

**RÔLE ET NATURE
DE LA JURISPRUDENCE**
**Le devoir (professionnel) de connaître
la jurisprudence**

Par

Giovanna VISINTINI
Professeur de droit civil à l'Université de Gênes (Italie)

J'ai volé le titre de mon intervention à une fameuse conférence qui a eu lieu le 13 mai 1963 faite par le Professeur Gino Gorla qui, le premier en Italie, a mis sur pied un programme de recherche sur les arguments de ce congrès ; "Rôle et importance de la jurisprudence et valeur de précédent judiciaire". Gorla était titulaire d'une chaire de droit comparé à l'Université "La Sapienza" de Rome.

Actuellement, en Italie certaines écoles de droit civil s'occupent de l'étude de la jurisprudence alors que les auteurs et professeurs de philosophie du droit et de théorie du droit semblent, à quelques exceptions près, peu intéressés. Parmi les exceptions, il faut rappeler Giovanni Tarello "*L'interpretazione delle legge*", Giuffrè 1980 ; *Atteggiamenti culturali sulla ??? del giurista interprete*, in *Diritto Enunciati*, USI, Il Mulino, 1974 ; *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè 1962 ; et son élève Ricardo Guastini (cf. bibliographie). De nombreux juristes, professeurs de droit civil et commercial ayant pour objectif l'étude de la fonction créatrice de droit dans la jurisprudence et voulant fournir aux juristes et aux praticiens les éléments pour une évaluation correcte des précédents judiciaires se sont réunis sous la codirection de la Revue, née en 1985 sur une initiative de Francesco Falgano, "*Contratto e Impresa*", ed. Cedam, qui a comme sous-titre "*Dialoghi con la giurisprudenza*". Le fait n'est pas fortuit car justement dans le domaine du droit civil et commercial, caractérisé par la rareté de l'intervention législative innovatrice et par la présence dans le Code civil de nombreuses "*clausole generali*", (c'est-à-dire des règles qui contiennent des préceptes très génériques). La jurisprudence remplit un rôle d'adaptation de la loi aux changements de la réalité, en élaborant des règles et des principes qui servent pour l'intégration non seulement pour l'interprétation de la loi. La "science de la jurisprudence" est donc un domaine exploré en Italie et ceci surtout par les professeurs de "codice civile" qui, comme on le sait, constitue la principale source du droit commercial.

Tout d'abord, nous sommes conscients de certaines vérités concernant le droit appliqué. La première est que la jurisprudence est une source de production du

droit (tout à fait différente de la loi mais qui la définit source du droit), la deuxième qu'il existe des instruments de base essentiels pour l'étude de la jurisprudence et la troisième c'est que pour tous ceux qui désirent embrasser la profession d'avocat ou enseigner le droit, il y a un devoir professionnel de connaître la jurisprudence.

Sous le premier profil (fonction de création du droit), il suffit de penser à ces concepts très généraux qui figurent dans le Code tels que celui de dommage injuste dans la responsabilité civile, cas fortuit, ??? causalité juridique des suites directes et immédiates de la bonne foi contractuelle, de la faute, du motif légitime des licenciements, activité dangereuse et d'autres pour savoir qu'ils doivent être remplis du contenu inséré par les juges. La fonction des juges ici n'est pas l'interprétation mais l'intégration. Au-delà de ceci, les grandes orientations jurisprudentielles là où elles sont en train de se consolider, acquièrent la même dignité et la même importance, peut-être une force plus grande que les sources législatives, surtout dans l'attribution des sens nouveaux à des lois nées déjà vieilles.

En effet seule l'étude de ces orientations permet de saisir le sens de la continuité avec la tradition ainsi que les instances nouvelles et de rationaliser tout le système du droit privé à la lumière de tous ses éléments.

Sous le deuxième profil -instruments conceptuels de méthodologie de l'étude de la jurisprudence- nous sommes conscients que nous-mêmes, juristes de civil law (même si le discours se situe de façon différente par rapport au système de Common law), sommes habitués à raisonner sur les précédents judiciaires ; surtout sur ceux de la Haute Cour de Cassation et nous partons de l'interprétation des précédents pour la solution des nouveaux cas. En particulier dans notre système, ce qui justifie l'existence d'un juge suprême placé au sommet de l'ordre judiciaire ; c'est la tâche qui revient à celui-ci de garantir une interprétation uniforme du droit dans un même contexte de temps. C'est donc la Cour de Cassation qui, en cas de contrastes jurisprudentiels, doit suggérer pour l'avenir la solution la plus adéquate et correspondant le mieux aux objectifs de la loi pour garantir, d'une part, l'égalité de traitement entre les citoyens qui recourent à la justice et d'autre part la prévisibilité des décisions. D'où l'importance des précédents de cassation (art. 69 Ord. jud.).

Il est donc vrai qu'en Italie aussi, le précédent, s'il est muni d'un certain degré de persuasion et de rationalité influe sur la jurisprudence successive et peut donner vie à une orientation jurisprudentielle consolidée. Toutefois le problème de la méthode et des techniques d'étude des précédents se pose, en Italie, d'une façon particulière, car notre précédent est exprimé en une "massima", une petite formule qui est placée en épigraphe à la deuxième décision judiciaire et qui contient en termes généraux et abstraits la décision.

M. Gorla écrivait, il y a déjà vingt ans, que notre précédent est formulé comme une loi et qu'il est tout à fait étranger au cas concret auquel il se réfère.

Aujourd'hui, la "massima" est diffusée à travers les terminaux électroniques et on assiste, de plus, à une grande diffusion des codes annotés avec la jurisprudence qui est reportée par "massima" ou par synthèse d'information formulée par les rédacteurs.

D'où une série de méprises sur les orientations réelles des juges car les "massime" ne sont pas toujours formulées correctement et de façon adéquate aux arrêts d'où elles sont tirées. Par conséquent le discours méthodologique, en Italie, porte d'abord sur l'identification de la "massima" qui contient le dictum, c'est-à-dire la décision, et non l'obiter dictum, c'est-à-dire l'énoncé incident n'influençant nullement la décision. Dans ce but, les instruments conceptuels qui servent, on les inclut sous le nom de *ratio decidendi officielle, substantielle et implicite*. Dans le milieu lié à la Revue "Contratto e Impresa", on a établi le terme "droit en pilules" pour mentionner ce phénomène typiquement italien de la circulation de la "massima"

étrangère au texte de la décision et surtout à la synthétisation ultérieure de la "massima" faite dans les codes commentés par la jurisprudence et la doctrine. Il faut donc d'ailleurs, d'un point de vue réaliste, admettre que ce phénomène, le droit en pilules, est un mal nécessaire car il est indiscutable que les praticiens du droit n'ont pas le temps de consulter l'énorme masse des arrêts et de se tirer d'affaire dans la grande quantité de textes doctrinaux (essais, commentaires, monographies) qui, en Italie, sont publiés avec une fréquence sans égale en aucun autre pays. De là naît le "business" des codes commentés et des commentaires brefs. D'où, le recours de plus en plus fréquent à l'instrument informatique de la part des praticiens de professions juridiques. Toutefois, la conscience qu'il s'agit d'un mal nécessaire, ne doit pas amener à fermer les yeux devant les dangers d'une reconstruction partielle, et souvent peu fidèle, de la jurisprudence et de la doctrine. Par conséquent, il faut faire agir les antidotes pour les instruments informatiques, dont nous bénéficions, pour la rapidité de l'information qu'ils nous offrent, soient considérés comme des instruments de première approche et qu'ils puissent être rapidement remplacés par des analyses plus approfondies. Il se peut que l'antidote provienne de l'informatique même qui est en train de progresser à grands pas. On me dit que, bientôt, on pourra consulter directement le texte intégral de l'arrêt à travers l'ordinateur.

Les philosophes du droit annoncent la mort des Massimari dans l'ère informatique future. J'y crois peu, il reste le problème temps dont je parlais avant. Et c'est un fait que les aspirants aux professions juridiques se préparent à soutenir les concours professionnels sur les manuels et sur les codes commentés, sur la grande quantité de notions qu'on leur demande de connaître.

Par conséquent, il faut chercher les antidotes, à l'état actuel des études juridiques, surtout dans une combinaison entre la technique d'extraire la "massima" des arrêts et la méthode de lecture de la jurisprudence qui permet de reconstruire les orientations réelles des juges et surtout les grandes orientations qui conjuguent la force de la tradition avec la force des choses et des faits nouveaux dans le cadre d'une interprétation évolutive.

En ce qui concerne la troisième vérité dont je parlais au début -le devoir professionnel de connaître la jurisprudence- ceci vaut soit pour les professeurs de droit, soit pour les praticiens, notamment pour les avocats.

Notre tâche en tant que professeurs est d'employer une didactique qui tienne compte des cas jurisprudentiels et qui, de ceux-ci, remonte à la description des instituts c'est-à-dire du régime législatif. Il faut expliquer aux étudiants que le droit est composé d'éléments fixes, la loi, et d'éléments mobile, la jurisprudence ; il faut souligner l'importance de cette source de production de règles juridiques.

Quant aux avocats, au moment où ils doivent donner leur avis au client sur le bien-fondé de ses prétentions, ils doivent se mettre en mesure de prévoir quelle pourrait être la décision, si l'on suit la voie des recours en justice.

Quand l'avocat se limite à consulter les codes accompagnés des "massime" des arrêts, il pourrait donner des informations inexactes et avant d'affirmer : "il y a de la jurisprudence sur le point qui dit ...", il devrait faire une analyse critique. Autrement dit, il devrait se méfier des "massime" déraisonnables, obscures, ambiguës ou de celles qui se limitent à paraphraser, à un précédent obscur, un sens de complaisance, c'est-à-dire favorable à la thèse qu'il veut soutenir en jugement. Mais le discours devient ici très délicat et encore plus compliqué. Ce que je voulais faire savoir à l'occasion de cet important congrès, c'est que la discussion en Italie, au sujet de ces thèmes, est très vivace et cela est témoigné par la bibliographie que je joins à mon intervention.

Je vous remercie de votre attention.

BIBLIOGRAPHIE

Gino GORLA,

- Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza mezzi di informazione, in Quaderni del foro it., 1968, cvol. 291 e segg.
- Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: la raccolte e la tecniche per la interpretazione delle sentenze, in Foro it., 1964, parte, Va coll. 74 e segg.
- Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale, in Foro it., 1966 Quaderni, Col. 6 e segg.
- Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa, *ivi* 1967, Quaderni, col. 313 e segg.
- Note sulla interpretazione integrativa (in diritto e in fatto) della *ratio decidendi* e sul precedente giudiziale implicito, in Giur. it., 1966, I, II, col. 567 e segg.

Maurizio LUPOLI,

- Pluralità di "rationes decidendi" e precedente giudiziale, in Foro it., 1967, Quaderni, col. 201 e segg.

Giovanni TARELLO,

- Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete, in Diritto, Enunciati, Usi; Il Mulino, 1974, p. 475 e segg.

Ricardo GUATINI,

- Problemi di analisi logica della motivazione, in Contratto e Impresa, 1986.

Francesco GALGANO,

- L'interpretazione del precedente giudiziale, *ivi*, 1985.

Giovanna VINSINTINI (a cura di),

- La giurisprudenza per massime e il valore del precedente, Cedam, 1988.

Giovanni GRIPPO,

- Travisamento e persuasività delle *obiter dictum* in due casi emblematici, in Contratto e Impresa, 1987.

Giovanni CASELLI,

- Gli *obiter dicta* persuadono anche quando non convincono, *ivi*, 1987.

Francesco De FRANCHIS,

- L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di "civil law" e di "common law" (accenni comparatistici), *ivi*, 1986.

Giorgio De NOVA,

- Sul'interpretazione del precedente giudiziario, *ivi*, 1986.

Angelo BONSIGNORI,

- Il precedente giudiziario in materia processuale, *ivi*, 1987.

Pier Giuseppe MONATERI,

- L'occhio del comparatista sul ruolo del precedente giudiziario in Italia, *ivi*, 1988.

Erick JAYME,

- Formazione progressiva del diritto internazionale privato da parte dei giudici: l'esperienza maericana e tedesca, *ivi*, 1988.

Luca NANNI,

- Ratio decidendi e *obiter dictum* nel giudizio di legittimità, *ivi*, 1987.

Francesco GALGANO,

- Dei difetti della giurisprudenza, ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza, *ivi*, 1988.

Angele BONSIGNORI,

- L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e l'efficacia persuasiva del precedente, *ivi*, 1988.

Giorgio De NOVA,

- L'astrattezza delle massime e le origini dell'Ufficio del Massimario, *ivi*, 1988.

Giuseppe SBISA,

- Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law), *ivi*, 1988.

Burno INZITARI,

- Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario, *ivi*, 1988.

Massimo GENGHINI, Il punto di vista del magistrato di Cassazione, *ivi*, 1988.

Jurgen BASSEDOW,

- Fattori e strumenti processuali dell'evoluzione giudiziaria del diritto, *ivi*, 1988.

Marino BIN,

- Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario, *ivi*, 1988.

Gino GORLA, Appunti per una ricerca storico-comparativa in tema di autorità delle decisioni giudiziali, *ivi*, 1989.

Francesca MORETTI,

- La dottrina del precedente giudiziario nel sistema inglese, *ivi*, 1990.

Gabriele MONETA,

- Contrasti nella giurisprudenza della Cassazione civile e certezza del diritto, *ivi*, 1990.

La giustizia civile per grandi numeri, a cura di Augusto Baldassari, *ivi*, 1985.