

L'INFÉRIORITÉ TECHNIQUE DE LA NORME JURISPRUDENTIELLE

Par

Jacques HÉRON
Professeur à l'Université de Caen (France)
Doyen de la Faculté de droit et des sciences politiques

1. Chacun connaît les trésors d'argumentation qu'a développés le philosophe Zénon d'Élée pour nier le mouvement, comment par exemple il était impossible qu'Achille aux pieds légers puisse rattraper une tortue située quelques mètres devant lui. Toute révérence gardée, je trouve qu'il existe quelque ressemblance entre ce philosophe et les juristes qui nient que la jurisprudence soit une source du droit.

Pour réfuter le raisonnement de Zénon d'Élée, il suffisait de marcher. De la même façon, M. Philippe Jestaz a justement écrit (1), à propos de la jurisprudence comme source de droit : "A peine a-t-on formulé cette horrible question qu'on se hâte de répondre par la négative. Pourtant les mêmes professeurs qui viennent de clore ainsi le débat se rendent dans leur amphithéâtre où ils enseignent la jurisprudence à leurs étudiants." Et M. Jestaz ajoute perfidement qu'ils l'enseignent "comme droit, non comme tendance sociologique...".

L'enseignant de droit international privé que je suis ne peut rien objecter à ce qu'écrit M. Jestaz : ma discipline est presque entièrement fondée sur des arrêts de la Cour de cassation, dont les noms évoquent des parties venant du monde entier, comme le fait aussi ce congrès, Monsieur le Professeur El Hatimi.

En réalité, ce qui me fait réfléchir, ce n'est pas la question de savoir si la jurisprudence est une source du droit. Pour moi, il n'y a aucun doute, c'est une affaire réglée. Par contre, l'existence de la discussion et sa permanence donnent à réfléchir. Comment peut-on enseigner la jurisprudence et en même temps douter de son existence ?

2. C'est en réfléchissant à cette question que m'est venue l'idée de cette communication. Quand j'examine les arguments que l'on oppose à la jurisprudence comme source de droit, je constate qu'ils consistent tous à souligner les différences qui existent entre la loi, au sens large, et la jurisprudence. Par exemple, la loi a une valeur obligatoire, alors que le précédent jurisprudentiel n'en a pas, en France au moins.

(1) Ph. Jestaz, "La jurisprudence : réflexions sur un malentendu", D. 1987 chr. 11.

J'ai l'impression que la discussion est faussée, parce que l'on confond deux questions distinctes, celle de savoir si la jurisprudence est une source du droit et celle de savoir si l'on peut poser l'équation : jurisprudence égale loi. Je crois que l'on peut sans hésitation répondre oui à la première et répondre non à la seconde : oui, il existe des normes jurisprudentielles ; non, les normes jurisprudentielles ne sont pas identiques aux normes d'origine législative.

C'est sur ce point que je voudrais réfléchir avec vous.

3. Pour cela, il faut prendre quelques précautions. La première consiste à insister sur l'adjectif qui figure dans le titre de cette communication. Je ne veux pas aborder l'infériorité dont me semble atteinte la norme jurisprudentielle en termes de légitimité. J'ai encore moins l'intention de m'attaquer aux magistrats pour dire que leur compétence juridique est inférieure à celle du législateur. Quelle est ma propre compétence pour répondre à cette question ? Ce qui m'intéresse, c'est l'infériorité technique de la norme jurisprudentielle, infériorité qui se manifeste notamment dans la fixation de son contenu et dans les modalités de son édicition.

On m'objectera peut être que le contenu de la norme jurisprudentielle n'est pas fixé partout de la même manière et que les modalités de son édicition peuvent varier d'un endroit à l'autre. C'est exact, et cela me conduit à une seconde précaution. L'infériorité technique de la jurisprudence ne concerne pas toute norme édictée par un juge. La jurisprudence dont je parle est la jurisprudence telle qu'elle existe en droit français actuel.

Cette infériorité ne s'attache pas aux arrêts de règlement qu'a connus notre Ancien droit (2). Qu'un texte composé de trente ou quarante articles soit publié au *Journal officiel* ou qu'il soit imprimé par le Parlement de Paris ou de Rouen, sa valeur technique est la même. Peut-être doit-on se poser la question de savoir s'il appartient à un juge d'édiciter un règlement de trente articles ; mais, encore une fois, ce n'est pas mon sujet. Entre l'arrêt de règlement du Parlement de Rouen et l'arrêt actuel de la Cour de cassation, il existe des situations intermédiaires, auxquelles ne s'applique sans doute qu'une partie de ce que j'étudierai avec vous.

Ces précautions étant prises, abordons successivement la fixation du contenu de la norme jurisprudentielle (I) et les modalités de son édicition (II).

I - LA FIXATION DU CONTENU DE LA NORME JURISPRUDENTIELLE

4. C'est un point bien connu que le manque de recul dont dispose le juge par rapport au législateur. Il est bien certain que le juge est plus soumis au risque de poser une solution générale en raison d'une situation particulière. Peu importe l'importance statistique de ce risque, dès lors que le risque existe aussi pour le législateur. Or tous les juristes de langue française savent ce qu'est l'effet macédonien, qu'a si bien décrit M. le doyen Carbonnier (3). Un suicide a pu être à l'origine d'un sénatus-consulte. On cite aussi l'exemple de la loi du jardinier : le droit français de la filiation fut modifié à cause d'un jardinier au service du chef de l'État (4).

Si le manque de recul n'est pas un élément décisif, par contre, dans le même ordre d'idée, il en existe un autre qui mérite que l'on s'y arrête. Même lorsqu'il pense au cas d'un jardinier, le législateur pose presque toujours une norme qui est une règle

(2) G. Deteix, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris*, Paris, 1930. Sur un éventuel retour des arrêts de règlement dans le droit positif français actuel, v. H. Sinay, "La résurgence des arrêts de règlement", D. 1958, chr. 85, B. Beiguiet, "Les arrêts de règlement", *Droits* n° 9, p. 45.

(3) J. Carbonnier, *Flexible droit*, 6ème éd., Paris, 1988.

(4) Loi du 14 septembre 1941 (annulée par l'ordonnance du 3 mai 1945).

et qui n'est qu'une règle. Il n'en va pas de même du juge français. Par définition, le juge rend des jugements, c'est-à-dire des décisions, et c'est dans les décisions du juge qu'il faut chercher les règles jurisprudentielles. Ainsi que l'a déjà indiqué mon collègue Alain Hervieu dans un excellent article paru à la *Revue de la recherche juridique* (5), la règle jurisprudentielle est une règle posée en tant que telle à l'intérieur d'une décision.

Nous y sommes tellement habitués que nous n'y faisons plus attention. Pourtant, à bien y réfléchir, quel paradoxe que la règle jurisprudentielle doive être cherchée dans une décision ! D'autant que, dans cette réunion surprenante des deux sortes fondamentales et irréductibles de normes qui composent l'agencement juridique, c'est la décision qui est l'élément central : la règle est énoncée à l'occasion d'une décision et non l'inverse.

5. Pour mieux faire ressortir notre propos, simplifions un peu les situations qui peuvent se rencontrer, en allant d'un extrême à l'autre. Chaque fois que le juge applique un texte clair et suffisamment précis, auquel correspondent sans aucun doute possible les faits de l'espèce, son jugement ne crée pas de règle ; on n'y trouve qu'une décision reposant sur une règle légale.

Ce n'est que dans le cas inverse, lorsque le texte de loi est obscur, ambigu ou insuffisant, que le juge crée véritablement une règle. Mais cette règle n'est pas indépendante par rapport à la décision rendue, elle n'a été créée qu'à cause de la décision et constitue le soutien de cette décision, de sorte que la compréhension de la norme jurisprudentielle suppose toujours que l'on remonte de la décision à la règle. C'est au demeurant ce que font tous les juristes qui analysent la jurisprudence : saisie de tels et tels faits, la Cour de cassation a rendu telle décision, à l'occasion de laquelle elle a posé telle règle.

En cela, la norme jurisprudentielle s'oppose complètement à la norme légale : même quand la loi a été édictée à cause du suicide d'un fils de famille ou de la situation d'un jardinier, le législateur pose une règle indépendante du cas qui l'a suscitée et il ne fait que cela. Quels que puissent être ses défauts de conception ou de rédaction, la règle est là, pour elle-même, si je peux dire.

Dans le jugement, les choses sont différentes. C'est la décision qui est là pour elle-même : ce qui compte, ce sont les faits concrets qui l'ont suscitée et la solution qui a été donnée au litige. La règle posée par le juge ne fait que relier les faits à la solution. Elle n'est pas l'élément central et nécessaire de la décision. De là proviennent une bonne part des incertitudes que l'on reproche à juste titre à la norme jurisprudentielle. Je voudrais illustrer cela par quelques exemples tirés du droit français.

6. En premier lieu, le juge peut se contenter d'une motivation qui soit faible. On trouve, je crois, deux modalités principales de faible motivation. L'une d'elles se rencontre fréquemment en droit judiciaire privé. Dans l'attendu de principe, la Cour de cassation se contente de reproduire littéralement le texte appliqué, puis elle donne la solution du problème, dans une situation où de toute évidence, la règle légale, prise à la lettre, ne suffit pas à donner la solution. Il faut donc que la Cour interprète ou complète la règle légale, et la Cour le fait, mais sans énoncer en tant que tel le morceau de règle qu'elle ajoute ; elle se contente de l'appliquer. Au commentateur de reconstituer l'apport de l'arrêt qu'il étudie.

En matière de responsabilité civile, on trouve fréquemment des arrêts dans lesquels ne figure aucune motivation juridique. La Cour de cassation relate les faits

(5) A. Hervieu, "Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle", R.R.J. 1989.257.

de l'espèce et la solution donnée par les juges du fond, et elle ajoute que la décision est légalement justifiée. Pourquoi ? Comment ? On ne le sait pas. Là encore, c'est à l'interprète que revient le soin de dégager la règle qu'a dû appliquer le juge.

La raison est toujours que la mission essentielle du juge est de trancher le litige concret qui lui est soumis. C'est cela qui explique que, même quand il est contraint de poser une règle pour combler une insuffisance du droit écrit, il peut s'abstenir totalement de l'énoncer. Que se passe-t-il, à l'inverse, lorsqu'une autorité qui n'est pas chargée de trancher un litige doit interpréter une norme ? Pensez au rescrit, au référé législatif ou à la réponse ministérielle. Dans tous les cas, ce "législateur" ne peut pas faire autrement que d'énoncer une disposition abstraite et hypothétique.

7. La place non essentielle qu'occupe la règle dans le jugement peut même conduire à ce qu'il ne soit pas possible de dégager une règle, une règle unique, dans une matière donnée. On m'objectera peut-être qu'il existe aussi des textes législatifs qui sont contradictoires, ou peu compréhensibles. Cela est vrai, mais vous remarquerez que les contradictions qui peuvent apparaître dans les textes législatifs sont considérées, par principe, comme susceptibles d'être surmontées et que, par voie de conséquence, elles sont niées.

Il n'en va pas de même en jurisprudence. C'est cela qui permet à M. Delville, l'auteur d'une thèse récente, aussi remarquable qu'abstraite, d'affirmer que le corps des règles légales forme un ensemble univoque (6). A l'opposé, M. Delville montre que l'activité jurisprudentielle donne naissance à des ensembles non univoques de règles, que l'auteur appelle, selon les termes de la logique formelle, des ensembles quelconques, parce qu'ils comportent des contradictions.

L'une de ces contradictions est bien connue : ce sont les divergences qui peuvent exister entre les différentes chambres de la Cour de cassation, par exemple en matière de chaîne de contrats. Mais il peut y avoir pire, si j'ose dire. Il arrive que l'on trouve à l'intérieur de la même chambre de la Cour de cassation des séries concomitantes d'arrêts qui ne s'accordent pas entre eux. C'est le cas aujourd'hui en droit international privé, à propos du statut de la loi étrangère. J'ai l'impression qu'il existe deux règles ayant le même objet, que la Cour de cassation utilise tour à tour, sans que l'on sache pourquoi elle utilise tantôt l'une et tantôt l'autre (7). Il est vrai qu'une telle situation est rare, mais ce qui m'intéresse, c'est qu'elle soit possible. La raison en est toujours la même : le juge rend des jugements, avec cette conséquence que la règle qu'il y énonce n'est pas indépendante de la décision, de sorte que d'une décision à l'autre, la règle peut changer.

8. Une contre-épreuve permet de conforter l'idée que je viens de vous exprimer. Quelle est en droit français la meilleure règle jurisprudentielle, celle de l'existence de laquelle on ne peut pas douter, et dont le contenu apparaît le plus nettement ? C'est la règle qui est la plus indépendante de la décision qui la contient. On trouve une telle décision lorsque la Cour de cassation ou le Conseil d'État, le plus souvent, se saisissent d'une affaire et s'en servent comme d'un prétexte pour énoncer une nouvelle règle.

(6) J.-P. Delville, *Introduction à la théorie formelle du droit*, Thèse mult., Rennes, 1992.

(7) V. la table ronde du 23 novembre 1990 sur le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988, *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1990-1991, Paris, 1992. *Adde*, H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. 1, 8ème éd., Paris, 1993, n° 331 et s. Un récent arrêt de la Cour de cassation conduit à poser la même question à propos de l'applicabilité d'office de la règle de conflit : *Civ. 1ère*, 18 nov. 1992, *Revue* 1993.276, note B. Ancel.

D'où vient la supériorité technique de cette règle par rapport aux autres normes que pose le juge ? La réponse est facile à donner. Elle vient de ce que la règle n'est pas vraiment le soutien de la décision rendue et qu'elle acquiert ainsi une plus grande autonomie par rapport à celle-ci. En d'autres termes, en posant un *ob iter dictum*, le juge se place dans une position très proche de celle du législateur. Sa norme en devient meilleure.

Dans cette hypothèse, la fixation du contenu de la norme jurisprudentielle est comparable à celle de la norme légale et l'infériorité disparaît. Peut-il en aller de même pour ce qui est des modalités d'édition de la norme ?

II - LES MODALITÉS D'ÉDITION DE LA NORME JURISPRUDENTIELLE

9. Plus encore que la fixation de son contenu, les modalités d'édition de la norme jurisprudentielle révèlent son infériorité par rapport à la norme légale.

La mise en place de la norme légale s'ordonne autour de deux éléments essentiels. Le premier est la publicité dont elle fait l'objet ; en France, les textes les plus importants sont publiés au *Journal officiel*, et cette publication est nécessaire pour que leur soit reconnu un caractère normatif. Le second élément est énoncé par l'article 2 du Code civil : "La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif." Certes, la rétroactivité existe, mais c'est une anomalie, et j'ai essayé de montrer dans un article en 1985 (cela n'est pas sans rapport avec notre sujet) que la rétroactivité a pour effet de transformer la règle en décision dans la mesure de la rétroactivité (8).

Si on laisse de côté cette anomalie, on constate donc qu'une norme légale est susceptible d'être connue avant d'être appliquée et aussi que l'on sait qu'elle continuera d'être appliquée jusqu'à ce que le législateur en "affiche" une nouvelle. Au regard de ces deux éléments, la norme jurisprudentielle se révèle inférieure à son homologue légale.

10. D'abord, la validité de la norme jurisprudentielle n'est pas subordonnée à une publicité comparable à celle de la loi. Je suis désolé de me répéter, mais la raison est toujours la même : le jugement est une décision qui tranche un litige soumis au juge. La publicité prévue par les textes est celle qui convient à une décision de justice : il faut et il suffit, pour sa pleine efficacité juridique, qu'elle soit prononcée et qu'elle soit notifiée aux parties. Bien évidemment, une telle publicité est insuffisante pour la règle que peut porter la décision de justice. De là vient que l'on cherche divers remèdes à cette insuffisance : la publication au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, mieux, la publication annotée dans une revue largement répandue dans les professions juridiques.

Ces publications poursuivent un double but : elles visent d'abord à faire connaître le contenu même de la décision, pour que chacun puisse y lire la règle énoncée. Mais elles visent aussi à opérer une sélection entre les décisions, à faire ressortir les plus importantes, celles qui font jurisprudence. Il reste que tout cela est plus empirique que rigoureux et qu'il est difficile de choisir parmi les arrêts rendus, et plus encore d'indiquer les critères qui font la norme jurisprudentielle. On peut faire appel au nombre de décisions identiques, à l'absence de résistance des juges inférieurs ou à la reconnaissance par la communauté juridique. Mais on sait aussi qu'aucun de ces critères n'est nécessaire, ni parfois suffisant (9).

(8) J. Héron, "Étude structurale de l'application de la loi dans le temps", *Rev. trim. dr. civ.* 1985.277.

(9) F. Zénati, *La jurisprudence*, Paris, 1991, p. 164.

11. Si l'on voulait être tout à fait rationnel, le seul moyen serait de tout publier ou au moins de publier l'intégralité des arrêts rendus par la Cour de cassation. L'idée est loin d'être absurde, comme en témoigne le développement encore assez lent mais continu des banques de données juridiques.

Une telle publication n'est cependant pas sans inconvénients. On se plaint, non sans raisons, de l'inflation législative. Qu'en serait-il si l'on devait publier tous les arrêts de la Cour de cassation ? Et quel en serait le profit ? Combien la Cour rend-elle d'arrêts qui n'apportent rien ou n'apportent que peu de choses à l'ordonnement juridique ? Une publication de tous les arrêts risquerait aussi de faire davantage ressortir les contradictions, petites ou grandes, qui marquent l'activité de toute juridiction, de sorte que parfois elle rendrait plus difficile encore la découverte de la norme jurisprudentielle.

Et puis, pourquoi limiter la publication aux seules décisions de la Cour de cassation ? Il n'existe aucune raison décisive d'en exclure celles des juges du fond, dont l'activité produit elle aussi de la jurisprudence. Mais alors, on ne pourrait même plus parler d'inflation. Ce serait une inondation qui submergerait tous les juristes (10).

12. Ajoutons, ce sera la transition vers le point suivant, que non seulement la norme légale fait l'objet d'une publicité plus adéquate, mais encore que cette publicité est antérieure à sa première application. Il n'en va pas de même pour la norme jurisprudentielle. Sauf quelques très rares exceptions, elle est appliquée en même temps qu'elle est énoncée : ce qui est publié, c'est sa première application et non pas seulement son édicton.

Ainsi, dès sa création, la norme jurisprudentielle est appliquée à des faits antérieurs, donc de façon rétroactive. Cette rétroactivité de la norme jurisprudentielle est aujourd'hui bien connue. En France, d'importants travaux l'ont soulignée à la suite de M. Rivéro (11). Et cette rétroactivité ne constitue pas un élément mineur de l'infériorité de la norme jurisprudentielle. D'abord, à la différence de ce qui a lieu pour la norme légale, elle se rencontre presque toujours : pour la norme jurisprudentielle, elle n'est pas une anomalie, elle est la solution de principe.

D'autre part, même lorsque le législateur retient la solution anormale de la rétroactivité, il peut lui donner l'importance et les limites de son choix, il peut la moduler comme il le veut. Par exemple, la loi nouvelle s'appliquera aux accidents survenus dans les trois ans qui précèdent sa publication. A l'opposé, la rétroactivité jurisprudentielle, parce qu'elle est liée aux litiges qui sont soumis au juge, est une rétroactivité désordonnée. Une fois qu'il a opéré le revirement de jurisprudence, le juge est bien obligé d'appliquer la règle nouvelle à tous les procès qui lui sont soumis, quelle que soit la date des faits litigieux.

13. Quand on combine la rétroactivité de la norme jurisprudentielle avec son absence d'édiction et de publication préalable, on fait ressortir toute l'insécurité de la norme jurisprudentielle.

De nouveau, une contre-épreuve permet de conforter l'idée que je viens d'exprimer. La Cour de cassation et plus encore le Conseil d'État utilisent quelques remèdes empiriques pour essayer de limiter la rétroactivité de la norme jurisprudentielle. Le moyen le plus couramment utilisé consiste à opérer un

(10) Cf. la note si clairvoyante de M. le Doyen G. Cornu, qui conclut son étude de la jurisprudence (*Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, 6ème éd., Paris, 1993, p. 154).

(11) J. Rivéro, "Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle", *AJDA* 1968.16.

revirement de jurisprudence "à blanc", c'est-à-dire dans un cas où ce revirement ne change rien.

Tous les juristes français reconnaissent l'importance de ces arrêts : à coup sûr, ils font jurisprudence. D'où vient donc qu'ils ressortent de la masse des autres arrêts ? La raison est toujours la même : ils se rapprochent davantage du modèle de la norme légale. La règle énoncée n'y est pas le soutien de la décision concrète du juge ; elle est énoncée pour elle-même, comme dans un texte de loi. En d'autres termes, la norme jurisprudentielle est d'autant meilleure que le juge sort du rôle qui lui est attribué.

14. Ainsi constate-t-on que, tant pour ce qui est de la fixation de son contenu que de ses modalités d'édiction, la norme jurisprudentielle, en droit français au moins, se révèle techniquement inférieure à la norme légale. Pour ce qui est de la fixation de son contenu, l'infériorité peut être contenue ; pour ce qui est de son édicton, elle paraît inévitable, sauf à revenir d'une façon ou d'une autre aux arrêts de règlement. Mais alors, il faut se demander si l'arrêt de règlement, traditionnel ou rénové, appartient encore à la jurisprudence. C'est là une nouvelle question, qu'il ne convient certainement pas que j'aborde aujourd'hui.