

# NATURE ET RÔLE DE LA JURISPRUDENCE DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE

Par

Paul ORIANNE

*Professeur émérite de l'Université Catholique de Louvain (Belgique)*

## INTRODUCTION

Dans la conclusion de son rapport de synthèse au IIème Congrès international de méthodologie juridique, le juge P. Martens s'exprimait comme suit : *"On n'arrivera probablement jamais à extraire de l'acte de juger sa part d'inexplicable, de passionnel, d'humain. Mais c'est le ravalier à une fonction magique, sentimentale et finalement totalitaire que de l'accomplir dans le désordre des impressions et dans l'obscurité des postulats. C'est le travail préparatoire de sa propre activité que le juge doit divulguer, expliquer, classer et justifier. N'ayant plus le secours d'une révélation sûre, d'une législation claire et d'un prestige incontesté, c'est par la validité de ses méthodes qu'il rendra ses décisions légitimes. C'est une méthodologie rigoureuse qui le prémunira le plus sûrement contre les travers de l'arbitraire sauvage"* (1).

Par là s'achevait un ensemble de travaux voués à la découverte du rôle joué par les objectifs de la loi au moment de son application par le juge.

Aujourd'hui, il me faut, dans la même ligne, faire le compte des études savantes et des exposés magistraux qui ont été consacrés, dans le cadre du IIIème Congrès international, à cet aspect de l'activité du juge qu'on appelle *la jurisprudence*. Faire le compte du travail accompli, mais aussi tenter d'en présenter une vue d'ensemble en se donnant les moyens d'apprécier dans quelle mesure la connaissance du sujet exploré a évolué et la manière dont les divers apports scientifiques dont il a bénéficié peuvent contribuer à en expliciter la structure.

Pour ce faire, il m'a fallu m'éloigner quelque peu de l'ordre imposé au programme du Congrès pour suivre un plan de travail directement en rapport avec les réalités observées.

(1) Association internationale de méthodologie juridique, 1992, Bruxelles, Story-Scientia, p. 286.

Il s'agira, en premier lieu, de préciser ce qu'on entend -ou peut entendre- par "jurisprudence".

Ensuite, de rendre compte des enseignements dégagés de l'observation des pratiques.

Dans un troisième temps, trois problèmes majeurs devront être abordés, à savoir : l'encadrement juridique de l'action jurisprudentielle, les justifications données à l'autorité du précédent et les conditions de son efficacité.

Au terme de cet itinéraire, le rapport s'achèvera sur quelques considérations critiques et une réflexion sur l'apport méthodologique du Congrès.

## I - NOTION DE LA JURISPRUDENCE

C'est probablement l'étude de Régine Beauthier (2) qui met le mieux en évidence le caractère parfaitement polysémique du terme "jurisprudence".

Ce caractère s'affirme sur différents plans.

D'abord, parce qu'il n'est pas certain que le terme s'applique -partout et toujours- au seul domaine des décisions de justice, comme nous venons de le laisser entendre. Au contraire, on ne peut qu'être séduit par l'étude que M. A. Delcamp a intitulée "Nature et rôle de la jurisprudence en droit parlementaire français", où il s'agit d'une "auto-jurisprudence" mise en oeuvre par le pouvoir législatif lui-même et dont l'un des traits est de rester largement non écrite.

Cette espèce de jurisprudence s'inscrit assez nettement en opposition avec trois au moins des acceptions générales du terme étant : "un ensemble de décisions de justice prononcées pendant une certaine période dans une matière juridique ou dans l'ensemble du droit", ou "ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit", soit encore "une personification de l'action des tribunaux" (3).

La proposition de A. Delcamp se concilie mieux, en revanche, avec les autres sens que peut prendre le terme, à savoir, toujours selon la même source : "Habitue de juger dans un certain sens et lorsque celle-ci est établie ... résultat de cette habitude" - ou "Tendance habituelle d'une juridiction déterminée ou d'une catégorie de juridictions à juger dans tel sens". Enfin, tout simplement, "Pratique judiciaire" (4).

Ici, la jurisprudence parlementaire a en commun avec la jurisprudence judiciaire d'évoquer la constitution d'une règle par le système de la reproduction d'un précédent, à telle enseigne que, non sans un certain paradoxe, il y va, de la part de l'autorité législative, d'un comportement présentant au moins d'évidentes analogies avec celui du pouvoir judiciaire.

Pour le reste, on tombera sans doute d'accord pour considérer que la jurisprudence s'exprime, se manifeste, par des *décisions* et que celles-ci peuvent faire l'objet de plusieurs types d'observations : "Une décision judiciaire est à la fois susceptible d'être un modèle à suivre, une source d'inspiration pour ceux qui ont fonction de participer au mécanisme judiciaire, et un objet d'étude sur lequel peuvent se pencher ceux qui s'intéressent au phénomène du droit. Le recueil d'arrêts a pour vocation de fournir des matériaux aux deux catégories (qui ne sont pas bien sûr, exclusives l'une de l'autre)... D'une part, on insiste sur la quantité des décisions publiées pour offrir aux praticiens un champ d'investigation large et satisfaisant... De l'autre, on sélectionne ces mêmes décisions au nom d'une oeuvre théorique qui

(2) "Jurisprudence et histoire du droit. Considérations limitées et quelque peu impressionnistes en histoire du droit belge et français".

(3) Voy. Gérard Cornu, "Vocabulaire juridique", V<sup>o</sup> Jurisprudence, P.U.F. 1987 ; voy. aussi, par A. Tunc, le V<sup>o</sup> Jurisprudence dans l'Encyclopaedia Universalis.

(4) Op. cit.

insiste sur la pureté du droit et du principe, dégagée du fait et de l'espèce et conforme au progrès de la science du droit" (5).

Si nous nous référons aux documents explicitant le thème du Congrès, c'est apparemment cette deuxième acception de la jurisprudence qui devrait retenir prioritairement notre attention. Dans ces documents, on lit notamment ce qui suit : "La jurisprudence est une composante des sources du droit, même s'il y a des controverses sur son autorité" ou encore, ... "C'est ainsi que tout doit être ramené sous le processus de transformation de simples décisions de justice en véritables normes juridiques".

Cette option sert, au demeurant, la cause de la méthodologie juridique, dans la mesure où elle met l'accent sur les caractéristiques formelles de la production des règles de droit par le juge.

C'est, enfin, l'objectif qui se dégage des rapports par lesquels les Professeurs Bergel, Président de l'association et El Hatimi, cheville ouvrière de ce Congrès, ont introduit et défini notre objet d'étude.

Acceptons donc de trouver là l'axe central autour duquel doit s'articuler notre démarche, même si celle-ci, comme y invitait notamment la deuxième partie du programme du Congrès, est appelée à s'enrichir des apports provenant d'autres approches telles que celle, plus philosophique de la décision judiciaire, par le Professeur Petev (6) Ou celle, historique, de M. Bischoff (7), ou encore celle du Professeur Drissi Alami traitant des incidences du droit international sur l'élaboration de la règle interne (8).

## II - L'OBSERVATION DES PRATIQUES

A la lecture des études présentées au Congrès, on mesure tout à la fois l'ampleur et la diversité des modes de solution des conflits par le jeu de ce que l'on appelle la jurisprudence, entendue, rappelons-le, au sens de "précédent judiciaire".

Certains rapports s'attachent à faire voir le rôle joué par la jurisprudence dans un contexte économique ou politique déterminé, ou dans des matières particulièrement sensibles. D'autres analyses, partant de l'observation de certaines pratiques judiciaires, mettent au jour les mécanismes par lesquels et les conditions dans lesquelles une règle jurisprudentielle peut émerger.

1) En procédant à l'étude de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes dans la matière du droit de la concurrence, le Professeur Intzessiloglou fait ressortir la manière dont la jurisprudence répercute les influences multiples dont une notion juridique de base (ici l'entreprise) peut être l'objet de la part du ou des systèmes auxquels elle appartient et de son environnement (9). De son côté, le Professeur Kozyris examine le problème de la juridicité (justiciability) des droits économiques et sociaux au regard des clefs habituelles d'analyse au contentieux des droits civils et politiques (10), tandis que M. Ekemans met en évidence la manière dont la Cour de Justice des Communautés européennes a, par sa jurisprudence, étendu le filet protecteur des droits de la défense dans l'application de

(5) R. Beauthier, op. cit.

(6) Valentin Petev, "La jurisprudence et la philosophie du droit" (Thèses).

(7) D. Bischoff, "Current Methodological Tendencies in German Court Decision-Making".

(8) M. Drissi Alami, "L'influence du droit international sur l'élaboration de la norme juridique interne".

(9) Rapport intitulé : "L'approche systémique et le réalisme jurisprudentiel : un cas d'action du sous-système judiciaire des Communautés européennes" (Voy. notamment la section 2).

(10) "The Lack of Justiciability as a problem in Recognizing Social and Economic Rights".

la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (11).

Pour les Professeurs T. Gizbert-Stutnicki et Zygmunt Ziembinski, il s'agit de montrer, par l'exemple polonais, comment la jurisprudence peut contribuer à la transformation du droit dans un contexte politique lui-même marqué par le changement (12). Cette analyse recoupe, au moins partiellement, celle de M. Dirk Bischoff qui relève l'existence, en Allemagne, d'une pluralité de pratiques interprétatives, selon la discipline juridique en cause et le niveau (sub-national, national, supra-national) auquel les problèmes à régler sont posés (13).

2) Sur les conditions et les causes de l'apparition d'une règle jurisprudentielle, deux études apportent de précieux éclaircissements.

a) La Cour d'arbitrage, en Belgique, est une juridiction constitutionnelle de création récente. Il lui revient notamment de statuer sur les conflits qui peuvent surgir entre les diverses entités exerçant un pouvoir de nature législative ainsi que sur la violation par la loi de certaines dispositions constitutionnelles dont, notamment, la règle de l'égalité.

En procédant à l'examen des arrêts rendus depuis 1985 par la Cour d'arbitrage, le Professeur Simonart (14) constate l'utilisation systématique par la Cour de diverses techniques de nature à donner à certains arrêts les qualités nécessaires pour qu'ils puissent constituer un *précédent*. Il y va de la répétition systématique de formules générales et abstraites, de la motivation par renvoi à des décisions antérieures, des réponses abstraites données à des questions préjudicielles très "ciblées"...

Plus prudente apparaît la position adoptée par la Cour de Justice des Communautés européennes dont les arrêts sont évoqués par O. De Schutter dans son rapport (15). On y relève notamment, sous la plume de l'avocat général Warner, la critique d'un arrêt invoqué à titre de précédent dont il s'agit, selon lui, de ne pas répéter l'erreur étant d'avoir été rédigé en termes *beaucoup plus larges que nécessaire* (16).

b) L'étude par F. Leurquin-De-Visscher du revirement opéré par la Cour de cassation de Belgique, à propos de la responsabilité de l'Etat du chef des magistrats, lui donne l'occasion de mettre au jour ce qui constitue le processus d'un tel revirement ainsi que les conditions nécessaires à sa réalisation (17).

Elle relève tout d'abord que, dans une matière aussi sensible, il faut que l'innovation puisse bénéficier d'un courant d'opinion favorable et d'un appui dans le chef de la doctrine.

Il faut ensuite, qu'elle ait lieu à propos d'un cas digne de servir de modèle.

La décision doit encore être libellée en des termes propres à convaincre ses lecteurs de son bien-fondé et de son aptitude à s'insérer, de façon cohérente, dans l'ordre juridique positif.

(11) "Le rôle de la jurisprudence dans la promotion des droits de la défense dans la matière des conflits de juridiction : l'exemple de l'article 27, 2° de la Convention de Bruxelles".

(12) "Le rôle de la jurisprudence dans la transformation du système juridique polonais contemporain".

(13) Op. cit.

(14) "La jurisprudence constitutionnelle en Belgique".

(15) "Le précédent et le juge européen. Pour une structure des révolutions juridiques".

(16) Cour de Justice des Communautés européennes, 17 octobre 1990, (aff. 10/89).

(17) "Histoire d'un revirement - à propos de la responsabilité de l'Etat du chef des magistrats".

Il faut enfin que la rédaction de la décision mette clairement en évidence son ambition normative et sa vocation à servir de modèle à une série de décisions futures.

Bien que, en l'espèce, ces différentes conditions lui paraissent avoir été réunies, Mme Leurquin se refuse toutefois à considérer que l'arrêt de la Cour de cassation qu'elle étudie comporte déjà une *règle jurisprudentielle*. Seule la reprise en compte de l'enseignement qu'il contient, dans les décisions ultérieures de la Cour elle-même ou des juridictions sur lesquelles elle exerce son contrôle, pourra lui conférer cette valeur.

### III - L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE L'ACTIVITÉ JURISPRUDENTIELLE

L'examen du statut de la jurisprudence dans les divers ordres juridiques permet de repérer, à l'intérieur de ceux-ci, la présence de dispositions de nature légale, ou coutumière, qui sont à l'origine de l'activité jurisprudentielle ou exercent sur celle-ci une action stimulante. Certaines de ces dispositions ont un effet -en quelque sorte "*a priori*"- sur l'aptitude de la décision de justice à exprimer une règle ayant valeur de précédent; d'autres agissent *a posteriori* sur la manière dont le précédent peut ou doit être reçu dans un processus décisionnel ultérieur.

a) Dans tous les systèmes politiques fondés sur la séparation des pouvoirs, il existe une règle -ou un principe général- selon laquelle l'intervention par voie de disposition générale est réservée à la loi et interdite au juge. C'est ce qu'exprime notamment la règle inscrite à l'article 5 du Code Napoléon.

Sans doute, de prime abord, cette règle semble-t-elle devoir jouer à l'encontre plutôt qu'en faveur de l'hypothèse d'un pouvoir normatif quelconque dans le chef du juge. Mais, précisément, en lui interdisant de se livrer à une telle activité, la règle l'oblige à n'agir que dans le cadre du pouvoir qui est le sien, c'est-à-dire celui de la décision particulière. Et si, pour les besoins de celle-ci, une norme doit être élaborée, elle ne pourra atteindre à la généralité que par la vertu de décisions ultérieures qui en auront reconnu la valeur. Si donc il existe des règles jurisprudentielles, elles sont d'une tout autre nature que celles en lesquelles s'exprime le pouvoir de la loi.

Mais, bien entendu, ce n'est qu'en combinaison avec d'autres directives, -dont nous allons parler- que l'interdiction faite au juge de statuer par voie générale peut contribuer à fixer le cadre de l'activité jurisprudentielle.

b) L'obligation faite au juge de statuer nonobstant les insuffisances et contradictions de la loi, et l'obligation de motiver ses décisions sont, à toute évidence, de nature à jouer un rôle important dans l'apparition de la règle jurisprudentielle. Elles obligent en effet le juge à s'aventurer dans le domaine de la production des règles et à compléter ainsi l'oeuvre imparfaite du législateur. Il y va là d'un acte créateur, quel que soit le statut qu'on lui reconnaisse.

L'obligation faite au juge de motiver sa décision implique par ailleurs qu'il qualifie le fait en litige et désigne la règle qui va lui permettre de trancher. Or, dans l'hypothèse d'une lacune de la loi, la règle reste à inventer. Observons à ce propos, avec le Professeur Pedrot l'importance que peut parfois présenter ce qui est appelé pudiquement "*lacune*" lorsque sont en jeu, par exemple, des questions majeures touchant la personne humaine et sa descendance (18).

(18) Ph. Pedrot, "Le rôle créateur et les limites de la jurisprudence en matière de droit des personnes et de droit de la famille, spécialement en matière de procréation assistée et de filiation".

c) Plus délicates à analyser sont les règles selon lesquelles le juge (second) est peu ou prou obligé de tenir compte de ce que d'autres juridictions (ou lui-même) ont antérieurement décidé.

Le droit anglo-saxon a ici valeur de paradigme ; les décisions prises par la juridiction supérieure y constituent autant de précédents qu'elle même et les juridictions inférieures sont tenues de suivre ; il fut même un temps, pas très éloigné, où la Chambre des Lords s'estimait personnellement liée par ses décisions antérieures (19).

Sur ce point, toutefois, nous ne saurions taire la mise au point du Professeur H.P. Glenn (20) qui nous rend attentif à la possibilité d'une surévaluation de la règle "stare decisis" dans la common law. De son côté, le Professeur Y. Taniguchi (21) a mis clairement en évidence les excès auxquels peut conduire un recours sans nuance au précédent.

Dans les droits continentaux, la présence d'une Cour suprême, ou Cour de cassation, chargée de se prononcer sur les violations de la loi reprochée aux juges du fond fait de celle-ci la gardienne de la légalité. C'est dire que ses arrêts sont des précédents d'une qualité particulière. A la limite, c'est un acquiescement servile qui est requis du juge second. En France comme en Belgique, lorsque, après une cassation, la deuxième décision au fond est attaquée pour les mêmes moyens que ceux du premier pourvoi, la cause est portée devant l'assemblée plénière de la Cour. Si la deuxième décision est cassée pour les mêmes motifs que ceux de la première cassation, le juge du fond à qui l'affaire est renvoyée se conforme à la décision de la Cour de cassation, sur le point de droit jugé par elle. (Code judiciaire français, article 131.4 ; Code judiciaire belge, article 1119 et 1120).

Il n'est pas sans intérêt d'observer que, en pareil cas, en Belgique, le procureur général près la Cour de cassation transmet les décisions rendues au Ministre de la Justice qui, chaque année, en fait rapport aux Chambres (22).

Face à de telles hypothèses, on est toutefois conduit à se demander si l'on se trouve encore, réellement, en présence d'une expression jurisprudentielle du droit et d'une autorité exercée par le truchement d'un précédent.

Le paradoxe que O. De Schutter a mis en lumière est que le précédent ne constitue comme tel un objet possible d'observation que dans la mesure où il exerce, en tant que tel, une influence sensible sur le juge second tandis que, si cette influence est trop forte, on se trouve en présence d'une compétence liée dans le chef du juge, dont le rôle devient celui d'un simple exécutant.

"L'on ne peut en effet parler de précédent que lorsque le juge qui se sent lié par une solution antérieurement dégagée se trouve sous l'obligation de déférer au précédent alors même qu'il se sent en désaccord avec la solution que le précédent propose. En effet, dans l'hypothèse inverse -le juge s'en réfère à une cause antérieure simplement pour donner davantage de poids à une solution qu'il estime de toute façon adéquate-, il n'y a pas à proprement parler précédent, c'est-à-dire émergence d'une règle de droit s'imposant à lui en dépit de ses convictions intimes.

Plus exactement, la seconde hypothèse est contenue dans la première, et l'étude de celle-ci permet, seule, de comprendre celle-là: comment en effet imaginer

(19) En 1966, une déclaration du Lord Chancelier a fait savoir qu'à l'avenir la Chambre des Lords pourrait renoncer à appliquer la règle lorsque des considérations pressantes lui paraîtraient le demander dans l'intérêt de la justice (Voy. R. David, "Les grands systèmes de droit contemporain", 6ème éd., Paris, Dalloz, 1974, n° 337).

(20) "Sur l'impossibilité du stare decisis".

(21) "Interpretation of precedents in the area of procedural law".

(22) Code judiciaire, art. 1121 ; pour la France, voy. J.-L. Bergel, "Théorie générale du droit, 2ème éd., Paris, Dalloz, 1989, n° 62.

qu'un juge donne davantage de poids à ses jugements par la référence à des causes antérieures sans que ces causes aient une autorité propre à elles, donc avant que le juge ait formé sa conviction ?" (23).

Une analyse du jeu du précédent postule ainsi la prise en compte particulièrement attentive du contexte juridictionnel qui est le sien. Entre les positions extrêmes que nous avons rencontrées, quantité de situations intermédiaires peuvent se présenter, de nature à agir sur la valeur propre du précédent. Cette action peut être directe, ou simplement indirecte, lorsque, par exemple, elle a pour effet de rendre opportune, ou souhaitable, l'adoption par le juge second de la règle découlant du précédent (cas de la juridiction du premier degré face à une décision antérieure de la juridiction d'appel, par exemple).

Il est intéressant d'observer à ce propos la manière dont il arrive aux autres sources du droit positif de reconnaître la valeur propre des règles jurisprudentielles.

La procédure du "pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi" me semble, de ce point de vue, particulièrement significative. Il s'agit du pouvoir conféré au procureur général près la Cour de cassation de se pourvoir contre toute décision contenant violation de la loi, même lorsque les parties ont laissé s'écouler, sans agir, le délai dans lequel elles pouvaient saisir la Cour. L'important est ici que, si une cassation intervient, elle est sans effet sur la situation des parties ; celles-ci ne peuvent s'en prévaloir pour éluder les dispositions de la décision cassée (24).

L'objet propre de cette procédure -et elle n'en a point d'autre- est d'éviter que la décision ainsi attaquée puisse constituer un précédent (25).

D'autres cas de reconnaissance implicite de la valeur propre de la jurisprudence s'observent en droit international. On sait que l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice cite parmi les dispositions dont la Cour fait application : "d) sous réserve de la disposition de l'article 59 ("La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé"), les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit".

La mise en parallèle de la jurisprudence et de la doctrine, comme aussi le caractère "auxiliaire" qui leur est attribué sont de nature à fonder l'opinion selon laquelle la jurisprudence ne bénéficierait pas, en droit international, de l'autorité qui en ferait une véritable source de droit (26).

La pratique connaît en revanche des cas dans lesquels la jurisprudence bénéficie d'un traitement plus favorable. Ainsi en va-t-il du projet d'accord international portant création de l'Espace économique européen. Son article 111 charge en effet le comité mixte qu'il institue de régler tout différend qui porte sur l'interprétation et l'application de l'accord, y compris, selon l'article 105, § 3 "les différends qui portent sur une divergence de jurisprudence et qu'il n'a pu résoudre conformément à la procédure prévue par ce dernier article" (voy. à ce propos l'avis 1/92 de la Cour de justice des Communautés européennes, rendu sur la base de l'article 228, § 1er, 2ème alinéa du traité C.E.E.).

On rencontre, de même, dans les conventions relatives à l'entraide judiciaire, des dispositions par lesquelles les parties contractantes s'engagent à se communiquer

(23) Op. cit., (polycopié), p. 3, note 2 ; voy. à ce propos J.-A. Jolowicz, "La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent", Archives de Philosophie du droit, tome 30, "La jurisprudence", pp. 105 et s. (spécialement p. 112).

(24) Pour la France, voy. l'art. 17 de la loi du 3 juillet 1967 ; pour la Belgique, les art. 612, 1089 et 1090 du Code judiciaire.

(25) Voy. notamment A. Pettweis, A. Kohl et G. de Leval, "Droit judiciaire privé", fasc. I, 5ème éd., Presses universitaires de Liège, 1980, n° 149.

(26) Voy. l'étude de Moustapha Sourang intitulée "La jurisprudence et la doctrine", in "Droit international. Bilan et perspectives", tome I, Paris, Pedone, 1991, pp. 2ss et s.

des informations sur les lois et les décisions de jurisprudence (voy. par exemple la Convention signée à Bucarest le 3 octobre 1975 entre le Royaume de Belgique et la République de Roumanie, article 16 ; la Convention Belgo-marocaine du 30 avril 1981, article 17, et la Convention entre la Belgique et la Tchécoslovaquie du 15 octobre 1984, article 15).

Tous ces textes me semblent manifestement comporter une reconnaissance de la jurisprudence comme source autonome du droit.

#### IV - LES JUSTIFICATIONS THÉORIQUES DE L'AUTORITÉ DU PRÉCÉDENT

En faisant abstraction du jeu possible des moyens de pression qui peuvent assurer l'efficacité du précédent, il est permis de se demander ce qui peut justifier ou expliquer celle-ci.

O. De Schutter fait état, dans son rapport (27) de quatre arguments traditionnellement avancés en faveur du recours au précédent, pour en conclure qu'aucun d'eux n'est convaincant et ne paraît en mesure de justifier le réconfort que plaideur et décideur semblent y puiser.

- *L'égalité devant la loi* plaide assurément en faveur de l'application d'une même solution à des litiges semblables, qui se succèdent dans le temps. Mais l'argument n'échappe pas à l'objection selon laquelle la norme découlant du précédent peut difficilement s'imposer au seul titre de l'égalité: et si elle s'impose en raison de sa conformité à la loi et à l'équité, ce n'est plus à proprement parler en fonction de sa qualité de précédent qu'elle opère.

- L'argument déduit des attentes légitimes des justiciables a été clairement mis en vedette par la Cour de justice des Communautés européennes. Il repose sur le besoin de sécurité des citoyens et la nécessité qui s'en dégage de pouvoir prévoir les solutions que le juge adoptera en cas de litige. Pour O. De Schutter, la difficulté est la même que dans le cas du principe d'égalité. Le problème est celui du conflit possible entre les exigences de la justice et celles de la sécurité telles que les a notamment évoquées le Professeur Visintini. En outre, il peut exister des situations dans lesquelles il est possible au juge de rencontrer les attentes légitimes des plaideurs sans nécessairement reproduire la solution du précédent.

- Qu'en est-il de l'argument dit d'efficacité selon lequel la reproduction du précédent serait une manière économique d'utiliser les ressources judiciaires ? A moins d'accepter l'idée que toute acquisition jurisprudentielle constitue en elle-même un progrès, et est donc bonne en soi, il restera toujours à expliquer comment une solution médiocre ou franchement mauvaise devrait être acceptée au seul titre de son antériorité (28).

- Un quatrième argument, tiré du principe de la séparation des pouvoirs est parfois invoqué par les partisans du précédent en droit européen. En suivant la règle du précédent, le juge constitutionnel affirmerait son sens de l'objectivité et son respect de l'oeuvre du constituant, renforçant ainsi sa propre légitimité. L'argument ici est à double tranchant, comme l'expose l'auteur du rapport dont il est ici question. Il aboutit à reconnaître au juge premier saisi une prérogative

(27) "Le précédent et le juge européen. Pour une structure des révolutions juridiques".

(28) Op. cit.

qui est refusée au second. Quant au principe de la séparation des pouvoirs, il peut jouer tant en faveur qu'en défaveur du recours au précédent, selon l'angle par lequel on décide de l'approcher (29).

\*.\*.\*

La discussion dont j'ai évoqué ci-dessus les principaux enjeux a le mérite de nous faire voir la difficulté de fonder sur des arguments décisifs la légitimité du recours au précédent. Avant d'y renoncer, il y a lieu cependant d'être attentif à la vision dichotomique du droit qui est sous-jacente à certains arguments et mérite à son tour d'être soumise au feu de la critique.

Est-il bien exact de dire, par exemple, que le juge, pour se soumettre à l'autorité du précédent, est obligé de faire le sacrifice d'une autre solution qui, à défaut de précédent, lui eût paru plus conforme aux exigences de la justice ?

N'est-ce pas verser dans une conception manichéenne du droit et méconnaître le fait que, dans les états d'incertitude dans lesquels le juge se trouve fréquemment plongé, il n'y a pas, souvent, deux solutions opposées, l'une bonne et l'autre mauvaise, mais deux manières de raisonner la solution entre lesquelles il faut choisir, ce qui explique notamment la possibilité qui est donnée aux juges, dans certaines juridictions, d'émettre des opinions de minorité (30).

Le premier mérite de la règle de droit est d'exister, de procurer une solution là où, avant elle, il n'y en avait pas. De ce point de vue, la règle jurisprudentielle peut se comparer à la règle légale.

Dans de nombreux cas, le précédent intervient pour mettre fin à une situation d'incertitude et faire finalement pencher d'un côté les plateaux d'une balance également chargés (31).

La valeur est celle d'une doctrine, mais une doctrine élaborée au contact d'une réalité, affinée au cours d'un débat et exprimée par une autorité investie publiquement du pouvoir de la formuler. On lira avec intérêt, à ce propos, les observations judicieuses de Mme Frison-Roche sur les aspects sociologiques du jugement (32).

\*.\*.\*

Parmi les tentatives récentes d'explication du phénomène normatif que constitue la jurisprudence, épinglons encore celle de Philippe Jestaz qui propose de considérer l'autorité qui s'attache aux décisions de la jurisprudence comme procédant de leur reconnaissance, "sorte de ratification spontanée par la communauté des juristes" (33).

Mais, comme l'indique très justement l'auteur lui-même, il reste alors à expliquer quels sont la nature et le contenu de cette reconnaissance. S'agit-il d'une influence procédant du prestige de la juridiction émettrice de la règle nouvelle ? Le Professeur Jestaz est porté à le croire, tout en admettant que ce seul facteur ne suffit pas à tout expliquer (34).

(29) Op. cit.

(30) L'indication de l'avis contraire du Ministère public ou de l'Auditorat va dans le même sens. Sur le fait que la réformation d'une décision en degré d'appel n'implique pas que l'appréciation des faits du premier juge serait fautive, voy. Liège, 28 janvier 1993, J.T. 1993, p. 477.

(31) Voy. à ce propos les observations de Frédéric Zenati dans son excellent ouvrage sur le sujet qui est aussi le nôtre ("La jurisprudence", Dalloz, 1991), spécialement p. 163.

(32) Voy. son rapport intitulé "L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence".

(33) "La jurisprudence, ombre portée du contentieux", D. et S. Chron. 1989, p. 153 ; voy. aussi "La jurisprudence ; réflexions sur un malentendu", D. et S. Chron. 1987, p. 14.

(34) Op. cit., 1987, p. 15.



## V - LES CONDITIONS DE L'EFFICACITÉ DU PRÉCÉDENT

Comme l'a justement relevé le Professeur Bergel, dans son rapport introductif, le droit d'origine jurisprudentielle se forme par un double mouvement: de généralisation, d'une part, de sédimentation, d'autre part.

Ne participent toutefois à cette élaboration que les décisions présentant certaines qualités sur lesquelles il me paraît important de revenir.

La première a trait aux termes dans lesquels la décision originale est prononcée. Elle doit être formulée dans un langage clair et précis, d'une manière qui rende apparente sa prétention à la généralité.

La seconde tient au degré de publicité qui lui est donné.

A ces deux conditions, on ajoute parfois celle d'une *application répétée*. Si celle-ci est nécessaire à l'apparition de ce qu'on appelle une jurisprudence *constante*, il n'en demeure pas moins qu'un seul arrêt, surtout s'il émane de la Cour suprême, peut s'imposer avec une incontestable autorité dès qu'il vient à être connu. De même, dans le système de la common law, l'obligation de respecter le précédent n'existe qu'à l'égard des décisions des juridictions supérieures à celles où siège le juge. Mais l'obligation existe de façon plénière à l'égard d'un seul précédent.

a) Nous avons vu comment, en Belgique, la Cour d'arbitrage a développé une véritable politique jurisprudentielle, en prenant soin notamment de rédiger les règles inspirant ses arrêts en une forme propre à leur assurer le statut de règle jurisprudentielle (35).

De son côté, Philippe Jestaz, dans son étude déjà citée intitulée "*La jurisprudence, ombre portée du contentieux*", fait état de la politique suivie par la Cour de cassation de France et par chacune de ses chambres, concernant le sort qu'elles entendent réserver à leurs arrêts. Selon lui, il arrive par exemple que la Cour, en vue d'éviter qu'un arrêt ne fasse jurisprudence "*trempe sa plume dans une encre particulièrement bourbeuse, par crainte qu'un nigaud de professeur ne s'avise de rédiger un commentaire et, bien entendu, l'arrêt ne sera pas publié au Bulletin*" (36).

S'appuyant sur l'opinion de J. Derrida, O. De Schutter décrit comme suit l'opération par laquelle se réalise, d'un juge à l'autre, la transmission jurisprudentielle: "*Entre le juge premier et le juge second, le précédent suppose ... qu'une communication ait lieu ... qui s'effectue par le médium d'une écriture dont il est entendu qu'elle opère représentation d'un sens ...*". Cette image du transport indique combien essentielle, dans l'écriture en général et dans l'utilisation de l'écriture du juge premier comme précédent en particulier devient la propriété d'"*itérabilité*". Elle suppose que l'écrit reste lisible malgré la suppression de tout destinataire déterminé (37).

S'agissant d'un acte de langage performatif, la conscience qu'en a son auteur en est un élément essentiel: "*A cause précisément de l'absence de référent extérieur qui le caractérise, le vouloir dire de l'énonciation est alors critère de sa force performative*" (38).

Ici encore, le droit continental et celui de la common law divergent. Celle-ci ne retient en effet du précédent que la *ratio decidendi*, c'est-à-dire le raisonnement essentiel de la décision, indépendamment de sa formulation. Au contraire, dans les systèmes de droit légaliste, l'autorité du précédent sera mieux assurée lorsque son

(35) Voy. l'étude précitée de H. Simonart sur "La jurisprudence constitutionnelle en Belgique".

(36) D. et S. Chron. 1989, p. 152.

(37) Op. cit. (Polycopié, section III, pp. 36-37).

(38) Op. cit., p. 37, note 5.

expression aura réussi à emprunter le langage de la loi. En allant jusqu'au bout des choses, je serais même tenté de dire qu'en droit continental, la formulation du précédent appartient au premier juge alors qu'elle revient au second dans le système de la common law.

b) La transmission de la norme jurisprudentielle ne se réalisant pas, sauf de rares exceptions, par la voie d'une communication directe et personnelle entre les juges intéressés, se pose en la matière le problème capital de la médiatisation de la transmission.

Dans la majorité des cas, la publication des décisions "*de jurisprudence*" relève de l'initiative privée. Des exceptions sont relevées, notamment en France et en Belgique, pour ce qui regarde les arrêts de la Cour de cassation, publiés à l'intervention de la Cour elle-même, dans un bulletin ad hoc et, en Belgique, les arrêts de la Cour d'arbitrage publiés au journal officiel (le *Moniteur belge*). Dans une étude au titre révélateur, "*La non-publication des décisions de justice*", André Dunes, rédacteur en chef des éditions Dalloz, observe: "*Souffrant de maintes infirmités, la jurisprudence présente un vice -certes non congénital, ni rédhibitoire- mais dont les conséquences sont graves. Elle est très mal connue, parce qu'elle n'est pas systématiquement publiée. C'est du moins ce qu'affirme une légion imposante de sévères censeurs. Ceux-ci fondent leur critique sur plusieurs arguments dont l'accumulation augmente le poids; la publication est partielle, elle est incomplète et peu fiable*" (39).

En 1983, le nombre des décisions prononcées par les Cours et Tribunaux français s'est élevé à 856.000. On peut estimer à 10 % la part de ces décisions présentant un intérêt pour la documentation et à moins de 5 % la part du total dont la publication a été assurée, à l'intervention de plus de 300 revues juridiques (40).

Et ceci n'est évidemment qu'un exemple.

Selon René David (41), les arrêts de la Chambre des Lords ne sont publiés qu'à concurrence de 75 %; la proportion, de 25 % pour la Court of appeal, est de 10 % seulement pour les décisions de la High Court of Justice.

Dans un tel état de choses, force est de reconnaître que la jurisprudence publiée n'est qu'un reflet très partiel de l'activité judiciaire et que la production de règles de droit par ce canal est assez largement aléatoire. Ne parvient du juge premier au juge second que ce qu'en ont dit les revues que celui-ci a pu consulter, ou ce que les conseils des parties lui en ont fait connaître (42).

L'information judiciaire est ainsi filtrée deux fois: à l'amont et à l'aval. Elle l'est doublement à l'amont lorsqu'il est décidé de ne pas publier certaines décisions in extenso, et de n'en publier qu'un extrait ou un résumé.

Et si l'informatisation de la documentation juridique a fait naître de sérieux espoirs d'un progrès en la matière, sa réalisation n'ira pas sans d'importants investissements. Pour l'heure, comme le relève André Dunes, la recherche sur ordinateur "*ne donne pas de résultats entièrement probants en ce qu'elle ne garantit le chercheur ni contre la sur-information, ni contre la sous-information*" (43).

(39) Revue internationale de droit comparé, 1986, pp. 757 et s. On peut ajouter que la publication est souvent tardive.

(40) Loc. op. cit., pp. 762-765.

(41) "Les grands systèmes du droit contemporain", 6ème éd., 1974, n° 342.

(42) Sur le problème du recours aux décisions non publiées en droit anglais, voy. J.-A. Jolovicz, "La jurisprudence en droit anglais, aperçu sur la règle du précédent". Archives de philosophie du droit, 1982, pp. 105 et s.; spécialement p. 115.

(43) Op. cit., p. 771; voy. aussi à ce propos Frédéric Zenati, "La jurisprudence", Dalloz, 1991, pp. 172 et s.

Reste à mettre au point la méthodologie d'une telle entreprise. A cet égard, les propositions formulées par le Professeur Frémont devrait retenir particulièrement l'attention (44).

## VI - CONSIDÉRATIONS CRITIQUES

Le moment me semble venu, sinon de conclure -le peut-on sur un sujet comme la jurisprudence ?- Tout au moins de tenter une synthèse des réponses qui peuvent être données aux principales questions abordées dans les travaux du Congrès.

Ces questions sont selon moi, de trois ordres, portant respectivement :

- sur la nature de la jurisprudence et ses rapports avec les autres modes d'expression du droit ;
- sur la légitimité du recours au précédent et l'autorité qui s'attache à celui-ci ;
- sur les qualités et défauts propres à l'action de la jurisprudence dans la vie juridique.

### a) Nature de la jurisprudence

La thèse avancée en son temps par Marcel Planiol (45) selon laquelle le droit n'aurait que deux sources principales, à savoir la loi et la coutume -dont la jurisprudence serait l'une des formes- est aujourd'hui très largement abandonnée.

Les caractères attribués à la coutume (longue tradition notamment) ne se retrouvent ni dans la conception continentale, ni dans la conception anglo-saxonne de la jurisprudence, puisque, notamment, on accepte d'un côté comme de l'autre qu'une norme jurisprudentielle puisse procéder d'une seule décision de justice et exercer une influence dès la publication de celle-ci.

Par ailleurs, pour décider si la jurisprudence a ou non qualité de source du droit, il faut s'entendre sur la définition de celui-ci. Dans l'approche systémique proposée par le Professeur Intzessiloglou, le phénomène juridique s'identifie à toute régulation sociale qui est effectuée par la mise en relation de trois sous-systèmes étant :

- le sous-système des normes ;
- le sous-système des comportements ;
- le sous-système judiciaire (46).

Sans pousser aussi loin l'analyse, ne faut-il pas reconnaître que le droit ne saurait se confondre avec la loi à peine de récuser notamment toute la tradition de la common law ? Ne faut-il pas admettre aussi que, faute de mise en oeuvre par le juge, la loi peut parfois donner l'impression d'un discours vide, largement dépourvu d'effets ?

Ceci ne suffit pas cependant à justifier la thèse selon laquelle la jurisprudence serait *source* du droit. Il est possible, en effet, d'accepter que le juge produit du droit lorsqu'il applique la loi aux faits qui lui sont soumis, sans admettre pour autant que cette application soit autre chose qu'un *produit* du droit (ou du système juridique). On peut soutenir ainsi que l'acte du juge clôture le cycle de la production juridique. Loin d'être source du droit, il ne serait autre chose que le produit de celui-ci.

Cette manière de voir ne manque pas d'appui dans le droit positif. L'idée que l'acte du juge aurait une valeur, un effet, dans le futur, au-delà de l'espèce à laquelle il

(44) Voy. son rapport : "Problèmes de formalisation de l'évolution de la jurisprudence" ; voy. aussi le rapport de M.-F. El Bacha sur "Le paradoxe de la jurisprudence : reformulation et déplacement".

(45) "Traité élémentaire de droit civil", tome 1er, 1906, n° 10.

(46) Rapport intitulé : "L'approche systémique et le réalisme jurisprudentiel, un cas d'action du sous-système judiciaire des Communautés européennes" (Section 2.2).

a été appliqué se heurte de prime abord à la règle : "*Res judicata alios nec nocet nec prodest*". La chose jugée ne profite ni ne nuit aux tiers. Le rôle du juge n'est pas d'inventer des règles mais de procurer une issue à des litiges. Il ne lui appartient pas de déborder de ce rôle en édictant des normes à portée générale qui s'imposeraient de quelque manière à d'autres qu'aux parties.

Ce raisonnement a le défaut de ne tenir compte que de l'acte du juge (premier), auteur potentiel d'une norme et non du juge (second) qui en ferait application à un autre litige et à d'autres parties. Considérée de ce point de vue, l'action propre de la jurisprudence apparaît marquée d'un caractère *retroactif*. C'est par les usages ultérieurs qui en sont faits qu'une règle initialement appliquée par un juge acquiert un caractère "jurisprudentiel".

Ce n'est point à dire que, dans l'intervalle, il ne s'est rien passé, car l'éventualité d'une application par le juge second de la solution inaugurée par le juge premier a pu agir comme un facteur réducteur d'incertitudes sur les objets analogues à celui qui a été jugé.

Il faut à cet égard garder présent à l'esprit que, si l'application de la règle jurisprudentielle par le juge second est incertaine, il est en revanche certain que ladite règle a constitué la base de la solution juridique apportée par le juge premier au litige qui lui était soumis et qu'elle a de la sorte "*fait ses preuves*".

C'est là qu'elle a acquis son caractère obligatoire (pour les parties) et donc son efficacité juridique. Elle est, pour cela, comme l'explique le Professeur N. Aliprantis, une norme qui pour être "*particulière*" n'en est pas moins une norme à part entière (47).

De là procède l'idée que deux des sens donnés au terme de jurisprudence désigne deux faces de la même chose. L'oeuvre du juge, d'une part, *dans ses effets* sur les parties litigantes, d'autre part dans son apport éventuel à la solution *d'autres litiges*, à l'intervention d'un autre juge. Autrement dit, ce serait parce que la règle issue du précédent a eu pour fonction première de contribuer à résoudre un conflit qu'elle bénéficierait d'un crédit d'aptitude à en résoudre d'autres. Ainsi, la règle produite par le précédent serait une règle "*qui a réussi*".

### b) Légitimité et autorité du précédent

Au contraire du système de la common law, les droits continentaux ne contiennent pas de règles générales faisant obligation au juge de respecter les enseignements découlant des décisions des juridictions supérieures, et a fortiori, de ses propres décisions.

Faut-il en conclure que, dans ces droits, le précédent n'a tout au plus qu'une autorité de fait, tenant essentiellement à la qualité du raisonnement qui en inspire la solution, et à la pertinence de celle-ci ?

Ce serait en somme le mettre à cet égard au même rang que la *doctrine*.

Entre la jurisprudence et la doctrine, il y a pourtant une importante différence. Elle tient tout à la fois au statut du juge et aux caractéristiques du système dans lequel il opère.

Il est important pour le juge de tenir compte de la jurisprudence parce que dans un état de droit il importe :

- de traiter les justiciables de façon égale ;
- de leur permettre dans toute la mesure du possible d'apprécier ce que sera la décision du juge en cas de procès ;

(47) Rapport intitulé : "La décision de justice en tant que norme et sa place dans la hiérarchie des normes".

- d'éviter les décisions contradictoires, génératrices de non-droit ;  
- de choisir ce qui est de nature à renforcer l'unité et la continuité du juridique, plutôt que ce qui la détruit.

La tendance profonde du droit à l'unité, que confirme notamment le rôle dévolu aux Cours suprêmes et Cours de cassation rend hautement souhaitable, chaque fois qu'aucun motif important ne s'y oppose pas, de suivre le modèle tracé par les décisions antérieures plutôt que d'en créer un nouveau.

A la différence de la doctrine, l'action du juge dans le jugement de l'espèce qui lui est soumise, relevant de l'exercice d'un pouvoir, relève aussi d'une *politique* : il sait que sa tâche première n'est pas d'enrichir le droit mais de régler les conflits, le plus efficacement possible. Il sait que d'autres que lui ont été et sont attachés à la même tâche ; il sait aussi que demain son oeuvre pourra, s'il échoue, constituer un paradigme auquel d'autres que lui pourront se référer.

Enfin, avant que de constituer le matériau possible d'une jurisprudence, son apport à la connaissance du droit *aura subi l'épreuve du feu* que constitue le débat contradictoire, la confrontation du droit au fait qui en est l'enjeu et l'acte de pouvoir qui y fait suite (à quoi s'ajoute encore le délibéré, l'intervention du ministère public, ou le concours d'un auditeur, le cas échéant), scénario qui a pu se répéter plusieurs fois s'il a été fait usage du recours en appel et en cassation.

C'est d'abord cela, c'est-à-dire une opération à hauts risques, que représente l'élaboration d'une norme jurisprudentielle. Et c'est sans doute de cela que procède son autorité et sa vocation à la reconnaissance.

### c) Avantages et inconvénients d'une régulation par la jurisprudence

La consécration du rôle du précédent dans un système de droit déterminé fait partie intégrante de ce système et s'explique le plus souvent par l'Histoire. Elle est à la fois la source et le produit d'une culture juridique spécifique. A ce titre, il n'est question que de l'observer, toute appréciation normative paraissant vaine, sinon incongrue.

Si nonobstant cela, je crois utile de mettre l'accent sur l'un ou l'autre "*avantage*" ou "*inconvénient*" du recours au précédent, comparé à d'autres modes de régulation, c'est en donnant à ces termes une valeur toute relative et en les appliquant aux réalités observées avec le seul souci de mieux discerner les enjeux dont elles sont porteuses.

1. *L'avantage* le plus évident qui s'attache à une régulation juridique par la valorisation du précédent est, bien entendu, d'accroître la prévisibilité des décisions de justice et, partant, la sécurité juridique.

Vient ensuite la circonstance que la règle s'élabore au contact des faits, sous leur expression la plus concrète, ce qui est une garantie de sa pertinence et de son réalisme. Rappelons à ce propos la manière dont les auteurs du projet du livre préliminaire du Code civil français dit "*Projet de l'an VIII*" définissaient l'acte d'interprétation de la loi, tenu par eux pour un acte consistant "*à saisir le véritable sens d'une loi dans son application à un cas particulier*" (Titre V, art. 2).

Comme l'exprime en termes excellents, le Professeur V. Petev, "*Expliciter le sens d'une norme juridique afin de l'appliquer signifie identifier et qualifier une partie de la réalité sociale institutionnalisée où le droit manifeste sa fonction régulatrice et se présente sous sa forme réelle - les rapports socio-juridiques concrets*" (48).

(48) Rapport sur "La jurisprudence et la philosophie du droit" (Thèses), n° 11.

On peut voir aussi, dans l'unité de la jurisprudence découlant de l'autorité du précédent, une manière pour le pouvoir judiciaire d'affirmer sa cohésion face au pouvoir législatif et au gouvernement, et de contribuer ainsi à l'équilibre des pouvoirs.

2. Au chapitre des *inconvénients* il faut inscrire d'entrée de jeu la crainte, mainte fois exprimée dans les pays de droit légaliste, d'un "*gouvernement des juges*". Voici donc que ce qui était tenu pour un avantage, il y a un instant, est présenté ici, déjà, comme un handicap. Tout ne dépend-il pas, finalement, de la réalité sociale que l'on a en face de soi et de la tradition juridique à laquelle on est attaché ?

Plus sûre est sans doute l'observation que l'on peut faire au sujet de ce que j'appellerai ici - à tort peut-être - le risque d'un *certain déficit démocratique* du côté des systèmes qui valorisent le précédent; il tient à l'absence du débat ouvert aux représentants élus de la nation, qui constitue la première et la plus essentielle des conditions d'élaboration de la loi écrite. Les règlements eux-mêmes en bénéficient dans la mesure où le travail du gouvernement s'effectue sous le contrôle du parlement (49).

A cela, on objectera peut-être que le juge, lui aussi, ne prend sa décision qu'à la suite d'un débat. Mais ce débat est limité à ceux qui sont partie prenante dans le litige soumis au juge et à celles qui sont admises à y intervenir. Ce qui exclut les *tiers intéressés* dont l'intervention n'aurait d'autre but que d'éviter la constitution d'une jurisprudence qui serait contraire à leurs intérêts (50).

Il y a encore le caractère aléatoire de la production jurisprudentielle et les déficiences graves que nous avons relevées en ce qui concerne la publication des décisions, à quoi le Professeur J. Héron ajoute le caractère rétroactif de la règle jurisprudentielle qui contribue, comme il l'explique, à l'infériorité technique de ce type de norme (51).

Il y a, enfin, les réserves exprimées par le Professeur J.-P. Rooney concernant la manière superficielle dont, concrètement, la jurisprudence est parfois invoquée, défaut que les progrès de l'informatique risquent probablement d'aggraver (52).

Deux arrêts récents du Conseil d'État de France, prononcés le 9 avril 1993 dans l'affaire dite du "*sang contaminé*" me paraissent illustrer d'une façon remarquable la problématique de l'élaboration de la règle jurisprudentielle. Selon les premiers commentaires publiés à ce propos, ces arrêts auraient innové en évoquant les fondements d'un nouveau principe de responsabilité - le principe de précaution-explicité comme suit par le commissaire du gouvernement : "*En situation de risque, une hypothèse non infirmée devrait être tenue, provisoirement, pour valide, même si elle n'est pas formellement démontrée*".

On ne manquera pas d'être sensible à la réflexion de Franck Nouch à ce propos : "*En définitive, le problème est de savoir si de tels débats de société - l'indemnisation de l'aléa thérapeutique en est un essentiel - doivent être réglés, même en filigrane, par le Conseil d'État ou faire l'objet, comme l'avait réclamé Bernard Kouchner, alors ministre de la santé, d'une discussion entre élus de la Nation*" (53).

Ce n'est pas seulement au nom d'une certaine éthique politique que le glissement vers la jurisprudence d'un certain nombre de questions relevant de la loi

(49) Voy. à ce propos, le rapport du Professeur H. Scholler sur "La juridiction constitutionnelle et la jurisprudence".

(50) Voy. e. a. H. Solus et R. Perrot, "Droit judiciaire privé", tome I, Sirey, 1961, n° 229.

(51) Rapport intitulé "L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle".

(52) "The Methods by judges utilize legal principles announced in past cases".

(53) "Le Monde", édition du 12 avril 1993.



devrait être évité. Il convient également de tenir compte de l'insuffisance, voire de l'absence de moyens à la disposition du juge pour prendre la mesure des réalités socio-économiques qui peuvent être impliquées dans la décision "de jurisprudence". Toute innovation législative est normalement précédée d'une analyse permettant, selon les cas, d'en apprécier l'incidence dans le domaine de la macro- et de la micro-économie, de la fiscalité, de la sécurité publique ou encore de l'assurance, de la santé, de l'éducation, etc... Une disposition similaire, adoptée par la voie jurisprudentielle, faute de bénéficier d'une telle étude préalable, pourrait pour cette raison, engendrer des effets non voulus et finalement manquer son but.

## VII - CONCLUSION

Ma conclusion consistera en un bref retour à la méthodologie.

Non qu'on l'ait délibérément ou non- quittée ; c'est elle qui a sous-tendu toutes nos recherches, toutes nos analyses.

Mais celles-ci ont été, comme il se devait, riches d'apports d'origines diverses dont il y a lieu, peut-être, de dire maintenant quelques mots du bénéfice que la méthodologie pourra en retirer.

Le refus du dogmatisme juridique, qui est la première caractéristique de la démarche méthodologique, a incontestablement marqué, du début jusqu'à la fin, les travaux de ce Congrès ; à la différence d'autres réunions scientifiques consacrées à des problèmes juridiques plus concrets, celle-ci s'est déclarée d'entrée de jeu ouverte à la diversité des systèmes, des points de vue et des expériences.

A l'intérieur d'un sujet très vaste, nos travaux se sont efforcés de privilégier les connaissances utiles à une meilleure maîtrise de l'activité juridique entendue comme l'action (la technique) ayant pour objet, d'une part, de fixer le contenu des règles de droit et, d'autre part, de les appliquer ; autrement dit, les deux grands objets de la méthodologie juridique (54). Or voici qu'au terme de nos travaux, la jurisprudence nous apparaît comme le lieu où ces deux fonctions se recouvrent et s'alimentent à une même source.

Dans les deux cas, la méthode suivie apparaît empreinte d'un certain empirisme. Sans doute la fonction du juge bénéficie-t-elle d'un encadrement juridique de qualité à travers le Code judiciaire. Mais, ce qui se passe au cœur même de la décision judiciaire échappe à toute tentative de modélisation. La chose est particulièrement visible pour ce qui regarde l'exercice de la fonction jurisprudentielle, si curieusement dépendante, notamment, des hasards de l'édition juridique.

\*.\*.\*

L'un des profits de notre analyse a été de nous faire voir ce qui se cache derrière l'apparente solitude du juge. Relié, par la jurisprudence, à ceux qui le précèdent, et à ceux qui le suivent, capable de reconnaître dans une décision d'un collègue la règle qui peut ou doit permettre de résoudre le problème qui lui est soumis, il est aussi celui qui, dans la rédaction de sa propre décision, fait apparaître clairement, ou au contraire occulte, la règle passible d'applications ultérieures à d'autres cas.

Il ne s'agit ici que d'un exemple. Bien d'autres indications nous ont en effet été données sur le travail du juge, qu'il s'agisse des possibilités de l'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence, des conditions formelles de

(54) Voy. J.-L. Bergel, "Ebauche d'une définition de la méthodologie juridique", Droit prospectif, 1990, p. 707 et s., spéc. p. 709.

réalisation d'un revirement jurisprudentiel, ou des stratégies visant à doter, a priori, certaines décisions de caractéristiques propres à assurer leur avenir jurisprudentiel, ou encore des changements que pourrait apporter l'informatique aux modes traditionnels de gestion de l'information judiciaire.

De tous ces matériaux accumulés, le présent rapport n'a pu donner qu'une certaine idée. Le souhait que l'on voudrait exprimer, en terminant, est que les travaux qui s'achèvent ici puissent constituer le point de départ de nouvelles investigations et d'une réflexion renouvelée sur la manière dont les juges sont à l'oeuvre dans la construction de notre droit.