CHRISTIAN BROVET et ANGELA CARVALHO, *Glossaire juridique*, Schulthess, 2017.

DOCTRINE

Ouvrages, Traités et Manuels :

PIERRE TERCIER et CHRISTIAN ROTEN, *La recherche et la rédaction juridiques*, Schulthess Editions Romandes, 7^{ème} édition, 2016.

YVES DONZALLAZ, *Loi sur le tribunal fédéral - commentaire*, Stämpfli Editions SA Berne, 2008.

BERNARD CORBOZ, ALAIN WURZBURGER, PIERRE FERRARI, JEAN-MAURICE FRESARD, FLORENCE AUBRY GIRARDIN, *Commentaire de la LTF (Loi sur tribunal fédéral)*, Stämpfli Editions, 2009.

FRANCOIS BOHNET, *Droit des professions judiciaires – Avocat. Notaire. Juge*, Collection Neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn, 3^{ème} édition, 2014.

PASCAL PICHONNAZ et BENEDICT FOËX, *Commentaire Romand, code civil Art. 1-359 CC commentaire*, Helbing Lichtenhahn, 2010.

ANDREA BRACONI et BLAISE CARRON, *Code civil suisse et code des obligations annotés*, Helbing Lichtenhahn, 10^{ème}, 2016.

JEAN FRANCOIS DUMOULIN et GABRIEL FROSSARD, *Théorie et pratique du droit - les sources du droit, la documentation juridique et l'informatique documentaire*, Editions Helbing et Lichtenhahn, 1992.

Code civil Suisse, avant-projet du département fédéral de justice et police, Berne, 1900.

ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, l'Etat, Editions Stämpfli, 3^{ème} édition, 2013.

PASCAL MAHON et JEAN FRANCOIS AUBERT, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 Avril 1999*, 2003.

Articles, Revues et Etudes:

GILBERT KOLLY, le tribunal fédéral Suisse, in les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2016, n°52, p.47-55.

JACQUES BÜHLER, le développement de la justice dans l'Etat fédéral Suisse, in *History of the Supreme Courts of Europe and the development of human rights*.

Le tribunal fédéral Suisse, le troisième pouvoir de l'Etat fédéral (Brochure téléchargeable sur le site du tribunal fédéral).

Journal des tribunaux judiciaires et Revue judiciaire, Lausanne : Société du journal des tribunaux et revue judiciaire, 1910, 58^{ème} année.

NICHOLAS QUELOZ, l'image du juge aujourd'hui en Suisse, AJP, 1996, 1-6.

PIERRE ZAPPELLI, le juge et son image (Der Richter und sein Bild), Stämpfli verlag, 2008.

FLORENCE KRAUSKOPF, *la formation initiale des juges*, RDS, p. 209-212.

Rapport de Gestion 2017 du Tribunal fédéral (téléchargeable sur le site du Tribunal fédéral).

ROBERT ZIMMERMAN, Opinion dissidente sur opinion dissidente, in *Mélanges en l'honneur de Claude Rouiller*, Helbing Lichtenhahn, 2016.

NIELS SÖRENSEN, Du seuil inférieur de la motivation des jugements, in *Mélanges Jean Hoffman*

FRANCESCO NAEF, Plaidoyer pour la motivation écrite obligatoire des jugements dans le nouveau code de procédure civile suisse, in Justletter, 2008 (article téléchargeable en ligne sur : <http://csnlaw.com/wp/wp-content/uploads/2010/01/Plaidoyer-pour-la-motivation-écrite-obligatoire-des-jugements-dans-le-nouveau-code-de-procédure-civile-suisse.pdf>)

TEXTES NORMATIFS ET MESSAGES DES AUTORITES FEDERALES

- Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999.
- Code civil suisse du 10 décembre 1907.
- Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005.
- Règlement du Tribunal fédéral (RTF) 2008 (modifié en 2012).
- FF, 28.02.2001, « message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale », p. 4001.
- Avis du CF du 06.10.1997 à la suite de la motion n°97.3368 intitulé « Arrêts du Tribunal fédéral. Opinions dissidentes ».

DECISIONS DE JURISPRUDENCE

- 5P.245/2002 du 25.11.2003
- 2A.118/2003 du 13.07.2004
- 4C.120/2005 du 07.09.2005
- -4P.188/2005, 4P.214/2005 du 23.12.2005
- 5C.163/2005 du 25.09.2005
- 4A_190 du 10.10.2007
- 4A_421/2007 du 28.01.2008
- 4A_587/2008 du 09.03.2009
- 4A_339/2009 du 17.11.2009
- 5A_184/2012 du 06.08.2012
- 4A_155/2013 du 21.10.2013
- 5A_812/2011 du 21.01.2013
- 5A_170/2013, 5A_174/2013 du 03.10.2013
- 4A_193/2014 du 31.10.2014
- 6B_615/2015 du 29.10.2015
- 4A_84/2015 du 18.02.2016
- 5A_547/2016 du 22.08.2016
- 5A_1038/2015 du 07.01.2016
- 5A_268/2016 du 13.04.2016
- 5A_979/2016 du 09.01.2017
- 5A_267/2017 du 14.12.2017
- ATF 106 II 352 ; ATF 137 IV 180
- ATF 141 III 53 ; ATF 136 III 283
- ATF 121 III 219 (225) ; ATF 136 III 283.

- ATF 107 V 214 ; ATF 105 Ib 49 (54).
- ATF 112 Ib 465 ; ATF 123 III 442 (444)
- ATF 134 I 214 (218) ; ATF 137 I 167 (183)
- ATF 114 II 74 ; ATF 125 III 82.
- ATF 101 IV 261 ; ATF 106 II 75.
- ATF 88 II 67 ; ATF 93 II 5.
- ATF 140 II 102 ; ATF 89 III 112.
- ATF123 I 296 ; ATF 105 III 56.
- ATF 120 IV 271 ; 125 III 57.
- ATF 126 III 129 Jdt 2000 I 159.
- ATF 124 III 37 Jdt 1999 II 111.
- ATF 134 I 16 Jdt 2008 I 96.
- ATF 133 III 493 ; ATF 96 I 425.
- ATF 122 V 320 ; ATF 131 V 110.
- ATF 132 III 770 ; ATF 137 III 77.
- ATF 130 III 328 ; ATF 143 III 127
- ATF 129 III 604 ; ATF 140 II 282
- ATF 138 II 346 ; ATF 101 Ia 46
- ATF 93 I 190 ; ATF 122 I 93.

SITE

- **<https://www.ch.ch/fr/> - (Site général / accès à tous les thèmes)**
- **<https://www.bger.ch/fr/index.htm> - (Tribunal fédéral Suisse)**
- **<http://www.parlement.ch/> - (Assemblée fédérale – Parlement Suisse)**
- **<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/conseil-federal.html> - (Conseil fédéral)**
- **<http://www.lexfind.ch/index.php?lang=fr> - (Site d'accès aux législations de la Confédération et de tous les Cantons)**

TABLE DES MATIERES

AVERTISSEMENT	4
REMERCIEMENTS	7
SOMMAIRE	8
RESUME	9
ABREVIATIONS.....	10
OBSERVATIONS GENERALES.....	12
INTRODUCTION	16
A. PRESENTATION DES JURIDICTIONS	18
1. Cour de cassation française.....	18
a. Organisation	18
b. Fonction.....	19
2. Cour Suprême du Royaume-Uni.....	20
a. Organisation	21
b. Fonction.....	22
3. Tribunal fédéral suisse.....	23
a. Organisation	24
b. Fonction.....	24
B. DELIMITATION DU CHAMP DE LA RECHERCHE	26
1. « Style »	26
2. « Décisions de justice »	27
C. PLAN	31
PREMIERE PARTIE : LA CONSTRUCTION « DES STYLES JUDICIAIRES »	32
CHAPITRE 1 : LES ELEMENTS DECISIFS DANS LA CONSTRUCTION DES STYLES JUDICIAIRES.....	32
SECTION 1: Les fondements historiques	32
§1 : En France	32
§2 : Au Royaume-Uni.....	35
§3 : En Suisse	37
SECTION 2 : Le juge.....	39
§1. L'image populaire de la fonction du juge	39
§2. La place du « juge » dans les différents systèmes juridiques.....	42
A. Le système français : un système du juge « serviteur de la loi »	42
B. Le système britannique : un système du « judge made law »	43

C. Le système suisse : le juge, un « législateur subsidiaire ».....	44
SECTION 3 : Formation des juges et accession à la fonction de juge.....	45
§1. La formation des juges	45
A. Dans le système français.....	45
B. Dans le système britannique.....	47
C. Dans le système suisse	48
§2. L'accèsion aux fonctions de juges.....	49
A. La nomination	49
B. L'élection	50
CHAPITRE 2 : L'ELABORATION DES DECISIONS DE JUSTICE.....	51
SECTION 1 : La formation de jugement.....	51
§1. La composition des formations de jugement.....	52
A. A la Cour de cassation française.....	52
1. Devant l'une des chambres de la Cour de cassation	53
2. Le renvoi en chambre mixte.....	53
3. L'Assemblée plénière	53
B. A la Cour suprême du Royaume-Uni.....	54
C. Devant le Tribunal fédéral Suisse	55
1. La procédure simplifiée	55
2. La procédure ordinaire	56
3. En cas de « changement de jurisprudence et de précédents »	56
§2. L'Audience	58
A. Dans les systèmes français et britannique.....	58
1. La publicité	58
2. Le huis-clos	59
B. Le système suisse : un cas spécifique.....	59
SECTION 2 : Le délibéré	60
§1. Les participants au délibéré.....	60
§2. Les caractères du délibéré.....	60
A. La publicité au Royaume-Uni et en Suisse	61
1. Le cas de la Cour suprême du Royaume-Uni : l'opinion des juges.....	61
2. Le cas du Tribunal fédéral Suisse : la délibération orale et publique.....	63
B. Le secret du délibéré : une exception française.....	65
SECONDE PARTIE : LA COMPOSITION DES « STYLES JUDICIAIRES ».....	69

CHAPITRE 1 : LA STRUCTURE DES DECISIONS DE JUSTICE.....	69
SECTION 1 : L'en-tête	69
§1 : Dans le style de la Cour de cassation française.....	69
§2 : Dans le style de la Cour suprême du Royaume-Uni	70
§3 : Dans le style du Tribunal fédéral Suisse	71
SECTION 2 : Le corps de la décision.....	72
§1 : Le visa dans le style français.....	72
§2: La subdivision de la décision en Suisse et au Royaume-Uni	73
§3 : Les faits	75
A. Emplacement des faits	75
1. Annonce expresse des faits	75
2. Apparence des faits	76
B. Exposé des faits	77
1. Concision des faits	77
2. Exposé détaillé des faits	77
§4 : Le rappel de la procédure.....	79
A. Le style français.....	80
B. Le style britannique.....	80
C. Le style suisse	81
§5 : Aperçu du raisonnement des juridictions	82
A. Le cas français et suisse.....	82
B. Le style « exceptionnel » de la Cour suprême du Royaume-Uni	83
SECTION 3 : La fin de la décision	84
§1 : Le dispositif.....	84
A. définition	84
B. Enoncé et contenu du dispositif.....	84
1. Le dispositif en France et en Suisse	84
2. « L'exception » britannique.....	87
§2 : La signature de la décision	88
CHAPITRE 2 : LA TECHNIQUE REDACTIONNELLE DES DECISIONS.....	89
SECTION 1 : LES METHODES DES JUGES.....	89
§1 : La phrase unique : fondement de « la logique » du raisonnement en France.....	89
A. le syllogisme français.....	90
B. Les méthodes d'interprétation.....	91

C. L'apparition des données juridiques	92
1. jurisprudence.....	92
2. la doctrine.....	93
a. La doctrine de la cour de cassation	94
b. La doctrine universitaire.....	94
§2 : La « liberté » de style au Royaume-Uni.....	95
A. Un juge pédagogue	95
B. Les méthodes d'interprétation et de raisonnement judiciaire	97
C. La doctrine du précédent	98
§3 : La particularité du système suisse.....	99
A. Le syllogisme-suisse	99
B. les références à la doctrine et aux décisions antérieures dans la décision	101
C. les méthodes d'interprétation	104
§4 : Le contrôle de proportionnalité	106
A. Devant la Cour de cassation française	106
1. Définition.....	106
2. Application du contrôle de proportionnalité	107
B. Devant la Cour suprême du royaume Uni.....	108
1. L'entrée en matière du principe.....	108
2. Application actuelle du principe de proportionnalité	109
C. Devant le Tribunal fédéral Suisse	111
SECTION 2 : LE « LOGOS » JUDICIAIRE.....	113
§1 : Expression du discours judiciaire.....	113
A. Brièveté des décisions de la Cour de cassation française.....	113
B. Personnalisation dans le style britannique	115
C. le style impersonnel du Tribunal fédéral suisse.....	115
§2 : Le vocabulaire juridictionnel	116
A. La terminologie juridique	116
1. Dans le style français.....	116
2. Dans le style britannique	116
3. Dans le style Suisse.....	117
B. La syntaxe	118
1. Dans le style français	118
2. Dans le style britannique.....	120

3. Le style suisse	121
§3 : La motivation	123
A. La motivation de la Cour de cassation française.....	124
B. La motivation de la Cour suprême du Royaume uni	126
C. La motivation du Tribunal fédéral Suisse	127
CONCLUSION	130
ANNEXES.....	132
BIBLIOGRAPHIE.....	135
TABLE DES MATIERES	148