

LE PROCESSUS DE TRANSFORMATION DE DÉCISIONS DE JUSTICE EN NORMES JURIDIQUES

Par

Jean-Louis BERGEL

Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille (France)

En donnant pour thème à ce congrès "Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique", ses organisateurs n'étaient pas sans arrière-pensée.

Il y a dans cet intitulé des singuliers significatifs !!

Il s'agit d'une étude méthodologique de la jurisprudence, au-delà des spécificités des divers ordres juridiques, destinée à établir une sorte de symbiose des sources du droit, par une approche globale du système juridique, en tant que tel.

Il est classique de se demander si la jurisprudence est une source du droit et si les juges créent du droit.

Cela préoccupe bien des juristes ("les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges", Travaux de l'Association Capitant, tome 31, 1980), car ces questions sont fondamentales pour l'étude des processus de formation du droit.

D'éminents auteurs soutiennent que la jurisprudence n'est pas une véritable source du droit, comparable à la loi ou même à la coutume, mais une simple "autorité" en droit (Carbonnier, Droit Civil, Introduction, n° 144). D'autres y voient, au contraire, une véritable source du droit.

Alors, de quel droit y aurait-il un droit des juges ? Le droit est-il produit par le juge ? Ou le juge est-il asservi au droit ? Le droit ne doit-il pas juger les juges qui se permettent de créer du droit ? Le juge a-t-il réellement le droit de créer le droit ?

Par quelle étrange alchimie, la solution ponctuelle donnée par le juge à des cas particuliers devient-elle une règle de droit ? Par le fait du droit ? Mais comment ?

C'est l'objet de la réflexion méthodologique plus originale, qui nous réunit ici.

L'étude méthodologique de la jurisprudence repose sur une problématique particulière : Quel est le processus de la transformation de simples décisions de justice en de véritables normes juridiques ?

Il y a là, en réalité, deux questions bien différentes dont le traitement varie suivant les systèmes juridiques : le processus de la production jurisprudentielle et l'utilisation de la jurisprudence dans la méthode de création, d'évolution et d'application du droit.

Ces questions ont suscité des réponses différentes dans les systèmes de type romano-germanique et dans les systèmes de type anglo-saxon.

Dans les systèmes legalistes, seul le législateur a le pouvoir de légiférer, autrement dit d'édicter des règles générales, permanentes et abstraites, parce qu'il est l'expression de la volonté nationale.

Le rôle du juge se limite alors à appliquer à tous les règles édictées par le pouvoir législatif. Cela témoigne d'une méfiance à l'égard des juges : "préservez-nous de l'équité des parlements", disait-on sous l'Ancien Régime. La révolution a ainsi voulu prohiber les "arrêts de règlement". Le juge ne doit pas statuer en équité, mais seulement en droit.

Dans les systèmes anglo-saxons, il en est autrement.

En droit anglais, les libertés ont été conquises par le juge... et non par la loi. Le droit s'est formé au gré des solutions prétorienne ponctuelles que le juge doit maintenir au nom de la force obligatoire du "précédent".

Cette souveraineté du juge se retrouve en droit américain, même s'il y existe des textes et, avant tout, un "Bill of rights".

Une analyse sociologique de la jurisprudence dans les divers pays montrerait que la nature et le rôle de la jurisprudence dépendent de la place du juge dans la société.

Mais la place du juge dépend elle-même de divers facteurs.

Elle tient d'abord à son degré d'indépendance qui lui permet ou lui interdit d'imposer sa solution, sans se laisser domestiquer par les pouvoirs politiques.

A cet égard, elle résulte notamment des modes de recrutement du juge. Son autorité n'est pas la même selon qu'il est nommé par le pouvoir exécutif, comme dans le système français, même s'il y est initialement recruté sur concours, ou s'il est élu parmi des candidats dotés d'une compétence établie, comme aux États-Unis ou, en France, dans certaines juridictions d'exception (Tribunal de commerce, Conseil des prud'hommes...), ou encore s'il est choisi parmi des juristes chevronnés, selon leur qualité et leur autorité, comme en Angleterre.

Le prestige du juge dépend aussi, à certains égards, de son rang social, et notamment de sa rémunération.

Ainsi, l'autorité et le pouvoir créateur du juge français ne sont pas comparables à ceux du juge anglais....

D'un point de vue strictement juridique, l'autorité de la jurisprudence est tributaire de sa force obligatoire qui dépend elle-même de l'absence ou de l'insuffisance de la loi.

L'analyse interdisciplinaire de la jurisprudence, dans un pays comme la France, le montre bien.

La jurisprudence judiciaire s'y est développée sous l'autorité de la loi et y est restée largement inféodée.

La jurisprudence administrative, qui s'est au contraire délibérément affranchie du droit privé, s'est forgée de manière autonome, au point d'être, sans conteste, une véritable source de droit.

Mais, quel que soit le système considéré, les solutions jurisprudentielles finissent par s'imposer, au-delà des seules parties au procès, à l'ensemble de la communauté juridique et à tous les citoyens.

L'itinéraire qui conduit d'une simple solution ponctuelle à une véritable norme juridique démontre que la norme jurisprudentielle procède à la fois d'un phénomène de généralisation et d'un phénomène de sédimentation.

Ce processus de généralisation (I) et de sédimentation (II) de la jurisprudence est trop souvent méconnu.

I - LE PROCESSUS DE GÉNÉRALISATION

Dans les systèmes de droit écrit, les modes classiques de réalisation du droit, extraits des mécanismes d'application de la loi, résident dans le constant passage du général au particulier, de la règle générale et abstraite à la situation particulière et concrète à laquelle il faut l'appliquer.

L'émergence de la jurisprudence procède d'un mouvement inverse. Quand elles se transforment en normes juridiques, les solutions particulières données par les cours et les tribunaux s'assimilent à des règles générales.

Bref, l'avènement de la jurisprudence, contrairement à l'application de la loi, procède d'un passage progressif du particulier au général.

A - CONDITIONS DE LA GÉNÉRALISATION DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

La fonction essentielle du juge est de trancher les litiges qui lui sont soumis. Selon l'article 12 du nouveau Code de procédure civile français, il doit le faire "conformément aux règles de droit qui sont applicables" au litige. On observe que ce texte ne vise pas "les lois applicables", mais, plus généralement les "règles de droit". Cela pose la question de savoir si le juge peut créer lui-même la règle dont il fera l'application (Ghestin et Goubeaux, "Droit Civil, Introduction Générale" N° 421). Mais cela suscite des réponses variables.

Les pouvoirs conférés au juge par la Constitution ou la loi s'opposent, en principe, à toute force obligatoire et toute généralisation de la jurisprudence. La séparation des pouvoirs a pour corollaire d'interdire aux juges les "arrêts de règlement" que pratiquaient, en France, les Parlements de l'Ancien Régime.

L'article 5 du Code civil français dispose : "il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises". Ainsi, un tribunal qui énonce pour tout motif qu'il statue "conformément à sa jurisprudence" est illégal (Crim. 24 juillet 1967, J.C.P. 1968, II, 15339). Même les arrêts solennels de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation sont des jugements à autorité relative et n'ont qu'un prestige de fait (Carbonnier, op. cit., n° 144).

Mais le juge tend à s'approprier des prérogatives régulatrices, même quand le système juridique ne les lui reconnaît pas. "Le gouvernement des juges", souvent dénoncé, est une réalité : selon le cas, il crée, suscite, complète ou érode les normes du droit positif.

Dans le système juridique français, le juge n'a le pouvoir, pour éviter le déni de justice (article 4 du Code civil), que d'interpréter la loi, de combler ses lacunes et de corriger ses insuffisances.

L'interprétation par le juge des règles écrites (Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Louisianaises, tome 29, 1978) fait incontestablement partie de "la fonction de juger" (Revue "Droits" 9, 1989). Mais sa portée ne se limite-t-elle pas à la solution des litiges à l'occasion desquels elle intervient ? ou est-elle inéluctablement extrapolée à tous les cas relevant du texte interprété ? Dans certains pays, même de droit écrit, le juge a reçu une sorte de pouvoir para législatif. Le célèbre

article 1er du Code civil suisse dispose "A défaut d'une disposition légale applicable... et à défaut d'une coutume", "le juge prononce 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".

On constate cependant que certaines solutions jurisprudentielles restent isolées, alors que d'autres se généralisent. C'est, à vrai dire, que "tous les précédents n'ont pas la même valeur" (Carbonnier, op. cit., n° 144).

La généralisation de la jurisprudence suppose en effet certaines conditions.

L'autorité maximale s'attache aux décisions émanant des juridictions supérieures (c'est le cas, en France, des arrêts de l'assemblée plénière, jadis des chambres réunies, de la Cour de cassation et du Conseil d'État, en assemblée). Dans d'autres pays, c'est le cas des décisions de la Cour suprême.

On distingue aussi des "arrêts d'espèces" et des "arrêts de principe". L'article L. 131-2 al. 2 du Code de l'Organisation Judiciaire Français dispose : "le renvoi devant l'assemblée plénière (de la Cour de cassation) peut être ordonné 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".

Les arrêts de principe ne sont pas seulement déterminés par des circonstances de fait. Ils consacrent à la question de droit un examen plus approfondi et donnent de la solution une formule générale (Carbonnier, *ibidem*). Ainsi, en France, à partir de l'article 1384, al. 1 du Code civil, la jurisprudence a consacré un principe général de la responsabilité du fait des choses, puis, récemment, un principe général de responsabilité du fait d'autrui.

La généralisation de la jurisprudence dépend aussi de son unité ou de sa diversité. On se demande toujours s'il existe une jurisprudence ou des jurisprudences ? A vrai dire, il finit par y avoir, sinon une jurisprudence unique, au moins une jurisprudence dominante et des arrêts de principe. La jurisprudence dominante procède de la répétition de la solution ou de l'autorité de la juridiction qui a statué. Il en résulte une probabilité très forte, qu'à l'avenir la question sera tranchée de la même façon du fait de l'autorité privilégiée que revêt la solution considérée.

Les "arrêts de principe" se caractérisent d'ailleurs par une certaine généralité et une certaine abstraction qui implique, par certaines formes et certaines solennités, un choix durable et général entre les diverses opinions soutenues. Il est toutefois difficile de distinguer les arrêts de principe des arrêts de règlement, en ce sens que les principes énoncés semblent se détacher de l'espèce, pour se présenter comme un règlement permanent (Atias, "L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé", J.C.P. 1984, I, 3145, n° 1).

Au-delà, la question se pose de savoir s'il existe une sorte d'autopoïèse de la jurisprudence. Celle-ci se prête-t-elle vraiment, comme la loi, à l'interprétation ? Peut-elle s'extrapoler par interprétation ? Peut-on extraire l'évolution prétorienne de la règle de droit de la jurisprudence elle-même ?

B - LE PASSAGE DE L'EFFET RELATIF À UN EFFET NORMATIF DES DÉCISIONS DE JUSTICE

Le principe de l'autorité relative de la chose jugée (article 1351 du Code civil) a pour effet, normalement, d'empêcher le jugement de devenir une règle de droit. Il signifie que le jugement n'a d'autorité qu'entre les personnes qui ont été parties au procès et qu'il n'est pas opposable aux tiers. Ainsi, les décisions de justice semblent s'opposer aux règles de droit, dispositions générales qui s'imposent à tous.

Cependant, les Cours et Tribunaux font, en réalité, constamment référence aux précédents jurisprudentiels. Cette référence est suscitée par l'obligation faite au

juge, en droit moderne, de motiver sa décision et ce, sous le contrôle de la Cour de cassation. Les motifs des décisions de justice doivent contenir le raisonnement juridique par lequel le juge est parvenu à la solution adoptée. En particulier, les motifs doivent exprimer l'interprétation donnée par le juge à la règle légale. Autrement dit, le jugement énonce la règle particulière appliquée au litige.

Par ailleurs, les tribunaux sont conscients de l'opportunité et de la nécessité de se référer aux précédents. Ceux-ci constituent des modèles et sont le résultat de débats et de réflexions antérieures déjà éprouvés. Quand les tribunaux statuent régulièrement dans le même sens, on peut supposer que la solution est bonne. La fixité de la jurisprudence qui résulte de la référence aux précédents engendre, en outre, la sécurité nécessaire aux relations juridiques. Des solutions ponctuelles désordonnées créeraient, en revanche, une incertitude dangereuse pour les justiciables qui ne pourraient pas connaître à l'avance le sens à donner à la loi.

La constance qui s'attache aux décisions de justice conduit même à restaurer la possibilité des arrêts de règlement qui comporte des solutions générales et ont, ainsi, l'avantage de décourager certains plaideurs d'encombrer la justice de litiges qui paraissent perdus d'avance. On ne peut qu'observer une résurgence des arrêts de règlement, à l'heure actuelle, en France et en Europe.

En France, un mécanisme de "saisine pour avis" du Conseil d'État fut récemment instauré par une loi du 31 décembre 1987. La loi du 15 mai 1991 a également institué, dans les mêmes termes, une procédure de "saisine pour avis" de la Cour de cassation par les juridictions du fond, sauf en matière pénale.

Ces procédures permettent aux juridictions, "avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges", de solliciter par une décision non susceptible de recours, "l'avis" du Conseil d'État ou de la Cour de cassation (article 12, Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 ; article L. 151-1 C.O.J.). Lorsque les juridictions du fond sollicitent un tel avis, elles sursoient à toute décision sur le fond de l'affaire. L'avis du Conseil d'État peut mentionner qu'il sera publié au Journal Officiel.

Les questions préjudicielles devant la Cour de Justice des Communautés Européennes procèdent du même esprit. L'article 177 du traité de Rome institue la possibilité par les juridictions de demander à la Cour de statuer sur l'interprétation du traité, par des "questions préjudicielles en interprétation".

"La Cour déduit de la lettre et de l'esprit du traité la signification des normes communautaires... pour assurer l'unité de l'interprétation du droit communautaire dans les États membres". Mais une juridiction nationale, si elle le juge opportun, peut déférer à nouveau à la Cour des questions d'interprétation, (C.J.C.E., 27 mars 1963, Da Costa en Schaake, Aff. J. 28 à 30/62, Rec. p. 75 ; Dubouis et Gueydan, "Grands Textes de droit communautaires" B. 18).

II - LE PROCESSUS DE SÉDIMENTATION

La sédimentation est un mode de formation géologique, par couches successives créées par le dépôt de matières en suspension qui se solidifient et se cristallisent. La jurisprudence se forme aussi par la répétition de décisions de justice dont l'autorité s'affirme grâce à la hiérarchie des juridictions dont elles émanent.

Le processus de sédimentation de la jurisprudence revêt diverses formes (A) auxquelles correspondent les modes de normalisation des solutions jurisprudentielles (B).

A - FORMES DE SÉDIMENTATION DE LA JURISPRUDENCE

L'établissement de la jurisprudence procède d'abord d'une sorte de sédimentation interne.

Ce phénomène résulte d'abord de la superposition de la jurisprudence par juridictions. On observe une sorte de stratification des solutions consacrées par les juridictions inférieures, ancrées dans la réalité factuelle du litige, et celles des juridictions supérieures qui contrôlent leur conformité au droit positif et leur confèrent une autorité suffisante.

Par ailleurs, la jurisprudence cristallise, dans des matières diverses, des mécanismes et des concepts nouveaux qui finissent par s'établir, à force de se répéter. L'admission de la "due diligence" dans le droit des contrats, le droit professionnel, le droit des transports... en témoigne. De même, la reconnaissance de la responsabilité et de la faute en toutes matières, la consécration d'obligations de résultat dans des conventions diverses... témoignent de ce phénomène de cristallisation des solutions prétoriennes.

Ainsi, la répétition de solutions identiques conduit à une sédimentation d'un droit prétorien. Une multitude de solutions analogues, agglomérées les unes aux autres, établies par les tribunaux puis enregistrées et suivies par la pratique, finit par se cristalliser, comme la roche se forme d'innombrables sédiments.

On constate aussi une *sédimentation externe* de la jurisprudence par une sorte d'agglomération des solutions prétoriennes aux autres sources de droit. La jurisprudence est à la loi ce que les condiments sont aux aliments. Elle est pour la pratique une référence permanente et incontournable. La jurisprudence permet, en effet, de préciser, d'interpréter, de compléter ou d'appliquer les autres sources du droit.

Mais elle contribue aussi à créer ou consacrer de nouvelles normes. C'est d'elle, par exemple, que procède la reconnaissance des principes généraux du droit. Ceux-ci, en suspension dans le système juridique, sont révélés par la jurisprudence et appliqués par elle. Ils sont extraits, par induction, de leurs manifestations particulières et, une fois consacrés, constituent la charpente même de l'édifice juridique.

Ainsi, la jurisprudence consiste bien en solutions généralement données par les tribunaux à des questions de droit : selon le Doyen Carbonnier (op. cit., n° 142), "c'est un aspect de la grande loi de continuité et d'imitation, sans laquelle le droit serait inexplicable : en présence d'une question de droit qui se reproduit fréquemment, les tribunaux prennent plus ou moins vite l'habitude de juger de semblable manière (ils assurent d'ailleurs, ce faisant, l'égalité entre les justiciables). Aussi, peut-on conjecturer que, dans l'avenir, un tribunal, saisi de cette même question, la jugera de même" et ce, bien qu'il n'y soit pas obligé, en droit.

B - MODES DE NORMALISATION DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

Ce sont les arguments d'analogie et d'autorité qui concourent à conférer sa force à la jurisprudence.

Dans les systèmes juridiques traditionnels, la force régulatrice des traditions domine l'organisation sociale et le système juridique. Dans les systèmes de "Common Law", la formation du droit prétorien est enracinée grâce à la règle du précédent. Dans les systèmes de "Civil Law" le juge, serviteur de la loi, la façonne et la fait vivre, au point d'en dominer finalement le sens et la portée.

Mais le choc des cultures juridiques n'est qu'apparence. Des voies fondamentalement différentes conduisent partout, semble-t-il, à reconnaître un caractère normatif à la jurisprudence... Seuls, les modes de normalisation diffèrent.

Dans les systèmes de *Common Law*, le droit procède essentiellement de la force propre de la jurisprudence. On y reconnaît, en droit, une portée générale à certaines décisions judiciaires parce que la règle juridique qui y est énoncée s'impose en principe, à l'avenir, à la juridiction même qui a statué et à toutes les juridictions inférieures. On dit qu'elle constitue un précédent obligatoire, si bien que les tribunaux doivent s'en tenir à ce qui a été décidé (*stare decisis*). La jurisprudence y forme ainsi la véritable source des règles de droit.

Mais ce principe s'applique différemment selon les pays. En Angleterre, la force obligatoire des précédents fait l'objet de règles très précises. Seules, s'imposent les décisions rendues par la Chambre des Lords, la Cour d'appel, ou la High Court of Justice.

C'est le principe juridique constituant le soutien nécessaire de la décision (*ratio decidendi*), et non les explications accessoires du juge (*obiter dicta*), qui revêt une véritable autorité. Ce principe ne s'impose ensuite au juge que dans des cas semblables et dans des circonstances identiques, si bien que le juge, procédant par distinction, peut échapper, dans des situations nouvelles, à l'application des solutions antérieures, ce qui permet à la jurisprudence d'évoluer.

Aux États-Unis, en revanche, le principe du précédent est beaucoup plus souple. Certes, les juridictions inférieures respectent normalement les solutions énoncées par des juridictions supérieures. Mais les Cours suprêmes des États, tout en respectant normalement leurs propres précédents, se reconnaissent le droit de s'en écarter. La Cour suprême fédérale bénéficie aussi d'une liberté comparable.

Dans les systèmes continentaux, la jurisprudence n'a qu'une force dérivée et non une force obligatoire propre. Une juridiction n'est jamais liée par sa propre jurisprudence. Les revirements et les glissements sont toujours possibles. Elle n'est pas plus soumise à celle des autres juridictions, fût-ce celle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, sauf en cas de renvoi par celle-ci à une troisième Cour d'appel. Comme l'écrit encore le Doyen Carbonnier, "on a beau, dans une jurisprudence, entasser les jugements couche par couche, on n'aura jamais que des solutions particulières sans rayonnement au dehors, des accommodements, des arrangements de conflits individuels" (Carbonnier, op. cit., n° 144).

Et pourtant !

L'autorité et la répétition de solutions jurisprudentielles finissent par les cristalliser et les imposer. Elles ne s'imposent pas en droit. Mais, en se les appropriant et en s'y référant puis en les consacrant, l'ensemble des tribunaux finit par s'y soumettre, comme ils se soumettent à de véritables règles de droit.

La jurisprudence acquiert ainsi une force obligatoire dérivée. Il n'est pas douteux qu'un phénomène de répétition et de continuité est inhérent à la jurisprudence. C'est, dit encore le Doyen Carbonnier, un "agrégat d'arrêts" que consacrent ou que peuvent même provoquer souvent des arrêts particulièrement décisifs d'une juridiction supérieure.

Un arrêt isolé "ne fait pas jurisprudence" ! La normalisation des solutions jurisprudentielles suppose une volonté délibérée de créer du droit, une expression solennelle de la règle établie et une constance suffisante des solutions retenues.

En définitive, les justiciables, actuellement submergés de textes, ont besoin de savoir à l'avance le sens des lois. L'interprétation jurisprudentielle participe de la généralité de la loi elle-même. La force obligatoire de la jurisprudence répond à l'exigence de l'égalité devant la justice, qui implique que chacun soit traité comme tous les autres qui se trouvent dans une même situation. Les raisons qui commandent la généralité de la loi imposent aussi la généralité de son interprétation.

Ainsi, la jurisprudence doit avoir une force obligatoire suffisante pour assurer cette généralité. Puisque l'interprétation et l'application du droit par les tribunaux sont elles-mêmes créatrices de droit, leurs décisions ne sauraient être purement ponctuelles et finissent, à certaines conditions, par revêtir inéluctablement un caractère normatif.