

SUR L'IMPOSSIBILITÉ D'UN PRINCIPE DE STARE DECISIS

Par

H. Patrick GLENN

Titulaire de la chaire Peter M. Laing, de la Faculté de droit et l'Institut de droit comparé, Université McGill, Montréal (Canada)

Dans l'histoire du droit la notion de *stare decisis* - qui nous enseigne que la décision judiciaire donne lieu à une règle de droit qui doit être suivie à l'avenir - semble limitée à la tradition de la common law. L'on peut même voir la notion de *stare decisis* comme élément essentiel de cette tradition, élément qui la distinguerait des autres traditions juridiques selon lesquelles le rôle du juge, et de ses décisions, est plus restreint. Ce qui est moins évident, et moins connu, c'est que la notion de *stare decisis* a joué un rôle limité et exceptionnel dans l'histoire de la common law, rôle qui serait en train de diminuer rapidement en importance de nos jours. La notion de *stare decisis* serait donc un phénomène passager dans l'histoire du droit, qui n'a pas su s'imposer même dans une tradition juridique très accueillante. Il y a des raisons importantes - de caractère structurel et institutionnel - pour ce succès seulement passager. Nous croyons, effectivement, que le principe de *stare decisis* serait impossible à soutenir autrement que dans les conditions particulières de la common law à la fin du XIXe siècle. Ces conditions étant largement éteintes aujourd'hui, il vaudrait mieux écarter la notion de *stare decisis* de toute analyse, descriptive ou normative, de la jurisprudence à l'avenir.

Nous essayerons d'établir la justesse de ces propos en analysant successivement : I - Le rôle de la jurisprudence dans la formation de la common law ; II - L'effet des réformes du XIXe siècle ; et III - Le déclin (inévitabile) de la notion de *stare decisis* en droit contemporain.

I - LE RÔLE DE LA JURISPRUDENCE DANS LA FORMATION DE LA COMMON LAW

L'absence d'un principe de *stare decisis* pendant les premiers huit siècles de l'existence de la common law était très liée aux caractéristiques fondamentales de cette tradition juridique. Il faut rappeler qu'il s'agissait d'un droit de caractère exceptionnel, qui a dû être construit laborieusement, à partir de sa base dans la monarchie normande, en s'insinuant dans une plénitude d'institutions juridiques préexistantes. A travers son histoire la common law a toujours été marquée par les circonstances politiques qui prévalaient lors de sa genèse. Ainsi la saisie d'une cour royale de

common law nécessitait toujours l'autorisation explicite du Chancelier sous forme d'octroi d'un writ ; le pouvoir décisionnel était toujours partagé entre le juge, ambulateur, et le jury local, dont la participation assurait l'enracinement social de cette nouvelle forme de justice ; le nombre de juges était toujours fort restreint, reflet de leur rôle qui consistait surtout à faire respecter l'adhérence au bref initialement choisi avant de renvoyer la cause au jury ; le droit écrit était de caractère processuel, désignant les circonstances qui permettaient l'accès au jury, qui contrôlait lui le fond du droit de façon informelle, opaque et essentiellement incontrôlable ; la justice royale s'arrêtait en première instance -aucune hiérarchie de tribunaux permettait de penser en termes de directives judiciaires venant d'en haut ; la notion du droit subjectif manquait nécessairement, tout comme la notion du droit substantiel.

Dans son ensemble la common law présentait la possibilité d'un remède royal, dans un cadre processuel où le résultat final dépendait de la sagesse informelle de la communauté. La plupart des différends étaient cependant résolus à un niveau purement local, sans même invoquer cette justice exceptionnelle. C'est le cas toujours en Angleterre que la justice des magistrats, non professionnels, permet de résoudre la plupart des litiges sans saisir un juge de la cour dite supérieure.

Il est évident que ce droit de caractère processuel n'était pas compatible avec la notion de *stare decisis* telle qu'elle est entendue à l'époque contemporaine. La règle de droit issue de la décision judiciaire contemporaine serait une règle de droit substantiel, qui s'adresse directement à l'individu en explicitant ses droits ou ses obligations. Tout le droit, selon cette conception moderne, serait d'application immédiate ; aucun filtrage processuel ne serait nécessaire en principe pour comprendre et définir le fond du droit. Le droit préexiste le juge ; son rôle serait de l'appliquer. Si dans la tradition de la common law l'acte de juger serait un acte créateur de droit il n'empêche, selon la théorie moderne, que des règles de fond existent dans tous les cas. Le juge de la common law peut donc appliquer des règles de fond, issues du processus de jugement dans le passé. Rien de pareil n'était possible pour le juge de la common law à travers la plus grande partie de son histoire. Dans l'absence de l'idée même de droit substantiel, la règle de droit substantiel issue d'une notion de *stare decisis* était impossible (1).

Cependant il y avait d'autres raisons, plus subtiles, pour l'absence d'un principe de *stare decisis* dans l'histoire de la common law. Car si ce droit était de caractère processuel, l'on a pu concevoir un principe de *stare decisis* en matière de droit processuel. La décision du juge, permettant ou non une question précise à être soumise au jury, a pu être vue comme constitutive d'une règle de droit, de caractère processuel bien sûr mais néanmoins de caractère juridique et présentant une très grande importance pour le développement du droit (2). Dans une grande mesure c'était l'exercice intellectuel effectué au XIXe et au XXe siècle, quand le moule processuel de la common law est devenu converti en règles de caractère substantiel. Il a

(1) C'est la cas pour l'ensemble du droit privé, devant les tribunaux de la common law. En matière de droit administratif, où la décision du juge représentait le droit, il faut chercher d'autres raisons, plus larges, pour l'absence de la notion de *stare decisis*. Voir la discussion *infra*, et pour l'histoire du droit administratif, Jaffe & Henderson, "Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins" (1956) 72 L.Q.R. 345. Devant la Cour du Chancelier, il y avait aussi une certaine tendance vers l'emploi de précédents, du moins vers les XVIIe et XVIIIe siècles, vu que la Chancery statuait sur le fond. Voir G.R.Y. Radcliffe & G. Cross, *The English Legal System*, Londres, 1954, à la p. 136 ; D. Lieberman, *The Province of Legislation Determined* [:] *Legal theory in eighteenth-century Britain*, Cambridge, 1989, aux p. 81, 83. Cependant le caractère flexible de l'intervention du Chancelier empêchait la notion de *stare decisis* d'intervenir avant le XIXe siècle. A.K.R. Kiralfy, *Potter's Historical Introduction to English Law and its Institutions*, 4e édition, Londres, 1958, à la p. 280.

(2) Ainsi pour Dawson l'effet principal des *precedents* se fait sentir au début du XVIIe siècle, surtout en matière de procédure et de pratique judiciaire. J.-P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968, à la p. 73.

fallu transformer un droit de caractère processuel en droit substantiel ; il a fallu accepter aussi que la décision judiciaire d'autrefois donnait lieu à une règle cristallisée, de caractère obligatoire.

Avant le XIXe siècle cependant tout indique que les juristes anglais n'ont jamais considéré les décisions judiciaires, de caractère processuel, comme donnant lieu à des règles précises de caractère impératif. La notion de *stare decisis* était absente. Il y avait des raisons pour cette réticence.

Une première raison, évidente, se trouvait dans la structure des cours royales. Non-hiérarchiques, ambulatoires, composées d'un petit nombre de juges dont le travail démontrait un haut niveau de coordination malgré des différences inévitables de personnalité et de tempérament, la structure des cours royales était une structure horizontale, souple, collégiale, à l'intérieur de laquelle la notion de règles impératives, adressées aux membres en nombre restreint de ce petit club d'entreprise commune, aurait semblé inutile sinon incompatible avec les relations qui existaient entre les juges. Aucun juge ne donnerait un ordre à ses collègues ; l'élaboration de la common law était une entreprise commune. Les juges se ralliaient à des solutions qui ont suscité leur accord préalable ou dont l'efficacité était indéniable. Il s'agissait dans tous les cas de rallier l'appui judiciaire et non pas de l'imposer. En dehors du cadre judiciaire il n'y avait pas lieu de faire imposer des règles ; la procédure de la common law était centrée sur la processus interne de cette tradition. A l'intérieur de la tradition on ne pensait pas en termes de règles imposées mais de solutions communément élaborées.

L'attitude qui régnait ainsi à l'intérieur des cours royales, comme méthode de travail, était fondée cependant sur d'autres perspectives, perspectives qui sont inhérentes dans toute tradition juridique fermée ou processuelle, comme celle de la common law. Car la tradition juridique qui n'est pas pleinement ouverte à l'individu, qui ne s'adresse pas directement à l'individu pour le bonifier ou pour le punir, est une tradition juridique restreinte. Étant restreinte, elle laisse nécessairement une place importante dans la société à d'autres formes de régulation sociale. De même, elle ne cherche pas à imposer ses propres critères sur la société qui l'entoure mais sert comme reflet de cette même société, même en articulant ses règles de caractère processuel (3). Le juge qui fonctionne dans une telle tradition restreinte est ainsi un juge restreint. Son rôle est démarqué ; ses fonctions sont limitées. Accepter une notion de chose jugée est déjà une affirmation remarquable et discutable de ce rôle (4).

A travers l'histoire de la common law ses juges ont donc systématiquement nié que leurs jugements représentaient des règles de droit. D'ailleurs, le système de collecte et de reproduction de leurs jugements manquait, de sorte que le refus théorique était accompagné et renforcé par un élément matériel important. Les *Year Books* ne permettaient pas le développement d'un système de collection, de reproduction et de citation de jugements ; la reproduction des jugements pendant les siècles suivants restait entre les mains des juristes particuliers (les *named reports*) ; le juge ne vérifiait pas que son jugement était capté avec précision pour l'avenir ; si le système de plaidoirie permettait l'identification de questions précises, c'était aux fins de résolution du cas et non pas pour établir des règles pour des situations futures ; tous les litiges étaient différents.

La décision antérieure du juge dans ces circonstances devient un élément de preuve de ce que pourrait représenter le droit sur la question soulevée par la nouvelle

(3) Ainsi les brefs de la common law en matière de biens immobiliers n'ont jamais suivi le modèle abstrait continental, pourtant connu, des actions réelles et personnelles, mais ont toujours reflété les particularités du système féodal. Le bref principal en matière immobilière à travers l'histoire de la common law était ainsi le bref de *novel disseisin*.

(4) La notion de chose jugée ou de *res judicata* est très faible dans les traditions juridiques religieuses.

cause. Elle indique une solution possible que le juge dans sa liberté peut suivre ou ne pas suivre, dans sa recherche de ce que les juges dans leur ensemble devraient faire face à de telles situations. Les décisions du passé présentent des analogies avec la situation actuelle. La raison, c'est la comparaison. Blackstone exprime ainsi la conclusion de siècles de réflexion sur le rôle judiciaire en énonçant que les décisions du passé servent comme aide de découverte de la common law mais non pas comme élément constituant (5). On parlera éventuellement de la "théorie déclaratoire du droit". Le juge ne fait pas le droit. Il déclare simplement ce qu'est le droit. On a pu dire, et peut-être on a dû dire, que le juge cherche toujours le droit.

Du XVI^e jusqu'au XIX^e siècle on parle de plus en plus de "precedents" dans la tradition de la common law. Les précédents ont de plus en plus de "poids". Les *Year Books* terminent au XVI^e siècle ; les rapports judiciaires deviennent de plus en plus raffinés et fiables ; une certaine uniformité dans le style de reproduction s'installe au XVIII^e siècle. Les juges tendent de plus en plus à suivre les décisions antérieures, tout en niant leur caractère obligatoire. Il devient de plus en plus possible de suivre une décision antérieure, qui existe telle que reproduite (6). La technologie renforce ainsi un courant intellectuel qui voit le rôle du juge de plus en plus comme source de droit. Au début du XIX^e siècle cependant il n'existe pas de théorie de *stare decisis* en Angleterre (7). Il faudra des réformes fondamentales du XIX^e siècle pour la produire.

II - LES RÉFORMES DU XIX^e SIÈCLE

L'on connaît l'importance des réformes effectuées au XIX^e siècle pour la tradition de la common law. A travers un demi-siècle les fondements du système processuel furent progressivement enlevés pour établir une relation directe entre l'individu et son juge -juge devenu juge du fond et non plus simplement de la procédure (8). Progressivement, à partir de 1832, le droit d'action a été créé (abolition de la nécessité d'un bref pour intenter une action), le droit tout entier devient potentiellement applicable (abolition de la nécessité d'articuler dans la plaidoirie écrite introductive de l'action la nature de la cause d'action), le juge doit juger sur le fond et articuler des raisons pour son jugement (le jury devient optionnel et tombe vite en désuétude) et la faillibilité du juge de première instance est reconnue (la Cour d'appel est créée). A travers ces changements de caractère technique c'est le modèle structurel du droit civil qui s'impose. Le droit substantiel existe ; l'individu peut exiger son application dans son cas ; il est appliqué par un juge ; les erreurs du juge sont corrigés s'il le faut.

C'est suite à ces changements que le principe de *stare decisis* devient articulé en Angleterre. Le juge étant obligé de motiver sa décision, sur le fond, il a fallu un droit substantiel, composé de règles adressées à l'individu. Le contenu de ce nouveau droit substantiel se trouvait dans un mélange des précédents du passé, convertis en règles substantielles, et de la doctrine continentale. L'instrument de la cristallisation de règles, dans l'absence de toute possibilité de promulgation législative (à l'échelle

(5) Sur Blackstone, voir R. Cross et J.-W. Harris, *Precedent in English Law*, 4^e ed., Londres, 1991, aux p. 27-30 ; M. Lobban, *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850*, Oxford, 1991, aux p. 79-86 ; Lieberman, *supra*, note 1, à la p. 85. Pour une appréciation subtile par un juriste français, voir J.-L. Goutal, "Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the United States" (1976) 24 *Am. J. Comp. L.* 43, notamment à la note 27 (juge constatant que la cause est "like the case of...").

(6) L'impression est introduite en Angleterre en 1476 ; les premiers rapports judiciaires imprimés sont publiés en 1537. Voir M.-E. Katsch, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, Oxford, 1989, à la p. 39.

(7) Kiralfy, *supra*, note 1 à la p. 279 ; Lobban, *supra*, note 5, à la p. 83.

(8) Voir H.-P. Glenn, "La civilisation de la common law", à paraître dans *Rev. int. dr. comp.* 1993.

nécessaire), c'était la décision judiciaire. Il a fallu accepter la décision judiciaire comme source constitutive de droit ; il n'y avait pas d'autres possibilités.

Tout indique que l'émergence du principe de *stare decisis* était graduelle à travers le XIX^e siècle (9). Après les premières réformes on a insisté sur la nécessité d'un système de plaidoiries précises (*special pleading* par opposition avec le *general issue*) pour que des règles de droit précises aient pu être articulées, sans être trop mélangées avec les faits, encombrants, de l'espèce (10). La longueur des jugements s'est augmenté de façon importante à travers le XIX^e siècle, aussi bien que les formes d'argumentation utilisées par les juges pour justifier leurs décisions (11). Le système de reproduction des décisions judiciaires devient formalisé. Les réformes matérielles dans la collecte et la reproduction des décisions judiciaires permettent le principe de *stare decisis* d'être étendu à la Cour d'Equity. La notion d'équité comme *exception* à des règles précises en est profondément affecté. Si la source des précédents judiciaires à travers l'histoire de la common law a toujours été la cour supérieure de première instance, la création d'une Cour d'appel en 1875 permet de penser pour la première fois en termes de règles imposées d'en haut. A la fin du XIX^e siècle le point culminant est atteint. La Chambre des Lords se déclare liée par ses propres jugements (12). Aux États-Unis la théorie déclaratoire du droit devient l'objet de ridicule. On oublie l'idée que les décisions judiciaires représentent une entreprise commune pour découvrir ce qu'est la justice. Elles représentent plutôt le droit, et si on persiste dans l'affirmation qu'elles ne font que déclarer le droit il est évident que ce droit, qui serait déclaré, n'existe pas. La common law n'est pas une "omniprésence ruminante" (*brooding omnipresence*) dans le ciel (13). La décision judiciaire devient la manifestation positive de ce qu'est le droit. La question devient cependant celle de savoir si cette dominance de la décision judiciaire peut être maintenue.

III - LE DÉCLIN DE LA NOTION DE STARE DECISIS EN DROIT CONTEMPORAIN

La notion de *stare decisis* a été adoptée ainsi comme mesure pour faciliter la transition de la common law d'un régime processuel ferme ou restreint à un régime processuel ouvert. Son adoption a permis l'articulation d'un corpus de règles qui ont pu être appliquées par les juges dans l'accomplissement de leur nouvelle fonction de statuer sur le fond. Puisque les décisions de l'ancien régime étaient des décisions de nature processuelle leur transformation en règles de nature substantielle était naturellement sélective. La masse des décisions d'autrefois était donc filtrée par la transformation d'un droit processuel en droit substantiel. Le caractère aléatoire des rapports jurisprudentiels dans le passé a aussi servi comme moyen pour alléger le poids de la jurisprudence d'autrefois. La common law moderne, à partir du XIX^e siècle, a pu donc être construite à partir d'une notion de *stare decisis* qui permettait d'alimenter le nouveau corpus de règles avec des décisions d'autrefois et avec la doctrine continentale, sans toutefois inonder le nouveau régime par une masse de décisions dont la valeur précédente était discutabile. La masse de décisions n'était pas augmentée immédiatement et radicalement par le fonctionnement du nouveau régime, du moins pendant le premier siècle de son existence, car la tradition d'une magistrature

(9) Voir Kiralfy, *supra*, note 1, aux p. 279, 280.

(10) Voir Lobban, *supra*, note 5, à la p. 213.

(11) Goutal, *supra*, note 5, aux p. 58-63.

(12) *London Street Tramways Co. Ltd. v. London County Council* (1898) A.C. 375.

(13) C'est la déclaration cassante du juge Holmes dans l'affaire *Southern Pacific Co v. Jensen*, 244 U.S. 205, à la p. 222 (1917).

restreinte en nombre (et de caractère élitiste) constituait un frein important sur le volume des litiges.

Au début du XX^e siècle les pays de common law présentaient donc la situation paradoxale d'un régime processuel ouvert, dans lequel la notion d'un droit substantiel occupait une place importante, accompagné des institutions judiciaires restreintes qui restaient dans une très large mesure ce qu'elles étaient à travers l'histoire de la common law. Certes, l'existence d'une Cour d'appel constituait une nouveauté, mais il y avait peu de juges d'appel et le droit d'appel a pu être radicalement circonscrit, du moins pour le premier siècle de son existence. Une petite magistrature ambulatoire, concentrée en première instance et appuyée surtout par l'existence de juges non professionnels soumis au pouvoir de surveillance et contrôle de cette même magistrature professionnelle, peut-elle répondre au volume de litiges générés par un régime processuel ouvert ? C'est la clé du problème de *stare decisis* dans le pays de common law aujourd'hui. Tout indique que la réponse à cette question est négative.

En effet, dès que le droit s'adresse directement à l'individu sans que des domaines de la vie soient exclus de son application, il existe une pression inexorable sur la magistrature chargée de son application. La magistrature restreinte de la common law reflétait une conception restreinte du domaine du droit dans la société. Les réformes du XIX^e siècle, tout en étant limitées aux questions techniques et institutionnelles, ont enlevé la boucle institutionnelle issue de cette conception restreinte du droit. Le juriste anglais, très différent du juriste des États-Unis quant à sa conception de la place du droit dans la société, se trouve tout de même obligé de travailler dans le même environnement juridique ouvert. Il existe des différences importantes entre les pays de common law. Ils se trouvent tous cependant en situation de réaction contre le volume contemporain de litiges.

La notion de *stare decisis* n'est pas mise directement en cause par un régime processuel ouvert et l'existence d'un droit de nature substantielle. Pendant le dernier siècle la compatibilité de la notion de *stare decisis* avec le nouveau régime processuel a été largement acceptée. La notion de *stare decisis* semblait même être un élément essentiel du nouveau régime, donnant à la common law un instrument contemporain comparable au législateur des pays de tradition civiliste. Cependant, le nouveau régime processuel et la notion d'un droit substantiel ont leur effet sur les institutions de la common law. Les changements institutionnels ont à leur tour une influence importante sur la notion de *stare decisis*.

Quel est l'effet du nouveau régime processuel et de l'existence d'un droit substantiel sur les institutions de la common law ? D'un pays à l'autre il y a des différences importantes mais partout on constate la croissance des institutions pour accommoder le nouveau rôle que joue le droit dans la société. Puisque le droit est là et puisque tout le monde peut réclamer son application, les institutions doivent être disponibles pour assurer son application. Le droit substantiel, pendant longtemps ligoté et caché par les institutions et le droit processuel, devient dominant à son tour et force les institutions à répondre à ces besoins.

La première réaction à la croissance des litiges est une augmentation dans le nombre des juges, à chaque niveau de la nouvelle hiérarchie. Au Royaume-Uni, où la tradition de la common law est la plus fermement ancrée, c'est la réaction principale jusqu'à nos jours, sans autre modification institutionnelle fondamentale. On verra cependant qu'une augmentation dans le nombre des juges est importante en soi pour la notion de *stare decisis*. Ailleurs les réactions sont beaucoup plus importantes. Ainsi dans les juridictions de common law de l'Amérique du Nord le magistrat non professionnel est devenu très exceptionnel et la tendance est nettement en faveur d'une magistrature entièrement professionnalisée, calquée sur le modèle conti-

mental. Le juge pour statuer sur le fond doit bénéficier d'un statut formel et de connaissances approfondies ; le citoyen ordinaire, comme juge, ne présente pas les garanties nécessaires. Il faut donc plus de juges pour satisfaire à la demande et il faut plus de juges parce qu'on ne peut plus faire appel aux juges laïques d'autrefois.

Si la tradition judiciaire de la common law a toujours été celle d'une petite magistrature ambulatoire, de première instance, qui coiffe un nombre de tribunaux inférieurs, l'augmentation du nombre des juges ne peut pas être sans effet sur cette structure de première instance. Ainsi l'augmentation dans le nombre des juges professionnels réduit l'importance des tribunaux inférieurs (surtout ceux composés de magistrats non professionnels), et le besoin d'assurer une justice égale et disponible à travers la juridiction milite contre la tradition du juge ambulatoire. Partout en Amérique du Nord le même phénomène se produit. Le juge professionnel de première instance devient implanté dans les centres judiciaires urbains ; le juge ambulatoire disparaît lentement ; les tribunaux inférieurs deviennent consolidés et voient leur compétence s'approcher de celle des cours supérieures traditionnelles ; le statut des juges de première instance devient uniformisé ; la notion de la supériorité inhérente d'une cour de première instance se perd lentement (14). Sous le volume de litiges et la nécessité d'assurer le déroulement loyal des instances, le nouveau juge de première instance devient de plus en plus impliqué dans la procédure ; la procédure dite *adversarial* est mise en cause. Le juge de première instance est donc juge de fait et juge de procédure. Dans tous les cas il est juge local. Son jugement constitue-t-il une règle de droit pour tout le pays ou pour toute la juridiction ? Il devient de moins en moins possible de penser de tels juges comme sources d'un droit commun. Ils décident sur les faits et appliquent le droit, dans leur ville et dans leur région. Leurs décisions restent, mais seules les parties s'y intéressent vraiment. Le jugement n'a qu'un effet relatif. Le droit doit venir d'ailleurs.

Ainsi la décision du tribunal de première instance dans les juridictions de common law représente de moins en moins une règle de droit qui doit être suivie à l'avenir. Elle représente plutôt un cas d'application, locale, du droit. L'attention se dirige donc vers les Cours d'appel pour les précédents nécessaires.

A cause de la position d'une Cour d'appel dans une hiérarchie de tribunaux, la décision d'une Cour d'appel aura une plus grande résonance qu'une décision de première instance. Dans la mesure, cependant, que les décisions des tribunaux de première instance se dévalorisent, n'étant que des décisions fort possiblement erronées de juges locaux, la pression sur les cours d'appel augmente. Les cours d'appel des pays de common law ne sont plus ce qu'elles étaient lors de leur création -lointaines, isolées, difficiles d'accès, n'ayant aucune tradition d'ouverture. En Angleterre, il est vrai, il n'y a qu'une seule Cour d'appel et ses décisions gardent probablement la plus grande force normative de toutes les cours d'appel du monde de la common law. Ailleurs, cependant, les cours d'appel se multiplient et se plient sous le poids des appels. Aux États-Unis le système de deux cours d'appel au niveau étatique est très fortement répandu. Il faut une première cour d'appel dont la tâche ne serait que de juger en appel. Puisque cette cour est tellement débordée d'appels, il faut une deuxième cour d'appel dont l'accès serait nettement plus restreint et dont la fonction serait surtout de dire le droit. La source des précédents impératifs serait donc maintenant au troisième niveau de la hiérarchie des cours. Cependant ces cours d'appel suprêmes sont inondées elles-mêmes, non pas nécessairement d'appels, mais de demandes de permission de faire appel, et il n'y a aucune cour d'appel aux États-

(14) Aux États-Unis la notion d'un droit d'appel généralisé existe partout et la cour supérieure de première instance est l'objet de contrôle et de surveillance par les cours d'appel. Le rôle traditionnel des cours supérieures de première instance en droit administratif a donc largement disparu.

Unis qui ne se trouve pas surchargée de travail et dépourvue du temps et des moyens nécessaires pour fonctionner comme véritable source de droit. Tous les jugements de ces cours d'appel devraient constituer des précédents. Or on connaît aux États-Unis, surtout au niveau fédéral, le phénomène des "non-precedential precedents", les décisions dont la reproduction ou la citation est formellement interdite par la cour dans l'espoir de réduire l'impact possible de certaines décisions pour augmenter celui des autres (15). Encore au niveau fédéral aux États-Unis on discute le phénomène de l'"intracircuit noncompliance", le rejet complet de toute force précédentielle d'une décision judiciaire par un ministère de l'État qui n'accepterait un effet négatif sur ses politiques d'une décision judiciaire qu'en ce qui concerne les parties au litige (16). C'est l'effet relatif des jugements, sans plus.

Au sommet des hiérarchies des tribunaux dans les pays de common law il y a les cours suprêmes. Elles aussi sont débordées et limitent de façon très importante l'accès des justiciables, en exigeant une autorisation de faire appel devant la Cour. Puisque ce sont des affaires qui sont considérées comme très importantes qui sont autorisées à être entendues, les jugements de ces cours sont rédigés de façon large, écrits souvent avec l'aide des clerks de la Cour, et souvent sont limités aux questions de droit constitutionnel. L'inaccessibilité d'une telle cour et l'importance de ses décisions ont un effet certain sur la valeur précédentielle de ses jugements. Aux États-Unis la Cour est souvent très divisée et l'on se demande comment tirer une règle de droit d'une décision d'une pluralité de ses juges (17). On connaît aussi l'argument de Gilmore, à l'effet que l'inaccessibilité de la Cour suprême des États-Unis l'empêche de garder sa jurisprudence à jour. Les tribunaux inférieurs ne seraient donc pas liés par les décisions de la Cour suprême qui sont tombées en désuétude (18).

A tous les niveaux des tribunaux des pays de common law on voit donc l'effet institutionnel de l'ouverture juridique du XIXe siècle. Le flot de litiges provoque l'ouverture, l'élargissement et la démocratisation des institutions. Le volume de décisions qui en est le résultat, en combinaison avec les changements institutionnels, donne lieu actuellement à des révisions formelles de la notion de *stare decisis*. Il y a aussi des changements importants de caractère informel.

En Angleterre l'on sait que la *Chambre des Lords* s'est libérée du fardeau de ses propres décisions en 1966 (19). La décision est très importante pour les sources de droit en Angleterre, car la législation a été d'un coup libérée d'interprétations de caractère permanent. Le sens de la loi peut maintenant être recherché plus librement. Au niveau de la Cour d'appel on enseigne que la Cour reste liée par ses propres jugements, mais puisque la Cour est maintenant composée de dix-sept juges qui sont divisés en *panels* pour siéger, le caractère obligatoire de ses propres décisions est maintenant contestée au sein de la Cour et par la doctrine (20). La notion que les décisions de la *Chambre des Lords* qui sont tombées en désuétude ne doivent pas être

(15) Voir Reynolds & Richman, "The Non-Precedential Precedent - Limited Publication and No-Citation Rules in the United States Courts of Appeals" (1978), 78 Col. L. Rev. 1167. Voir aussi, pour l'interdiction par la Chambre des Lords en Angleterre de la citation des jugements non-rapportés de la Cour d'appel, sans autorisation, *Roberts Petroleum Ltd. v. Bernard Kenny Ltd. (in liquidation)*, (1983) 1 All E.R. 564.

(16) Voir le débat dans S. Estreicher & R. Revesz, "Nonacquiescence by Federal Administrative Agencies" (1989), 98 Yale L.J. 679; M. Diller & N. Morawetz, "Intracircuit Nonacquiescence and the Breakdown of the Rule of Law: A Response to Estreicher and Revesz" (1990), 99 Yale L.J. 801; S. Estreicher & R. Revesz, "The Uneasy Case Against Intracircuit Nonacquiescence: A Reply" (1990), 99 Yale L.J. 831.

(17) Voir L. Novak, "The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions" (1980), 80 Col. L.R. 576.

(18) G. Gilmore, *The Ages of American Law*, Yale U. Press, New Haven, 1977, p. 98.

(19) *Practice Statement* (1986) 1 W.L.R. 1234.

(20) Cross, aux p. 6, 110-112.

suivies a aussi fait surface (21). Le professeur Jolowicz a écrit récemment que la notion de *stare decisis* "se détruit d'elle-même assez souvent" (22). Si toutes les décisions sont correctes, il faut noyer les mauvaises parmi les bonnes "par un processus d'harmonisation de toutes les décisions rendues sur un point de droit" (23).

Même ce processus d'harmonisation intellectuelle serait largement abandonné aux États-Unis, sous le poids des décisions et l'effet de l'ordinateur. On peut faire la collecte de toutes les décisions; on peut donc les peser au lieu de les juger. On parle de l'emploi d'un "syllogisme statistique" dans le raisonnement juridique ("La plupart des hommes sont mortels; Socrate est un homme..."). Il n'y aurait rien de normatif dans ce processus (24). On suit le courant. Tous les cas sont plus ou moins pareils. Sur le plan des règles formelles, la Cour suprême des États-Unis n'est pas liée par ses propres précédents; les cours d'appel ne sont pas liées par les leurs. Ailleurs on cherche les tendances dans la jungle de la jurisprudence étatique. Faute de tendance on analyse les intérêts en cause. Le droit cède sa place à l'analyse économique.

Les pays du Commonwealth se trouvent à mi-chemin entre ces deux pôles du monde de la common law. Au Canada la Cour suprême s'est libérée récemment de ses propres décisions antérieures; les cours d'appel de façon générale ont suivi le mouvement. Malgré la construction sous le régime britannique d'un système judiciaire largement fidèle au modèle de la common law, les juges du Québec, à quelques exceptions près, n'ont jamais adopté la notion de *stare decisis*. L'existence d'un système processuel ouvert et un droit substantiel, codifié de surcroît, s'y opposent. Le cas du Québec est fort intéressant. Influence par la tradition de la common law et les pratiques nord-américains, la collecte et la reproduction des décisions judiciaires y est très développée. On peut y voir un précurseur de ce que pourrait se passer dans le monde de la common law, avec l'affaiblissement de la notion de *stare decisis*, et un précurseur de ce qui se passe dans le monde du droit civil, sous l'impact de l'ordinateur pour la collecte des décisions judiciaires. Partout dans le monde de la common law les décisions de première instance, largement rapportées, touchent surtout aux faits. Le jugement de première instance, s'il est intéressant, sert surtout aujourd'hui comme fondement d'appel. La normativité d'une décision de première instance a largement disparue.

CONCLUSION

Le professeur Carbonnier a remarqué récemment que la jurisprudence ne peut pas être une source autonome de droit. Elle représenterait plutôt "la transparence de la loi" ou la "fondation d'une coutume" (25). Les développements modernes dans le monde de la common law semblent renforcer la sagesse de cette remarque. C'est le cas que la législation augmente en importance dans les pays de common law. C'est le cas aussi, surtout aux États-Unis, que le caractère coutumier ou simplement habituel de la jurisprudence semble dominer. Cependant, à travers l'histoire pré-moderne de la common law, qui a duré quelques huit siècles, les juges de la common law ont combattu à la fois cette idée et l'idée que la décision judiciaire en soi représente une règle judiciaire. Ils ont suggéré plutôt que leur jurisprudence représente le véritable raisonnement juridique. Cet enseignement a besoin d'être entendu encore aujourd'hui.

(21) *Ibid.*, p. 71

(22) J.-A. Jolowicz.

(23) *Ibid.*

(24) Goutal, *supra*, note, aux p. 51, 52.

(25) J. Carbonnier, *Correspondance*, Rev. tr. dr. civ. 1992.342.