

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse 1 Capitole

Présentée et soutenue par
Florent TAP

Le 4 décembre 2019

Recherche sur le précédent juridictionnel en France

Ecole doctorale : **Droit et Science Politique**

Spécialité : **Droit - EDSJP Toulouse**

Unité de recherche :

IRDEIC - Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé

Thèse dirigée par

Mme Wanda Mastor, Directrice de thèse
Professeure à l'Université Toulouse I Capitole

M. Xavier Magnon, Directeur de thèse
Professeur à l'Université Aix-Marseille

Jury

M. Grégoire Bigot
Professeur à l'Université de Nantes

M. Mathieu Carpentier
Professeur à l'Université Toulouse I Capitole

Mme Pascale Deumier
Professeure à l'Université Jean Moulin Lyon III

M. Fabrice Melleray
Professeur à Science Po Paris, École de droit

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières de l'auteur. »

À mes parents et à mon frère,

À Emmanuelle.

REMERCIEMENTS

J'adresse mes plus sincères remerciements aux professeurs Wanda Mastor et Xavier Magnon pour la direction de cette recherche. C'est véritablement par leurs conseils, leur bienveillance, leur présence et la confiance qu'ils m'ont toujours accordée que ce travail doctoral a pu aboutir.

Je remercie également les professeurs Pascale Deumier, Grégoire Bigot, Mathieu Carpentier et Fabrice Melleray, pour l'honneur qu'ils m'ont fait en acceptant de lire et d'évaluer ce travail.

Que soit aussi spécialement remerciée le professeur Aurore Gaillet, pour le temps consacré sans compter, pour sa curiosité, sa clairvoyance et ses conseils prodigués à des moments cruciaux de la construction de cette thèse.

Merci à tous ceux qui ont accepté de relire cette thèse et d'en extraire les fautes, coquilles, maladroites et incohérences. Ce n'est que par leur aide que ce travail est aujourd'hui présentable : ma chère mère, Amelia, Camille, Marie-Céline, Noémie, Paul R., Paul T., Quentin et Sebastiaan. Merci à Marie-Céline et Matthieu pour leur aide précieuse à la finalisation du manuscrit.

Parce que cette aventure doctorale fut aussi celle de l'amitié, je tiens à adresser de chaleureux remerciements à Anthony, Florent, Julien, Valentin et Quentin. À nos fous rires, nos immanquables rendez-vous de midi, au monde que nous avons maintes fois tenté de refaire en vain et à tous les bons moments passés et à venir.

Merci enfin au Monastère de Terrasson et à ses fidèles, qui ont profondément transfiguré les dernières années de ce travail.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJJC	<i>Annuaire international de justice constitutionnel</i>
AJ fam.	<i>Actualité juridique famille</i>
AJDA	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
Al.	alinéa
APD	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Art.	article
BJCL	<i>Bulletin juridique des collectivités locales</i>
BJCP	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
c.	Contre
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	commentaire
concl.	conclusions
CCC	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
CDE	<i>Cahiers de droit européen</i>
CE	Conseil d'État
CE ass.	Arrêt d'assemblée du Conseil d'État
CE sect.	Arrêt de section du Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJA	Code de justice administrative
COJ	Code de l'organisation judiciaire

Cons. const.	Conseil constitutionnel
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
DA	<i>Droit administratif</i>
Dact.	dactylographié
Déc.	décision
Dr. soc.	<i>Revue droit social</i>
éd.	édition
EDCE	<i>Etudes et documents – Conseil d’État</i>
GACA	<i>Grands arrêts du contentieux administratif</i>
GAJA	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
Gaz. Pal.	<i>La gazette du Palais</i>
JCl.	<i>Jurisclasseur</i>
JCP A.	<i>La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales</i>
JCP. G.	<i>La semaine juridique, édition générale</i>
JO	<i>Journal officiel de la République française</i>
LPA	<i>Les Petites Affiches</i>
NCCC	<i>Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel</i>
Not.	notamment
p./pp.	page/pages
PUAM	Presses universitaire d’Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RDC	<i>Revue des contrats</i>

RDP	<i>Revue de droit public et de science politique en France à l'étranger</i>
Req.	Requête
Rev. adm.	<i>Revue administrative</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
RHD	<i>Revue historique de droit français et étranger</i>
RHFDSJ	<i>Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RIEJ	<i>Revue interdisciplinaire d'études juridiques</i>
RJE	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
RRJ-DP	<i>Revue de la recherche juridique. Droit prospectif</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
RTD eur.	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
sp.	Voir spécialement
v. not.	Voir notamment
vol.	Volume

INTRODUCTION

1. Développement d'une culture précédentielle en France. L'évolution contemporaine du droit et du discours sur le droit en France tend à révéler le développement d'une véritable « culture précédentielle ». Il s'agit, par cette expression, de désigner la tendance, au sein de la culture juridique des acteurs et des observateurs du système juridique français, à une prise en compte accrue et plus systématique des précédents juridictionnels. En ce sens, les précédents deviennent, d'une part, des sources de décision de plus en plus importantes pour les acteurs et, d'autre part, des éléments de référence dans l'appréciation du droit positif par les observateurs. L'apparition de cette culture précédentielle est très clairement identifiable dans le discours doctrinal des dix dernières années. De nombreuses études ont en effet eu recours à la notion de précédent ou ont étudié le phénomène du précédent devant les juridictions françaises. Ce changement s'explique essentiellement par l'émergence d'un contexte propice à une reconnaissance du pouvoir normatif du juge en France. La réception française de la notion de précédent, conditionnée par un certain prisme relatif au pouvoir normatif du juge (§ 1), rend nécessaire une clarification de cet objet et justifie une étude de fond sur la notion de précédent en France (§ 2). Après avoir présenté les contours méthodologiques qui guideront ces réflexions (§ 3), ainsi que la définition retenue de l'objet « précédent » (§ 4), la thèse d'un précédent spécifiquement français et ses enjeux pourront enfin être exposés (§ 5).

§ 1. *La réception française de la notion de précédent*

2. La réception de la notion de précédent en France est indissociable de la compréhension des systèmes de *common law*. Il apparaît en effet que le recours au terme de précédent pour qualifier le droit créé par le juge en France est conditionné par une vision spécifiquement française du *common law* (A) qui tend par ailleurs à accréditer la thèse du rapprochement des systèmes de *common law* et de *civil law* sur la question du pouvoir normatif du juge (B).

A – Une réception conditionnée par une certaine vision du *common law*

3. **L'association du *common law* et du pouvoir normatif du juge.** La notion de précédent est le plus souvent associée, même de façon simplement intuitive, aux systèmes de *common law*. Elle est en effet quasi exclusivement employée pour désigner la création de droit par le juge dans ces systèmes, qui sont présentés comme reconnaissant une valeur obligatoire aux précédents. Par association d'idées, l'on retrouve alors un lien systématique entre *common law* et reconnaissance officielle du pouvoir normatif du juge. La majorité de la doctrine française considère que le principal élément de dissociation entre les systèmes continentaux et les systèmes de *common law* réside précisément dans cette valeur juridique accordée aux précédents. Cette conception est, en partie, le fruit de l'influence de l'œuvre de R. David sur la doctrine française. Dès 1950, R. David publie son *Traité élémentaire de droit civil comparé*, dans lequel il intègre de nombreux développements généraux relatifs aux sources du droit en *common law*, spécifiquement anglais. Il y expose l'idée selon laquelle « (l)a caractéristique essentielle du droit anglais, celle qui l'oppose fondamentalement au droit français, paraît résider dans le fait que le droit anglais reconnaît l'existence de la "règle du précédent" (*rule of precedent*), alors que le droit français ignore cette règle »¹. Il reprendra globalement ces considérations dans *Les grands systèmes de droit contemporains*, dont la première édition paraît en 1964². Édité pour le douzième fois en

¹ R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1950., p. 272.

² R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains (droit comparé)*, Paris, Dalloz, 1964.

2016³, l'ouvrage continue de servir de référence, en langue française, pour une approche généraliste sur le *common law*. Il y est soutenu la thèse selon laquelle le *common law* est essentiellement un « droit jurisprudentiel »⁴, dans lequel « (l)es règles que les décisions judiciaires ont posées doivent être suivies, à peine de détruire toute certitude et de compromettre l'existence même (du) *common law* »⁵. Cette position a connu une importante postérité et la plupart des ouvrages généraux français d'introduction au droit, ou relatifs au droit comparé et aux grands systèmes de droits étrangers, évoquent ce lien intrinsèque entre *common law* et précédent obligatoire, et en font l'élément principal de distinction entre *common law* et systèmes continentaux⁶.

4. Une conception du *common law* conditionnée par une vision continentale.

Il semble qu'une large partie de la doctrine française appréhende le *common law* par le biais d'une

³ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORE, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 12^e éd., 2016.

⁴ *Ibid.*, p. 302.

⁵ *Ibid.*

⁶ V. par ex. : P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2017, pp. 313-317 ; M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit. Droit des personnes. Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2^e éd., 2011, p. 49 : selon le « principe du précédent », « les juridictions anglaises sont liées tout à la fois par leurs propres décisions antérieures mais aussi par celles rendues par les juridictions qui leur sont supérieures » ; J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Dalloz, 17^e éd., 2018, p. 198 : « Il y a là, assurément, aussi bien pour le droit public que pour le droit privé, une singulière différence avec l'exemple type de droit jurisprudentiel que constitue le droit anglais. Ce système juridique, où la jurisprudence joue un rôle prééminent dans la création du droit, est caractérisé par la règle du précédent (*rule of precedent*) qui oblige les juges à respecter et à appliquer les principes de solution antérieurement affirmés par eux-mêmes et leurs prédécesseurs » ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 13^e éd., 2019, pp. 147-148 : « En droit anglais, la règle du précédent s'applique avec beaucoup de rigueur. Mais seul le raisonnement essentiel ayant conduit à la décision (*ratio decidendi*) a valeur de précédent, et il ne s'impose qu'aux juridictions hiérarchiquement égales ou inférieures. C'est ainsi que la source principale de droit dans les pays de *Common Law* est la jurisprudence » ; Ch. ALBIGES, *Introduction au droit*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2015, p. 49 : le *common law* a « pour principale particularité d'être dominé par la règle dite du "précédent" » ; G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains. Introduction au droit comparé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 3^e éd., 2015, pp. 85-96 : l'auteur souligne que, en *common law*, « la jurisprudence lie officiellement le juge (*binding precedent*), non pas seulement parce que méconnaître un précédent aurait pour conséquence la réformation de sa décision par une juridiction supérieure, mais encore parce que telle est la règle : le juge applique les solutions des décisions passées pour la seule raison qu'elles existent » ; E. CARPANO, E. MAZUYER, *Les grands systèmes juridiques étrangers*, Paris, Lextenso, 2011 : les auteurs évoquent la jurisprudence comme « source principale du droit anglais » (p. 182), avec pour conséquence que « les juridictions sont tenues de respecter leurs propres précédents et ceux des juridictions qui leur sont supérieures » (p. 185). Les auteurs concluent : « Au total, on peut définir le précédent comme toute règle de droit énoncée dans une décision de justice à l'occasion d'une affaire semblable qui doit être considérée comme s'imposant aux juges de même rang ou de rang inférieur » (p. 186) ; Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009, p. 79 : « Le phénomène consistant à rechercher des principes de solution dans les décisions antérieures et à les appliquer afin de trancher de nouveaux litiges correspond à ce que l'on dénomme "la jurisprudence" en droit français et le précédent en *common law* ». L'auteur ajoute que c'est la « force juridique », ou « force obligatoire » des précédents qui est le principal facteur de distinction entre *common law* et système continental.

certaine conception continentale des sources du droit, spécialement en ce qui concerne le statut normatif de la jurisprudence. Affirmer que les systèmes de *common law* sont de nature essentiellement jurisprudentielle revient à présupposer que la jurisprudence en *common law* correspond globalement au même phénomène que sur le continent, avec une simple variante tenant à la valeur juridique que le système lui reconnaîtrait, et dont elle serait privée en France. Une étude plus approfondie de ces systèmes et de leur littérature théorique révèle cependant une complexité et certaines subtilités qu'une approche généraliste ne peut, par définition, fournir. Il apparaît dès lors que le précédent de *common law* ne correspond pas à la conception générale que l'on en a en France, en ce sens qu'il ne s'agit pas nécessairement de la formulation d'un principe général par le juge et systématiquement identifiable dans sa motivation. La construction d'un système précédentiel en *common law* prend racine dans le développement historique du droit anglais et dans une conception fondamentalement judiciaire et coutumière du droit. Si une telle conception pouvait être familière aux juristes médiévaux français, elle est en revanche devenue inconcevable après la Révolution française. Le légalisme révolutionnaire, en assimilant le droit à la loi, a entraîné une conception exclusiviste des sources du droit : ne peut alors être qualifié de droit que ce qui s'apparente, formellement et matériellement, à la loi. De ce point de vue, si le juge crée du droit par le biais de la jurisprudence, celle-ci doit présenter les mêmes qualités que la loi. La réception française du *common law* se fait donc à travers un certain nombre de schèmes et de présupposés continentaux, fondamentalement légicentristes, ce qui n'est pas sans poser de sérieuses difficultés lorsque l'on aborde les rapports entre les systèmes et la question des emprunts conceptuels. Cela aboutit à une situation complexe selon laquelle, comme l'a synthétisé O. Pfersmann, les systèmes de *common law* ne seraient pas à proprement parler des systèmes de *common law* tels que nous les percevons, « alors que les systèmes européens, si l'on considère tels que les présente la doctrine dominante seraient des systèmes de *Common Law* telle que l'on se représente normalement (le) *Common Law* en dehors des systèmes de *Common Law* »⁷. Selon cette perspective, la réception française de la notion de précédent apparaît comme une démarche de légitimation du pouvoir créateur du juge en France.

5. L'usage du terme « précédent » comme légitimation du pouvoir normatif du juge en France. La réception française du *common law* conduit à présenter ces systèmes, sans

⁷ O. PFERSMANN, « Le problème des normes paratopiques », in. *Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 564.

nuances historiques et géographiques, comme des systèmes dans lesquels la jurisprudence est obligatoire, c'est-à-dire des systèmes dans lesquels le juge crée du droit. La catégorie « *common law* » correspond ainsi à un système qui validerait, du point de vue du droit positif, la thèse du pouvoir normatif de la jurisprudence. Le résultat de ce droit créé par le juge dans les systèmes de « *common law* » est ainsi appelé « précédent ». Cette réception particulière du *common law* doit, en outre, être lue dans la perspective de l'évolution du rôle et du pouvoir créateur du juge en France. Le raisonnement est alors le suivant : si le juge en France accède à un véritable pouvoir créateur, la France tend à se rapprocher d'un système de *common law*, et il devient donc pertinent de parler de « précédent » en France. L'emploi d'un vocable *a priori* spécifique aux systèmes de *common law* pour décrire la portée d'une décision de justice en France revêt, selon cette perspective, une fonction de légitimation du pouvoir normatif du juge français. Si l'expression « jurisprudence » est associée à une simple autorité de fait, aussi importante qu'elle puisse être par ailleurs, celle de « précédent » est intuitivement rattachée à une véritable autorité de nature juridique. En définitive, il s'agit de justifier le fait que les juges, dans le système français, créent des normes générales obligatoires, en se référant au cadre conceptuel de systèmes dans lesquels les juges disposent effectivement de ce pouvoir.

Cette démarche de légitimation du pouvoir normatif du juge en France est accompagnée par un certain contexte propice à la reconnaissance du pouvoir normatif du juge en France. Cette conception accrédirait globalement la thèse selon laquelle il existerait un rapprochement des systèmes de *common law* et de *civil law*, et que le pouvoir créateur du juge viendrait en définitive cristalliser cette synthèse.

B – Une réception favorisée par un contexte propice à la reconnaissance du pouvoir normatif du juge

6. **Le rapprochement des systèmes de *common law* et de *civil law*.** La fin du XXe et le début du XXIe siècle sont marqués par un rapprochement des cultures juridiques de

common law et de celles dites continentales, romano-germanique ou de *civil law*⁸. Historiquement, ces deux grandes familles de droit sont fondées sur un socle commun et sont toutes deux le fruit d'une certaine tradition juridique occidentale, apparue dès le XI^e siècle⁹. Cette perspective permet de concevoir « les traditions de *common law* et de *civil law* comme des expressions d'une même tradition juridique de fond, appelée tradition juridique occidentale, qui se serait développée à l'époque de la réforme grégorienne comme un sous-produit du grand effort intellectuel et politique de réforme de l'Église de Rome »¹⁰. L'on perçoit alors les « racines » communes de cette tradition juridique occidentale, « qui s'est formée historiquement dans l'Europe du XI^e siècle en renvoyant à la question éternelle des rapports entre justice, droit, politique, morale et religion »¹¹. De ce ferment commun ont néanmoins éclos différentes traditions particulières dans la suite des siècles, traditions qui ont notamment permis d'identifier, avec R. David, deux principaux « systèmes de droit occidental »¹² : le *common law* et le droit continental. En dépit de toutes les limites que présente une telle classification, du fait notamment d'une trop grande généralité¹³, elle a néanmoins permis de systématiser les traits caractéristiques spécifiques de ces deux familles. À cet égard, la famille de *common law* est « née en Angleterre à la fin du Moyen-Âge et au début de la Renaissance » puis a « été transplantée dans tous les États anglophones »¹⁴ du *Commonwealth*. Elle prend racine dans le système anglais, de nature fondamentalement judiciaire, qui a donné naissance à « un droit de praticiens dans

⁸ Sur ce rapprochement, v. not. : D. FAIRGRIEVE, H. MUIR-WATT, *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, Paris, PUF, 2006 ; M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p. 97 ; A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011, p. 45 ; R. DAVID, « La jurisprudence. Recherche sur la doctrine. Source d'unification du droit : indications générales », *RRJ-DP* 1985, p. 775 ; « Le droit continental, la *common law* et les perspectives d'un *jus commune* européen », in. M. Cappelletti (dir.), *New Perspectives for a Common law of Europe*, London, Leyden, Boston, Sijthoff, 1978, p. 115 ; M. ROSENFELD, X. PHILIPPE, G. SCOFFONI, M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Rapprochements et divergences persistantes des systèmes juridiques de *Civil Law* et de *Common Law* », *AIJC* 2008, n° 24, p. 33 ; S. CAPORAL, « Le revirement de jurisprudence, lieu de rapprochement entre les systèmes de *civil law* et de *common law* », in. E. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 265.

⁹ R. DAVID, « Existe-t-il un droit occidental ? », in. *Twentieth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyde, A. W. Sythoff, 1961, p. 56 ; A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 45 et s., sp. p. 54.

¹⁰ A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 56.

¹¹ *Ibid.*, p. 57.

¹² R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, *op. cit.*, p. 227.

¹³ Pour une présentation critique de la classification en famille, v. not. : M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, pp. 43-45.

¹⁴ A. J. BULLIER, *La common law*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2016, p. 13.

lequel le droit processuel tient une place de premier plan »¹⁵. La famille romano-germanique renvoie, quant à elle, à l'évolution des systèmes juridiques continentaux influencés par le droit romain, le droit canon et les coutumes germaniques. Ces systèmes ont, à partir du XIXe siècle, amorcé de grandes entreprises de codification du droit, spécialement en France, modèle que les conquêtes napoléoniennes puis l'œuvre de colonisation ont permis d'exporter dans le monde entier¹⁶. D'une façon schématique, le principal élément de distinction entre les deux familles réside dans l'appréhension des sources du droit : la famille de *common law* serait essentiellement judiciaire et dépourvue de codification législative, la famille romano-germanique serait fondamentalement législative et ne reconnaîtrait qu'un rôle secondaire au droit d'origine judiciaire. Si, comme le souligne M. Cappelletti, « il demeure certainement entre les deux systèmes une différence de degré, (...) cette différence même est en voie de s'atténuer »¹⁷. Les deux familles ayant en effet émergé d'une tradition commune, elles n'ont pas, fondamentalement, de différences de nature quant à leur compréhension des sources du droit. Les simples différences de degré existant entre elles se sont, à la faveur des évolutions historiques, accentuées puis progressivement résorbées. C'est donc à partir du XIXe siècle, et de façon accrue au XXe, que se manifeste le développement du pouvoir normatif des juges dans les systèmes romano-germaniques. Dans le même temps, la loi occupe une place de plus en plus prégnante dans les systèmes de *common law*. De la même manière, il apparaît une relativisation de l'autorité stricte des précédents en *common law*, ainsi qu'un phénomène corrélatif de désacralisation de la loi en France. Le système états-unien fait, sur ce point, figure de modèle intermédiaire, ayant intégré tout à la fois le pragmatisme judiciaire du *common law* anglais et le légalisme continental des Lumières. Cette synthèse se traduit également dans l'apparition de certains systèmes de droit qualifiés de « mixtes »¹⁸.

¹⁵ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORE, *Les grands systèmes de droit contemporains*, *op. cit.*, p. 242.

¹⁶ *Ibid.*, p. 59.

¹⁷ M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁸ Sur les systèmes mixtes, v. not. : V. V. PALMER (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide : The Third Legal Family*, Cambridge, Cambridge University Press, 2nd ed., 2012 ; *id.*, « Two Rivals Theories of Mixed Legal Systems », 3 *Journal of Comparative Law* (2008), p. 7 ; H. P. GLENN, « Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions », in. M. REINMANN, R. ZIMMERMANN (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 421 ; R. W. LEE, « The Civil Law and the Common Law : a World Survey », 14 *Michigan Law Review* (1915), p. 89 ; J. DU PLESSIS, « Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems », in. M. REINMANN, R. ZIMMERMANN (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, *op. cit.*, p. 477 ; K. G. C. REID, « The Idea of Mixed Legal Systems », 78 *Tulane Law Review* (2003), p. 5.

7. Une unification des systèmes favorisée par le droit supranational. Le droit international, public comme privé, et le développement des systèmes européens intégrés du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, ont largement contribué à réduire les différences entre *common law* et *civil law*. D'une façon générale, l'institutionnalisation d'une véritable société internationale après la Seconde Guerre mondiale et l'intensification des relations interétatiques ont permis l'élaboration d'un droit international de plus en plus technique et important. L'intervention des États dans des domaines communs a, par ailleurs, exigé une certaine uniformisation matérielle du droit applicable. C'est notamment le rôle assigné à l'organisation UNIDROIT¹⁹, définie par l'article 1^{er} de son statut organique, comme une « organisation intergouvernementale indépendante » dont l'« objet est d'étudier les moyens et méthodes en vue de moderniser, harmoniser et coordonner le droit privé – en particulier le droit commercial – entre des États ou des groupes d'États et, à cette fin, d'élaborer des instruments de droit uniforme, des principes et des règles ». Il apparaît ainsi que « ces efforts supposent tous une réflexion de droit comparé sur la part respective (du) *common law* et du droit civil, sur la faisabilité d'une harmonisation dans certains secteurs ou encore sur les relations entre un travail d'harmonisation universel et les entreprises d'intégration régionales en cours »²⁰. De la même manière, les systèmes européens intégrés, par le biais de la Cour de justice de l'Union²¹ et de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH ci-après)²², ont largement contribué à une synthèse, autant formelle que matérielle, des traditions de *common law* et de *civil law*. Ce syncrétisme se retrouve spécifiquement dans le style de rédaction des arrêts et le rapport de ces cours vis-à-vis de leurs précédents. Les arrêts sont généralement très développés, une importance toute particulière y est accordée au rappel des faits pertinents, spécialement devant la Cour EDH, et les précédents, bien que n'étant pas formellement reconnus comme

¹⁹ V. par ex. : Ch. LAROMET, « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP G.* 1997, n° 14, p. 147 ; M. J. BONELL, « Les principes d'Unidroit comme moyen d'interpréter et de compléter le droit international uniforme », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 2002, supp., p. 29 ; F. DESSEMONTET, « L'utilisation des principes d'UNIDROIT pour interpréter et compléter le droit national », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 2002, supp., p. 39. J. A. ESTRELLA FAIRA, « Unidroit : forum international d'élaboration de normes de droit privé », *D.* 2011, n° 36, p. 2528 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « UNIDROIT, la CNUDCI et le droit international des contrats », *Revue des contrats* 2012/4, p. 1355.

²⁰ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORE, *Les grands systèmes de droit contemporains*, *op. cit.*, p. 9.

²¹ L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD eur.* 2009, p. 643 ; A. RIGAUX, D. SIMON, « Le précédent dans la jurisprudence du juge de l'Union », *op. cit.*

²² F. SUDRE, « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », in. H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, 2008, p. 171 ; A. PALANCO, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

obligatoires, sont mentionnés et les juges font explicitement état de leur raisonnement sur la pertinence de suivre, préciser ou abandonner tel ou tel précédent. Devant composer avec différents États membres aux traditions et cultures juridiques variées, ces cours européennes ont, dans un premier temps, opéré une synthèse de courants parfois contradictoires avant d'être, dans un second temps, un important vecteur d'uniformisation des traditions juridiques, spécialement des styles judiciaires et de la motivation des décisions de justice. Il faut relever ici l'influence toute particulière de la jurisprudence de la Cour EDH²³, imposant notamment au juge français une motivation renforcée dans le cas d'un revirement de jurisprudence²⁴.

8. État de droit, constitutionnalisme et droits fondamentaux. Largement comprise, la notion d'État de droit fait référence à un système fondé sur la prééminence du droit à l'égard de l'action des autorités étatiques. Déclinée sous diverses figures, État de droit en France, *Rechtsstaat* en Allemagne ou *Rule of Law* en Angleterre²⁵, cette notion renvoie cependant à un certain nombre d'invariants : « principe de primauté de la constitution et de sa garantie juridictionnelle, soumission de l'administration et de la justice à la loi et au droit, réserve de loi qui interdit à l'exécutif d'agir sans une base législative suffisante, principe d'applicabilité immédiate des droits fondamentaux, séparation des pouvoirs, sécurité juridique (...), responsabilité de la puissance publique, principe de proportionnalité, droit au recours et garanties procédurales »²⁶. L'État de droit permet de rendre opposable à la puissance publique un certain nombre de droits subjectifs détenus par les individus. Or, comme le souligne O. Jouanjan, « si les personnes privées sont titulaires de droits subjectifs opposables à l'État, il apparaît nécessaire qu'un juge puisse en assurer le respect »²⁷. Cela s'est traduit, formellement, par l'avènement du constitutionnalisme moderne et le développement d'une justice

²³ CEDH, 30 août 2011, *Boumaraf c. France*, n° 32820/08 ; CEDH, 18 décembre 2008, *Unédic c. France*, n° 20153/04 ; CEDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, n° 36815/03.

²⁴ J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2010, p. 997 ; C. DEMUNCK, « Un revirement de jurisprudence bien établie doit être motivé », *Dalloz actualités*, 30 septembre 2011.

²⁵ Sur le contenu de ces trois principes, leurs spécificités et les nuances entre eux, v. la thèse de L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002. V. également : *id.* « État de droit », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, p. 541 ; « État de droit », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 455 ; K. TUORI, « L'État de droit », in D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, tome 1*, Paris, Dalloz, 2012, p. 643.

²⁶ O. JOUANJAN, « État de droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, p. 650.

²⁷ *Ibid.*

constitutionnelle chargée de sanctionner la supériorité normative de la Constitution sur la loi²⁸. Matériellement, ce mouvement a permis d'assurer la garantie juridique et l'expansion des droits et libertés fondamentaux, inscrits progressivement, dès la deuxième moitié du XXe siècle, dans les constitutions et les diverses conventions internationales relatives à cet objet. Cela entraîne une conséquence majeure pour l'évolution de la famille romano-germanique : « la toute-puissance de la loi caractéristique des systèmes européens du XIXe siècle a disparu à l'époque contemporaine »²⁹, concurrencée par des normes constitutionnelles et conventionnelles désormais sanctionnées par les juges nationaux³⁰. Dans le système français, le juge constitutionnel est habilité par la Constitution à invalider une loi inconstitutionnelle, tandis que les juges ordinaires peuvent écarter d'un litige présenté devant eux une loi contraire à une convention internationale. En plus de contribuer à un certain déclin de l'autorité de la loi, cela fait du juge l'acteur privilégié de la protection des droits et libertés consacrés aux niveaux constitutionnel et conventionnel. Au déclin de la loi correspond ainsi la montée en puissance corrélative du rôle du juge.

En définitive, ces éléments combinés tendent à instaurer un contexte favorable à la reconnaissance du pouvoir normatif du juge. Ce dernier devient en effet la figure centrale de l'État de droit contemporain, et l'on accepte de plus en plus l'hypothèse d'un juge créateur de normes générales et héraut des droits et libertés, assumant une fonction sociale que le législateur ne peut pas, ou ne peut plus, remplir. Le recours accru à la notion de précédent, initialement propre au *common law*, est l'une des principales traductions de cette évolution et justifie, à cet égard, une étude approfondie de cette notion. Ainsi employée, la notion de précédent tend à faire accroire que le système français serait désormais doté d'un précédent identique à ceux des systèmes de *common law*. À rebours de cette intuition première, cette étude défend l'existence d'un précédent spécifiquement français, ce qui justifie une étude de fond sur cette notion en France.

²⁸ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, p. 197.

²⁹ A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, *op. cit.*, p. 50.

³⁰ Sur ce déclin, v. par ex. : H. Dumont, S. Van Drooghenbroeck, « La loi », in. D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Paris, Dalloz, 2012, p. 529 ; B. Mathieu, *La loi*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2010, pp. 25-50 et pp. 73-111.

§ 2. *La nécessité d'une étude sur la notion de précédent en France*

Un état du discours doctrinal français sur la question de l'autorité des décisions de justice permet de constater un intérêt tout à fait récent pour la question du précédent (A), mouvement qui ne s'est toutefois pas encore accompagné d'une étude de fond sur ce qu'il convient d'entendre précisément par « précédent » en France (B).

A – Un intérêt doctrinal récent pour la notion de précédent

9. Un usage ancien. Si l'on constate un intérêt marqué pour la notion de précédent depuis plus d'une décennie, il faut cependant rappeler que son emploi par la doctrine française, pour décrire les décisions de justice en France, n'est pas un phénomène récent. Dès 1929, le doyen Hauriou publie une étude aux Cahiers de la Nouvelle Journée, consacrée au passage « de la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière ». ³¹ En 1955, T. Sauvel publie son « Essai sur la notion de précédent » ³², dans lequel il livre une brève analyse historique du développement du précédent en France, spécialement à partir de la Révolution et de l'apparition du jugement motivé. Quelques années plus tard, Ch. N. Fragistas rédige une contribution relative aux « précédents judiciaires en Europe continentale », parue dans les mélanges en l'honneur de J. Maury ³³. Une étude historique de A. Sergène parue en 1961 s'intéresse spécifiquement à la question du « précédent judiciaire au Moyen-Âge » ³⁴. En 1984, la Revue internationale de droit comparé publie, dans un numéro spécial, les différentes contributions des Journées de la Société de législation comparée consacrées à la question du précédent judiciaire, selon une approche franco-allemande ³⁵. L'on y trouve notamment les contributions de J. Bel sur « le précédent judiciaire en droit privé français » ³⁶ et du doyen Vedel

³¹ M. HAURIOU, « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », *Cahiers de la Nouvelle Journée* 1929, n° 15, p. 109.

³² T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, chr. XVIII, p. 93.

³³ Ch. N. FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale », in. *Mélanges offerts à Jacques Maury*, tome 2, Paris, Dalloz, 1960, p. 139.

³⁴ A. SERGENE, « Le précédent judiciaire au Moyen-Âge », *RHD* 1961, p. 224 et p. 359.

³⁵ *Cinquièmes journées juridiques franco-allemandes (Lübeck, 13-16 juin 1984)*, RIDC 1984, n° spéc. vol. 6.

³⁶ *Ibid.*, p. 173.

sur « le précédent judiciaire en droit public français »³⁷. Enfin, dans son ouvrage sur la jurisprudence paru en 1991, F. Zenati use fréquemment du vocable de précédent pour désigner le phénomène de création de droit issu de la décision de justice³⁸. L'usage du terme n'est donc pas chose nouvelle en France. C'est néanmoins dans le courant des années 2000 que l'on constate un véritable tournant doctrinal sur la question du précédent.

10. Le tournant des années 2000. De nombreux travaux universitaires ont, à partir des années 2000 et d'une façon encore plus fréquente au tournant des années 2010, mobilisé le concept jusque-là assez peu utilisé de précédent, et ses corollaires de *ratio decidendi*, d'*obiter dictum* ou encore de *distinguishing*, que l'on retrouve spécifiquement dans les systèmes de *common law*, pour décrire le pouvoir normatif du juge en France ou en Europe. Ce phénomène est observable dans toutes les branches du droit, aussi bien en droit interne, public³⁹ comme privé⁴⁰, qu'en droits européen⁴¹ et international⁴².

³⁷ *Ibid.*, p. 265.

³⁸ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.

³⁹ Ph. BLACHER, « L'*obiter dictum* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *REDP* 2000, vol. 12, n° 3, p. 897 ; D. MAUS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *RFDC* 2009/4, n° 80, p. 675 ; M. DEGUERGUE, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », in Ph. RAIMBAULT (dir.), *La pédagogie au service du droit*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 229 ; A. LE QUINIO, « Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel français », *RIDC* 2014, n°2, p. 581 ; M. AMILHAT, « L'existence méconnue d'une règle du précédent en droit administratif français (réflexions sur les mécanismes de création du droit par le juge) », *LPA*, 22 janvier 2014, n° 16, p. 4.

⁴⁰ MOLFESSIS, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD civ.* 2003, n° 3, p. 567 ; Ph. MALAURIE, « Les précédents et le droit », *RIDC* 2006, n° 2, p. 319 ; P. DEUMIER, « La "doctrine de la Cour de cassation" : opinion ou précédent ? », *RTD civ.* 2006, p. 73 ; *id.* « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *RTD civ.* 2016, n° 1, p. 65 ; B. LEURENT, « Choix d'un règlement et création de précédents », *Revue de droit des affaires de l'Université Panthéon Assas*, 2008, n° 6, p. 76 ; S. TOURNAUX, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011, n° 1, p. 45 ; J. ANTIPPAS, « Pour une mention par la Cour de Cassation des précédents issus du droit public », *D.* 2017, p. 1428 ; P.-Y. GAUTIER, « Contre le visa des précédents dans les décisions de justice », *D.*, 2017, p. 752.

⁴¹ F. SUDRE, « A propos de l'autorité d'un "précédent" en matière de protection des droits des minorités », *RTDH* 2001, n° 47, p. 887 ; C. CHARRIER, « L'*obiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE* 1998, n° 1-2, p. 79 ; L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD eur.* 2009, n° 4, p. 643 ; A. RIGAUX, D. SIMON, « Le précédent dans la jurisprudence du juge de l'Union », in *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 547 ; C. RAPOPORT, « Absence de mixité pour l'accord de stabilisation et d'association UE-Kosovo : précédent ou exception ? », *RTD eur.* 2016, p. 125.

⁴² N. ALOUPI, C. KLEINER (dir.), *Le précédent en droit international. 49^{ème} colloque de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 2016 ; G. GILBERT, « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *JDI* 2010-3, p. 685 ; X. TRACOL, « La valeur juridique des décisions des Chambres d'appel des juridictions pénales internationales : la règle du précédent judiciaire ou principe Stare Decisis », *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2010, n°3, p. 573.

11. Études doctorales récentes. Ce mouvement doctrinal se perçoit également au niveau de la multiplication des thèses de doctorat consacrées au précédent ou à ses notions corollaires depuis les années 2010. Ainsi, en contentieux constitutionnel, peuvent être mentionnées la thèse de S. Lebedel sur *Le précédent dans les décisions des cours constitutionnelles* soutenue en 2012⁴³ et celle de C. Richaud sur *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* parue en 2016⁴⁴. La notion spécifique d'*obiter dictum* a également fait l'objet de deux thèses récentes : celle de M. LANNON sur *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*⁴⁵, parue en 2016, et celle de S. Hortala sur *Les obiter dicta de la Cour de cassation*⁴⁶, parue en 2019. Il peut également être fait mention, pour le droit européen, de la parution en 2019 de la thèse de A. Palanco, relative au *précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*⁴⁷.

B – Une absence de réflexion générale sur le précédent en France

12. Constat. Le principal problème soulevé par l'usage du concept de précédent pour décrire l'autorité des décisions de justice en France réside dans l'absence de réflexion générale sur le contenu de ce concept. Dans les systèmes de *common law*, spécialement en Angleterre, il

⁴³ S. LEBEDEL, *Le précédent dans les décisions des cours constitutionnelles. Étude comparée des expériences française, espagnole et italienne de justice constitutionnelle*, thèse, Toulon-Var, 2012.

⁴⁴ C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. Rousseau, Paris, LGDJ, Institut universitaire Varenne, 2016.

⁴⁵ M. LANNON, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, préf. M. Deguergue, Paris, Dalloz, 2016.

⁴⁶ S. HORTALA, *Les obiter dicta de la Cour de cassation : étude de la jurisprudence civile*, préf. J. Julien, Paris, Dalloz, 2019.

⁴⁷ A. PALANCO, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. F. Sudre, Bruxelles, Bruylant, 2019.

existe une littérature théorique abondante sur le concept même de précédent⁴⁸, son histoire⁴⁹ et ses corollaires que sont la *ratio decidendi* et l'*obiter dictum*⁵⁰. Le *common law* anglais est un système précédentiel issu d'une longue tradition de pratique judiciaire, ayant donné lieu à une conceptualisation développée et à des controverses substantielles et constructives pour la compréhension et l'évolution du précédent. En tant qu'héritier de cette tradition, les États-Unis disposent d'une densité documentaire similaire sur la question du précédent. Pendant très longtemps, le précédent en France n'a pas, en tant que tel, fait l'objet de réflexions théoriques développées, à l'exception de l'étude de M. Troper et Ch. Grzegorzczuk dans l'ouvrage collectif *Interpreting Precedents*⁵¹, qui constitue une analyse approfondie de ce qu'est un précédent en France, sa nature, son autorité, etc. La plupart des études sur la notion spécifique du précédent en France ou, plus largement, dans les systèmes de *civil law*, sont encore le produit de la littérature anglo-saxonne, procédant à une comparaison entre les deux systèmes de précédent ou prenant les systèmes continentaux comme contrepoint à l'analyse du précédent dans leur propre système⁵². Dans ces comparaisons, il est à noter que la France fait généralement figure de modèle type du système de *civil law*.

⁴⁸ V. not. : L. GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, New-York, Oxford University Press, 1987 ; N. MACCORMICK, R. SUMMERS (ed.), *Interpreting Precedents : a Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, Brookfield, Ashgate, 1997 ; R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon Press, 4th ed., 1991 ; N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 ; C. K. ALLEN, « Precedent and Logic », 41 *Law Quarterly Review* (1925), p. 329 ; J. HANNA, « The Role of Precedent in Judicial Decision », 2 *Villanova Law Review* (1957), p. 367 ; P. J. EVANS, « The Status of Rules of Precedent », 41 *Cambridge Law Journal* (1982), p. 162 ; L. GOLDSTEIN, « Some Problems About Precedent », 43 *Cambridge Law Journal* (1984), p. 88 ; S. R. PERRY, « Judicial Obligation, Precedent and the Common Law », 7 *Oxford Journal of Legal Studies* (1987), p. 215 ; F. SCHAUER, « Precedent », 39 *Stanford Law Review* (1987), p. 571 ; E. MALTZ, « The Nature of Precedent », 66 *North Carolina Law Review* (1988), p. 367 ; Ch. W. COLLIER, « Precedent and Legal Authority : a Critical History », *Wisconsin Law Review* (1988), p. 771 ; L. ALEXANDER, « Constrained by Precedent », 63 *Southern Carolina Law Review* (1989), p. 1 ; A. T. KRONMAN, « Precedent and Tradition », 99 *Yale Law Journal* (1990), p. 1029 ; M. SINCLAIR, « Precedent, Super-Precedent », 14 *George Mason Law Review* (2007), p. 363 ; R. J. KOZEL, « The Scope of Precedent », 113 *Michigan Law Review* (2014), p. 179.

⁴⁹ V. not. : T. Ellis-Lewis, « The History of Judicial Precedent », 46 *Law Quarterly Review* (1930) p. 207 et p. 341 ; 47 *Law Quarterly Review* (1931), p. 411 ; 48 *Law Quarterly Review* (1932), p. 230 ; F. G. KEMPIN, « Precedent and Stare Decisis : the Critical Years, 1800 to 1850 », 3 *American Journal of Legal History* (1959), p. 28.

⁵⁰ V. spéc. : A. L. GOODHART, « Determining the *ratio decidendi* of a case », 40 *Yale Law Journal* (1930), p. 161 ; *id.* « The *ratio decidendi* of a case », 22 *Modern Law Review* (1959), p. 117 ; J. L. MONTROSE, « The *ratio decidendi* of a case », 20 *Modern Law Review* (1957), p. 587 ; A. W. B. SIMPSON, « The *ratio decidendi* of a case », 21 *Modern Law Review* (1958), p. 155 ; J. STONE, « The *ratio* of the *ratio decidendi* », 22 *Modern Law Review* (1959), p. 597.

⁵¹ M. TROPER, Ch. GRZEGORCZYK, « Precedent in France », in. N. MACCORMICK, R. SUMMERS, (ed.), *Interpreting Precedents : a Comparative Study*, *op. cit.*, p. 103.

⁵² V. par ex. : A. L. GOODHART, « Precedent in English and Continental Law », 50 *Quarterly Law Review* (1934), p. 40 ; D. PUGSLEY, « Two Systems of Precedent », 15 *Law Teacher* (1981), p. 7 ; J. BELL, « Comparing Precedent », 82 *Cornell Law Review* (1997), p. 1243.

13. Double confusion. Le concept de précédent en France est de plus en plus utilisé mais n'a pas encore fait l'objet de véritable étude de fond sur son contenu même. En l'absence d'une telle entreprise, cette utilisation demeure relativement intuitive et entraîne une double confusion : une confusion avec le précédent de *common law* et une confusion avec la notion continentale de jurisprudence. Premièrement, parler de précédent pour décrire l'autorité des décisions de justice en France peut laisser penser que le système français a progressivement évolué vers un système précédentiel de même nature que ceux de *common law*, à supposer, par ailleurs, que ces systèmes aient une acception uniforme du précédent. Dans cette perspective, le recours au terme de précédent constituerait un emprunt conceptuel ou une « greffe »⁵³ du *common law* vers la France. Peut-être, néanmoins, que le recours généralisé à ce vocable, *a priori* propre aux systèmes de *common law*, désigne tout autre chose que le précédent compris dans ces systèmes et vise en réalité à saisir un phénomène propre à la France, ou plus largement aux pays de tradition romano-germanique, et ne prend en aucun cas acte d'une importation ou d'une « transplantation » du précédent et de la règle du précédent de *common law* en France. Deuxièmement, l'usage du terme « précédent » pose la question de ses liens avec le concept plus classiquement employé de « jurisprudence ». Il convient en effet de déterminer si ce que l'on appelle « précédent » peut être assimilé ou, au contraire, clairement dissocié, du concept de « jurisprudence ». Si les deux termes désignent la même chose et traduisent la même réalité, autrement dit si « précédent » et « jurisprudence » se confondent parfaitement, le glissement sémantique évoqué n'est que le fruit du hasard et la présente étude est sans objet. En revanche, si l'on soutient que les deux concepts se distinguent, encore faut-il déterminer en quoi et pourquoi.

14. Un précédent spécifiquement français. Face à la confusion suscitée par l'emploi du terme de précédent dans un contexte français, cette thèse défend l'existence du développement d'une notion autonome de précédent en France. Il existe donc bien un précédent spécifiquement français, qui s'est développé dans le contexte particulier de la culture juridique française après la Révolution française. La notion de précédent en France n'est pas un décalque du précédent de *common law* et ne peut non plus être assimilée à celle plus généralement employée de « jurisprudence ». Il s'agit donc de démontrer cette spécificité et d'en détailler le contenu, ce qui exige certaines délimitations méthodologiques préalables.

⁵³ Sur la notion de « greffe juridique » en droit comparé : S. GOLTZBERG, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2018, pp. 65-96.

§ 3. Orientations méthodologiques pour l'identification du précédent en France

Prétendre étudier la question du précédent en France semble être une vaste et périlleuse entreprise. Elle ne peut être menée que par une délimitation stricte du champ d'étude (A) et une explication méthodologique sur la question du recours au droit comparé (B).

A – Délimitations du champ de l'étude

15. Ordres judiciaire et administratif et Conseil constitutionnel français. Cette étude se limite à l'analyse des ordres judiciaire et administratif ainsi que du Conseil constitutionnel français. Pour les ordres judiciaire et administratif, l'accent est principalement mis sur les cours souveraines de ces ordres, Cour de cassation et Conseil d'État, qui disposent d'un pouvoir exclusif d'élaboration des précédents. La question de la réception et de l'application des précédents exige, cependant, d'intégrer à l'analyse le rôle des juges du fond, décisif dans l'appréhension du système précédentiel français. Le Conseil constitutionnel, cour spécialisée non située au sommet d'un ordre juridictionnel, dispose de ce point de vue d'une place particulière. En tant qu'interprète privilégié de la Constitution et juge chargé du contrôle de la validité et de la conformité des normes législatives par rapport à la norme suprême, le Conseil constitutionnel dispose néanmoins d'un office précédentiel particulier et digne d'intérêt, spécialement depuis l'entrée en vigueur de la QPC. Ainsi, ce choix revient à exclure, premièrement, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. Ces cours disposent d'un pouvoir normatif important et leurs précédents influent de façon significative sur le droit interne et l'office des juges nationaux. Il ne s'agit toutefois pas, par définition, de juridictions françaises et l'étude du précédent en France ne saurait intégrer la pratique et le pouvoir normatif de ces cours qui, à de nombreux égards, sont d'une nature « hybride », ayant tantôt emprunté leur style et leur méthodologie judiciaire au modèle de *common law*, tantôt à des systèmes romano-germaniques. Même au sein des influences continentales, ce n'est assurément pas l'*imperatoria brevitatis* caractéristique de la motivation française qui prévaut, mais une motivation plus substantielle et fournie issue de la tradition allemande. Ce choix exclut, deuxièmement, le Tribunal des conflits qui, par sa composition, issue paritairement du Conseil d'État et de la Cour de cassation et son office restreint aux conflits de compétence, ne dispose pas d'un intérêt majeur dans la compréhension du

précédent en France. S'il a pu être à l'origine de nombreux précédents importants, spécialement en droit administratif, il n'apporte aucun élément pertinent supplémentaire à la compréhension de l'élaboration du précédent en France que ceux fournis par l'analyse des trois autres cours souveraines. En outre, de récentes réformes en matière de motivation et de rédaction des décisions ont été adoptées pour la Cour de cassation⁵⁴, le Conseil d'État⁵⁵ et le Conseil constitutionnel⁵⁶. Ces réformes prétendent apporter des modifications substantielles dans l'office précédentiel des cours. La réforme du Tribunal des conflits en 2015⁵⁷ est d'une tout autre dimension et n'a pas trait à la question de la motivation ni, par voie de conséquence, à la création de précédents. En ce sens, l'étude du Tribunal des conflits, à la différence de celle des trois autres cours souveraines, ne met pas en lumière d'une façon suffisamment importante la dynamique à l'œuvre d'évolution vers un système précédentiel et est donc exclue du champ de cette thèse.

16. Cadre restreint au domaine juridictionnel. Le précédent et son autorité ne seront abordés que dans le cadre spécifique de l'office juridictionnel des juridictions évoquées. Cette précision est superfétatoire s'agissant de l'élaboration des précédents, dans la mesure où le précédent est nécessairement issu d'une décision juridictionnelle. Elle permet cependant de restreindre le cadre d'analyse en matière de réception des précédents. En effet, les normes

⁵⁴ V. le rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation d'avril 2017 : <https://www.courdecassation.fr/TMG///Rapport%20sur%20la%20r%C3%A9forme%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf> ; v. également : P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.* 2015, p. 2022 ; *id.*, « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.* 2017, p. 1783 ; B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *Daloz actualités*, 25 juin 2015.

⁵⁵ V. les deux rapports successifs du Conseil d'État : rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative d'avril 2012 (en ligne : http://www.conseil-etat.fr/content/download/1690/5098/version/1/file/rapport_redaction_decisions_juradm_2012.pdf) ; *vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative de décembre 2018 (<http://www.conseil-etat.fr/content/download/149628/1515101/version/1/file/Vade-mecum-Redaction-decisions-de-la-juridiction-administrative.pdf>). V. également : F. MELLERAY, « Le *vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative », *JCP G.*, n° 1-2, 14 janvier 2019, p. 75 ; B. STIRN, « Entretien », *JCP A.*, n° 51-52, 26 décembre 2018, p. 931.

⁵⁶ V. le communiqué de presse du président du Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqu%C3%A9/communiqu%C3%A9-du-pr%C3%A9sident-du-10-mai-2016> ; v. également : « Laurent Fabius présente ses projets pour le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 18 avril 2016 ; P. WACHSMANN, « Ôtez ces considérants que je ne saurais voir », *D.* 2016, p. 1553 ; F. MALHIERE, « Le considérant est mort ! Vive les décisions du Conseil constitutionnel ? », *Gaz. Pal.* 24 mai 2016, n° 19, p. 11 ; « Adieu aux considérants ! ; Note sous cons. const., 10 mai 2016, décision n° 2016-539 QPC », *Gaz. Pal.*, 5 juillet 2016, n° 25, p. 36 ; N. BELLOUBET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *NCCC* 2017, n° 55-56, p. 7.

⁵⁷ V. not. : P. GONOD, « La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872 », *RFD A* 2015, p. 331 ; J. ARRIGHI DE CASANOVA, J.-H. STAHL, « Tribunal des conflits : l'âge de la maturité », *AJDA* 2015, p. 575.

générales adoptées par les cours souveraines sont susceptibles de produire des effets à l'égard de très nombreux acteurs : les personnes privées, l'administration, les juges, les avocats, la doctrine, etc. Néanmoins, évoquer la question du précédent et le développement d'un système précédentiel exige de focaliser l'étude sur la réception du précédent dans la sphère juridictionnelle. Il s'agit alors d'interroger la question de l'autorité des précédents sur les juges d'un ordre juridictionnel donné, la manière dont ces précédents sont perçus et suivis. N'est donc point évoquée toute l'influence, néanmoins réelle et importante, des précédents en dehors de l'ordre juridictionnel concerné.

B – Droit comparé et recours aux concepts du *common law*

17. Un thème empreint de références au *common law*. L'étude du précédent, de sa nature, de son contenu et de son autorité, fait nécessairement appel à des cadres conceptuels et des présupposés issus, pour l'essentiel, des pays de *common law*. Le système anglais est ainsi fondé, depuis l'époque médiévale, sur les précédents judiciaires, et la science du droit s'est largement penchée sur cet objet. Il en résulte une littérature doctrinale abondante et des riches controverses sur la notion de précédent, l'identification de *la ratio decidendi* et des *obiter dicta*, la pratique du *distinguishing* et de l'*overruling*, la théorie déclaratoire et le « *judge-made law* ». En tant que systèmes précédentiels développés, les systèmes de *common law* disposent ainsi d'un arsenal dogmatique et théorique sur la notion même de précédent. Tel n'est pas le cas du système juridique français. Aborder la question du précédent entraîne immédiatement une référence aux notions et théories élaborées en *common law*, et une étude du précédent en France ne peut les ignorer. La question se pose cependant de savoir si l'on peut parler, pour la présente thèse, d'une étude de droit comparé.

18. Pas d'étude de droit comparé au sens strict. Le droit comparé est une discipline analysant différents systèmes juridiques pour en dégager des modèles et des concepts théoriques, permettant de mieux comprendre le droit en général, et les droits en particulier. Dans sa plus stricte acception, la « recherche comparative pure »⁵⁸ correspond alors à une méthode qui « permet de dégager des invariants et des matrices qui servent à la construction

⁵⁸ E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits* 2000, n° 32, p. 126.

de modèles théoriques »⁵⁹. La fonction du droit comparé est donc, selon cette vision, une fonction purement heuristique et descriptive, et le droit comparé se présente dès lors comme la démarche théorique par excellence⁶⁰, s'extrayant des contingences des divers ordres juridiques pour analyser le droit d'un point de vue exclusivement formel. Aboutissant à ce que O. Pfersmann qualifie d'« interprétation conceptuelle différenciée »⁶¹, le droit comparé apparaît comme « la discipline qui permet de décrire les structures de n'importe quel système juridique à l'aide de concepts généraux présentant la finesse nécessaire et suffisante »⁶². Est donc exclue ici toute conception prescriptive du droit comparé, qui consisterait à identifier un éventuel « droit commun »⁶³, ainsi qu'ont pu le « rêver »⁶⁴ les organisateurs du premier *Congrès international de droit comparé* en 1900⁶⁵, ou à proposer des solutions visant à améliorer ou modifier le droit national. Selon cette dernière conception, le droit comparé est conçu comme une simple « technique de l'emprunt »⁶⁶ ou moyen d'opérer des « greffes juridiques »⁶⁷. Extraite, autant que possible, des particularités propres à chaque système, l'approche comparative dispose, par cette démarche théorique, d'une fonction éminemment « critique »⁶⁸, voire « subversive »⁶⁹. L'objet de cette thèse étant d'identifier la notion de précédent juridictionnel en France, l'on ne peut y voir une démarche comparative pure. L'objectif n'est pas de bâtir une définition conceptuelle théorique du précédent tirée de la comparaison de divers systèmes juridiques, mais plutôt de

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ G. SAMUEL, « Droit comparé et théorie du droit », *RIEJ* 2006, p. 57.

⁶¹ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, n° 2, p. 285.

⁶² *Ibid.*, p. 286.

⁶³ V. par ex. : M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994 ; J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2010 ; B. OPPEIT, « Droit commun et droit européen », in. *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1999, p. 311 ; M. C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 27.

⁶⁴ Ch. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC* 2000, n° 4, p. 733.

⁶⁵ *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, Paris, LGDJ, 1905, disponible en ligne sur : <https://archive.org/details/congrsinternati00compgoog>.

⁶⁶ E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *op. cit.*, p. 131.

⁶⁷ S. GOLTZBERG, *Le droit comparé, op. cit.*, pp. 65-96.

⁶⁸ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *op. cit.*, p. 287 ; v. également : B. LAHIRE, « Il n'y a de science que critique », *AJJC* 2015, vol. 31, Dossier spécial : « De la possibilité d'un discours constitutionnel critique », études rassemblées par X. MAGNON, p. 27.

⁶⁹ H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, n° 3, p. 503.

focaliser l'attention sur le cas français. Seule la définition générale du précédent mentionnée plus haut peut s'apparenter au résultat d'une étude de droit comparé.

19. Une étude de droit comparé au sens faible. Si cette thèse ne peut être définie comme une recherche de droit comparé au sens strict, elle comporte néanmoins une dimension comparative évidente. Démontrant l'existence d'un précédent juridictionnel spécifiquement français, elle s'inscrit nécessairement en contrepoint du précédent tel que compris dans les systèmes de *common law*. Il en ressort inévitablement une comparaison dans le sens d'une analyse des similitudes et des différences entre ce que l'on désigne comme précédent dans chacun des systèmes pris en compte. À un certain niveau de généralité, les systèmes précédentiels disposent évidemment de caractéristiques communes, et une théorie générale du précédent aurait eu vocation à dégager de tels invariants avec le plus de précision possible. Tel n'est pas, cependant, l'objectif de cette recherche. Le principal objectif est, en définitive, de dégager la spécificité du précédent français vis-à-vis de celui de *common law*, l'identité des mots ne correspondant pas, en l'occurrence, à une identité conceptuelle. Comme le rappelle en effet E. Picard sur ce point, « si ces mots sont équivalents, l'équivalence n'est qu'apparente ou très approximative, quand elle n'est pas trompeuse. Car, derrière le mot, le concept juridique ne présente pas nécessairement la même consistance dans un ordre juridique et dans l'autre. Tout en portant le même nom ou la même caractéristique traduisible d'une langue à l'autre, le concept en cause peut même, à un certain niveau d'analyse, s'avérer radicalement différent »⁷⁰.

20. Un recours privilégié à l'exemple du *common law* anglais. Les développements suivants prennent fréquemment pour exemple, et analysent parfois en détail, certains traits caractéristiques des systèmes de *common law*. Ce recours à l'exemple sert en réalité un but précis : mettre en avant de façon claire la spécificité française, en présentant en premier lieu son pendant en *common law* ou, pourrait-on dire à certains égards, son antithèse. Parmi ces « systèmes de *common law* » évoqués, l'exemple du *common law* anglais sera privilégié. En tant que forme la plus « pure » de système précédentiel, le système anglais constitue la plus exacte antithèse à un système précédentiel issu d'une culture légaliste et d'un droit codifié. Fruit d'une histoire quasi millénaire et d'une tradition très ancrée de droit d'origine judiciaire, le système précédentiel anglais est en effet le meilleur éclairage pour saisir la particularité, à l'inverse, du système français. Tout en attribuant une certaine primeur à l'Angleterre, ce choix n'exclut

⁷⁰ E. PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC* 1999, n° 4, p. 895.

cependant pas le recours à des exemples tirés du système états-unien lorsque cela est pertinent, mais explique en revanche leur moindre importance du point de vue quantitatif.

Ces délimitations méthodologiques posées, il est désormais possible de retenir une définition de l'objet « précédent ».

§ 4. Définition de l'objet d'étude

Une définition générale du précédent (**A**), que l'on distinguera de la notion de « jurisprudence » plus largement employée en France (**B**), permet ensuite de saisir plus clairement les différentes déclinaisons possibles de systèmes précédentiels (**C**).

A – Définition générale du précédent juridictionnel

21. Définition. *Un précédent juridictionnel est une norme générale extraite d'une décision de justice particulière, qui constitue la justification de la solution retenue et fournit un modèle de décision pour les cas ultérieurs analogues au sein d'un ordre juridictionnel hiérarchisé.* Les principaux termes de cette définition méritent d'être justifiés et développés.

22. Précédent juridictionnel et décision de justice. Préciser que le précédent est « juridictionnel » permet de mettre en avant une double spécificité. Premièrement, cela le distingue des précédents qui ne sont pas de nature juridictionnelle, comme les précédents administratifs⁷¹ ou les précédents qui, en droit international, sont pris en compte pour l'identification d'une coutume internationale⁷². Deuxièmement, si une transcription littérale de l'expression employée en *common law* aurait conduit à parler de façon générique de « précédent judiciaire » (judicial precedent), le terme « juridictionnel » lui sera toutefois préféré, dans la mesure où l'expression « judiciaire » revêt en France une dimension exclusivement privatiste, ce qui serait trop réducteur eu égard à l'objet de cette étude. L'on entend, en outre, par

⁷¹ S. HOURSON, « Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le précédent administratif », *RFDA* 2013, n° 4, p. 743.

⁷² N. ALOUPI, C. KLEINER (dir.), *Le précédent en droit international. 49^{ème} colloque de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 2016.

« décision de justice », une décision prise par une juridiction, c'est-à-dire un organe institué par l'ordre juridique pour trancher des litiges en application du droit, et qui est obligatoire à l'égard des parties au litige en vertu de l'autorité de la chose jugée.

23. Justification et modèle de décision. Dans les motifs de sa décision, le juge doit établir la justification de la solution retenue. Le précédent figure dans la motivation du jugement, qui doit être appréhendée dans un « contexte de justification »⁷³. Ainsi, c'est par la justification de la solution rendue que le précédent est élaboré dans le premier cas⁷⁴, et c'est en tant que soutien argumentatif de premier ordre qu'il est suivi dans les cas ultérieurs⁷⁵. C'est bien la justification mise en avant par le juge dans le premier cas qui fait autorité pour les cas suivants, et qui fournit au juge ayant à se prononcer sur un problème de droit analogue, un modèle de raisonnement et de décision. Dans cette perspective, la justification possède alors une dimension éminemment normative, ce qui peut sembler, de prime abord, paradoxal. En effet, dans la mesure où « la décision proprement dite et sa justification ne peuvent pas être la même chose »⁷⁶, seule la décision au sens strict, figurant dans le dispositif, peut tenir lieu de prescription, et non pas sa justification établie dans les motifs. Il demeure cependant que le juge, spécifiquement celui placé au sommet d'un ordre juridictionnel, a conscience que la motivation qu'il décide de faire apparaître au soutien d'une solution donnée a nécessairement vocation à constituer un modèle à suivre pour les juges inférieurs dans les cas considérés comme analogues. Selon cette conception, la normativité des précédents est donc d'une nature rhétorique : c'est l'argumentation développée par le juge qui tient lieu de modèle de décision, et la qualité rhétorique de la justification constitue une garantie de sa normativité.

24. Norme générale et cas ultérieurs analogues. Comme le souligne N. MacCormick, c'est « en tant que raisonnement justificatif que les motifs

⁷³ J. SCHICKORE, v^o « Scientific discovery », in. E. N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Summer 2018 Edition) (<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/scientific-discovery/>).

⁷⁴ Sur cette thèse, v. tout particulièrement : N. MACCORMICK, « Why Cases Have Rationes and What These Are », in. L. GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, *op. cit.*, p. 155.

⁷⁵ Ch. ARNAUD, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso, 2016.

⁷⁶ O. PFERSMANN, « « Le problème des normes paratopiques », *op. cit.*, p. 559.

juridictionnels sont normatifs »⁷⁷. Soutenir que les motifs sont normatifs introduit une double normativité au sein des décisions de justice : la norme individuelle et concrète figurant dans le dispositif, et la norme générale et abstraite résidant dans les motifs. En cela, le précédent se distingue par nature de la chose jugée (*res judicata*), qui ne contient que la norme individuelle applicable aux parties aux litiges et n'a pas vocation à s'appliquer au-delà de ce litige. Identifier un précédent dans une décision juridictionnelle exige donc nécessairement une opération de généralisation. Évoquant cette « généralisation de la norme individuelle » issue d'une décision juridictionnelle, H. Kelsen précise d'ailleurs que « c'est uniquement en se référant à cette norme générale qu'on établira que d'autres cas sont "semblables" au premier »⁷⁸. La norme générale qu'est le précédent fournit ainsi les critères permettant d'apprécier que deux espèces sont semblables, et qu'elles doivent, de ce fait, être tranchées de la même façon. La notion d'analogie sera retenue pour qualifier ce rapport de ressemblance entre les espèces, celle-ci évoquant l'idée d'une similitude entre deux ou plusieurs situations factuelles sur certains points juridiquement pertinents. L'analogie renvoie en effet à ce que P. Grenet qualifie de « ressemblance de rapports, c'est-à-dire (...), non une similitude brute de qualités ou de choses, mais une similitude relationnelle ou proportionnelle »⁷⁹. En ce sens, deux cas n'étant jamais identiques en tout point, la référence à l'analogie permet une description plus exacte du rapport entre deux espèces subsumées sous la même norme générale de jugement.

25. Ordre juridictionnel hiérarchisé. La question du précédent et de son autorité doit être pensée à l'intérieur d'un ordre juridictionnel hiérarchisé, avec un double degré de juridiction et dominé par une juridiction chargée d'assurer une application et une interprétation homogène du droit⁸⁰. C'est de cette « cour régulatrice »⁸¹ qu'émanent, en dernière instance, la

⁷⁷ N. MACCORMICK, « Why Cases Have Rationes and What These Are ? », in L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, *op. cit.*, p. 170 : « A ratio decidendi is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decisions in the case ».

⁷⁸ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 203 ; Kelsen développe la même approche sur la question du précédent dans son article : « Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law ? », *1 International Law Quarterly* (1947), p. 153.

⁷⁹ P. GRENET, *Les origines de l'analogie philosophique dans les dialogues de Platon*, Paris, Éditions contemporaines Boivin & Cie, 1948, p. 11.

⁸⁰ Pour différentes figures de ce modèle de juridiction suprême, v. : P. BELLET, A. TUNC (dir.), *La Cour judiciaire suprême : une enquête comparative*, Paris, Economica, 1978 ; v. spéc. les conclusions d'A. TUNC : « Conclusion : la Cour suprême idéale », p. 433.

⁸¹ J. RIVERO, « Le Conseil d'État, Cour régulatrice », *D.* 1954, chron. XXVIII, p. 157.

production et l'uniformisation des précédents applicables à l'ensemble du système. Ce n'est que dans le cadre de cette hiérarchisation des organes juridictionnels que l'on peut penser une quelconque autorité juridique des précédents⁸². Il peut, certes, exister une circulation des précédents entre juridictions d'ordres juridictionnels différents⁸³, voire entre juridictions de pays différents⁸⁴. Les cours suprêmes et les juges du fond peuvent s'inspirer des solutions adoptées dans d'autres systèmes juridiques pour des problèmes similaires à ceux soulevés devant eux. Le développement des services de documentation et de relations internationales des juridictions suprêmes, et leur travail de recensement et de traduction des solutions étrangères, ont permis et favorisé cette circulation des précédents. Il ne s'agit toutefois pas d'une véritable autorité juridique mais d'une simple influence, que les cours peuvent librement reprendre, en tout ou en partie. Les auteurs de *common law* évoquent généralement l'autorité « persuasive »⁸⁵ de ces précédents, qu'ils distinguent clairement des précédents devant obligatoirement être suivis en application du *stare decisis*⁸⁶. Une telle autorité juridique ne se conçoit donc que dans un ordre juridictionnel unique et hiérarchisé, disposant d'un double degré de juridiction et de la possibilité, pour la cour placée à son sommet, d'invalider les décisions des juges inférieurs allant à l'encontre de ses précédents.

⁸² M. TROPER, « La force des précédents et les effets pervers en droit », in. *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 2001, p. 171 : « en soulignant l'existence d'une hiérarchie des cours, on n'a pas expliqué pourquoi les tribunaux suivent les précédents, mais pourquoi ils *doivent* les suivre ».

⁸³ J. ANTIPPAS, « Pour une mention par la Cour de cassation des précédents issus du droit public », *D.* 2017, p. 1428.

⁸⁴ V. not. sur cette question : F. MELLERAY (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Paris, LGDJ, 2011 ; *id.*, « Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel français », *RIDC* 2014, n° 2, p. 581 ; T. GROPPI, M.-C. PONTTHOREAU (ed.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2013 ; D. MAUS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *RFDC* 2009/4, n° 80, p. 675.

⁸⁵ A. KIRALFY, « The Persuasive Authority of American Rulings in England », 23 *Tulane Law Review* (1948), p. 209 ; R. BRONAUGH, « Persuasive Precedent », in. L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law, op. cit.*, p. 217 ; H. P. GLENN, « Persuasive Authority », 32 *McGill Law Journal* (1987), p. 261 ; A. F. DAUGHETY, J. F. REINGANUM, « Stampede to Judgment : Persuasive Influence and Herding Behavior by Courts », 1 *American Law & Economics Review* (1999), p. 158 ; A. KING, « Powerful and Persuasive Reasoning : Using Foreign Precedent to Best Effect », 16 *Australian Law Librarian* (2008), p. 280 ; Ch. FLANDERS, « Toward a Theory of Persuasive Authority », 62 *Oklahoma Law Review* (2009), p. 55.

⁸⁶ V. par ex. : J. W. SALMOND, « The Theory of Judicial Precedent », 16 *Law Quarterly Review* (1900), p. 379 : « An authoritative precedent is one which judges must follow whether they approve of it or not. It is binding upon them and excludes their judicial discretion for the future. A persuasive precedent is one which the judges are under no obligation to follow, but which they will take into consideration, and to which they will attach such weight as it seems to them to deserve ».

B – Une notion à distinguer de celle de jurisprudence

26. Précédent et jurisprudence. Définir le précédent dans un contexte français implique de le dissocier clairement de sa notion la plus immédiatement voisine : la jurisprudence. La notion de jurisprudence est particulièrement polysémique, essentiellement à deux points de vue : d'une part, elle ne dispose pas de la même acception selon le pays et l'époque envisagés ; d'autre part, si l'on s'en tient à son emploi dans la France contemporaine, elle renvoie encore à une pluralité de significations possibles. La notion de jurisprudence prend racine historiquement dans la *iurisprudentia* romaine⁸⁷ qui, étroitement liée à la conception stoïcienne de la prudence, renvoie à « une faculté naturelle reposant sur une notion de discernement du vrai »⁸⁸. En ce sens, la *iurisprudentia* correspond à « l'application d'une vertu intellectuelle, la prudence, dans la détermination du ius de chaque être d'où découleront des rapports justes »⁸⁹. Comme l'a relevé Ch. Grzegorzcyk, cette *iurisprudentia*, qui est à l'origine une « méthode propre et spécifique portant sur la découverte du droit »⁹⁰, a reçu des compréhensions très différentes selon les cultures juridiques. De la *jurisprudence* anglaise correspondant à une « théorie générale du droit ou une philosophie juridique »⁹¹ à la *jurisprudenz* germanique conçue comme une certaine « orientation méthodologique », jusqu'à la jurisprudence française comprise comme « un phénomène judiciaire, un résultat de l'activité des tribunaux et des cours »⁹², les acceptions sont d'une immense variété. Si la compréhension allemande, conservant l'idée d'une méthodologie et d'une *praxis* orientée vers la solution juste, est demeurée la plus fidèle au sens premier, nul doute que « la notion française est la plus éloignée de son origine latine »⁹³. En outre, la jurisprudence en France connaît encore des acceptions plurielles. D'une façon générale, elle est définie comme l'« (e)nsemble des règles de droit qui se dégagent des décisions rendues par les tribunaux dans un pays ou sur une matière

⁸⁷ G. PIERI, « Ius et iurisprudentia », *APD*, 1985, vol. 30, p. 53.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 59.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 60.

⁹⁰ Ch. GRZEGORCZYK, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », *APD* 1985, vol. 30, p. 39.

⁹¹ *Ibid.*, p. 46.

⁹² *Ibid.*, p. 40.

⁹³ *Ibid.*, p. 50.

donné » ainsi que l' « autorité qui en résulte comme source de droit »⁹⁴. Les définitions retenues présentent cependant des degrés variables de généralité, qui sont notamment exprimés dans le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu : « ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière (...), soit dans une branche du Droit (...), soit dans l'ensemble du Droit » ; « ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du Droit » ; « habitude de juger dans un certain sens et, lorsque celle-ci est établie (...), résultat de cette habitude : solution consacrée d'une question de droit considérée au moins comme autorité, parfois comme source de droit » ; « tendance habitude d'une juridiction déterminée ou d'une catégorie de juridiction à juger dans tel sens »⁹⁵, etc. Ces éléments de définition demeurent très généraux, et si « la solution consacrée d'une question de droit » semble se rapprocher le plus de la définition du précédent, elle est cependant trop imprécise et trop large et ne peut lui être assimilée totalement.

27. Différence – le précédent, composante de la jurisprudence. Selon G. Vedel, la jurisprudence serait un « phénomène sociologique » reposant sur la « supputation du comportement qu'auront, quant à la solution de litiges futurs, des juges qui, à propos de litiges passés, ont reconnu l'existence et ont dégagé le sens des règles de droit ou connaissent la position d'autres juges (...) sur ces règles »⁹⁶. Dans la même étude, le doyen Vedel précise que « (d)ans un droit qui ne reconnaît pas l'autorité du précédent au sens strict du terme, le précédent n'a d'intérêt majeur qu'en tant qu'il est un élément de la jurisprudence »⁹⁷. Le précédent est ainsi présenté comme une composante de la jurisprudence, un des éléments formant le phénomène plus global de « jurisprudence ». Par contraste, le précédent ne serait que la généralisation d'une solution particulière, la décision sur un point de droit donné ayant vocation à s'appliquer à des litiges ultérieurs mais dont on ne peut préjuger d'emblée la postérité et la fixité. Dans cette perspective, « il est rare qu'un précédent ne soit pas déjà conçu comme la promesse d'une jurisprudence »⁹⁸. L'idée d'un précédent comme élément « technique » composant un phénomène sociologique plus large semble parfaitement opportune et sera

⁹⁴ « Jurisprudence », in. *Trésor de la langue française informatisé*, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

⁹⁵ « Jurisprudence », in. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, « Quadrige », 12^e éd., 2018, pp. 591-92.

⁹⁶ G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *op. cit.*, p. 267.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 276.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 278.

retenue pour cette étude. Le précédent est un élément précis, à savoir la norme générale dégagée d'une solution sur un point de droit et ayant vocation à régir les cas ultérieurs analogues. La jurisprudence est un élément plus large et plus vague, pouvant traduire une accumulation de précédents, sur un même point de droit ou sur différents points de droit rattachés à une même branche du droit. C'est en ce sens que l'on parle généralement de « politique jurisprudentielle » d'une cour, terme qui manifeste une volonté politique au sens large et non pas le résultat concret du pouvoir normatif dans une décision donnée. Parler de précédent permet de recentrer l'attention sur le contenu même de la décision et sur le pouvoir normatif du juge restreint à la question de droit dans l'affaire concernée. Elle permet, en résumé, de fournir une analyse véritablement juridique du pouvoir normatif du juge.

28. Le terme « précédent » plus adapté pour l'appréhension du pouvoir normatif du juge. Le terme de « jurisprudence » est, dans son acception française, trop vague et polysémique pour saisir d'une façon satisfaisante la réalité de l'exercice du pouvoir normatif du juge. Cette notion est apparue avec la formation d'un certain pouvoir créateur des juges, dans le contexte spécifiquement legaliste du XIX^e siècle. Elle demeure encore étroitement associée à cette vision aujourd'hui, de sorte que parler de « jurisprudence » semble renvoyer à une forme dépassée, ou en voie de dépassement, du pouvoir normatif du juge. Il est opportun, pour une meilleure compréhension du développement de ce pouvoir, d'opérer une distinction claire entre jurisprudence et précédent. La « jurisprudence », en tant que « méthode de découverte des valeurs juridiques en vue du règlement des conflits humains, appartenant à la faculté de la raison pratique » serait « d'essence foncièrement philosophique »⁹⁹. Le précédent, en tant que norme générale créée par le juge à l'occasion d'une décision particulière pour le règlement des cas ultérieurs analogues serait, par contraste, d'essence foncièrement juridique. L'objet de cette distinction n'est pas de militer en faveur de l'abandon du terme « jurisprudence » au profit de celui de « précédent », ce qui serait ambitieux et outrepasserait la mission descriptive de cette étude. Il s'agit plus modestement de défendre l'idée que cette distinction permet de clarifier l'approche du pouvoir normatif du juge et constitue un outil plus efficace et plus fin pour en saisir ses principales manifestations dans notre système contemporain.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 52.

C – Déclinaisons de systèmes précédentiels particuliers

29. Trois modèles. Une définition théorique générale permet de mettre à distance l'écueil d'une essentialisation des catégories du *common law* pour appréhender l'objet « précédent ». Le *common law* anglais constitue en effet le système précédentiel le plus développé et est certainement celui dans lequel la théorie du droit s'est le plus intéressée à la question du précédent. Dans cette optique, l'on pourrait être tenté d'universaliser certains éléments du système anglais, purement contingents, pour juger, à l'aune de ces éléments, si tel ou tel système dispose ou non d'une règle du précédent et d'un mécanisme de précédent juridictionnel. Ainsi, eu égard à la définition générale retenue, l'on perçoit que le système de *common law* anglais n'est qu'une déclinaison possible de système précédentiel mais ne constitue nullement un modèle type vers lequel d'autres systèmes devraient tendre pour être qualifiés de véritables systèmes précédentiels. Par ailleurs, au sein même des systèmes de *common law*, la définition du précédent et la reconnaissance de son autorité ont considérablement évolué au fil des siècles, si bien que l'on ne saurait retenir une définition immuable et monolithique du précédent en *common law*. Comme le souligne dès 1930 A. L. Goodhart, dans une étude comparée des systèmes précédentiels anglais et américain, « il est aujourd'hui presque aussi difficile pour un juriste anglais de comprendre la théorie américaine du précédent que de comprendre celle des systèmes civilistes, et au lieu de deux systèmes concurrents – le *common law* et le *civil law* – nous sommes face à trois méthodes distinctes, l'anglaise, l'américaine et la civiliste »¹⁰⁰. Le premier modèle s'est forgé au cours d'une longue histoire de création de droit judiciaire et est fortement lié à l'histoire de la monarchie anglaise ; le deuxième, états-unien, est à la fois l'héritier du *common law* et d'un certain légalisme des Lumières, et le pouvoir judiciaire y dispose d'un rôle politique sans égal dans les autres systèmes¹⁰¹ ; le troisième est un modèle précédentiel qui se développe dans un système légicentriste codifié, dont la France constitue sans nul doute le parangon.

¹⁰⁰ A. L. GOODHART, « Case Law in England and America », 15 *Cornell Law Review* (1930), p. 173 : « I believe that at the present time it is almost as difficult for the English lawyer to understand the American theory of precedent as it is for him to understand the civilian, and that in place of two conflicting systems – the common law and the civilian – we are now faced with three different methods, the English, the American, and the civilian ».

¹⁰¹ A. de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique, tome 1*, GF Flammarion, Paris, 1981, p. 167 : « Ce qu'un étranger comprend avec le plus de peine aux États-Unis, c'est l'organisation judiciaire. Il n'y a pour ainsi dire pas d'événement politique dans lequel il n'entende invoquer l'autorité du juge ; et il en conclut naturellement qu'aux États-Unis le juge est une des premières puissances politiques ».

30. Le modèle premier : les évolutions du système anglais. Aux origines de la formation du royaume d'Angleterre, dès la fin du XI^e siècle, les décisions des cours royales ont pour rôle de faire émerger et d'appliquer, sur l'ensemble du territoire, le droit commun de la couronne. Le *common law* anglais se forme alors, historiquement, par le développement d'un « *case-law* » issu des cours royales¹⁰². D'éminents juristes de la période médiévale, à l'instar de Glanville et Bracton ont, dès le XIII^e siècle, compilé et systématisé des centaines de cas jugés par les cours royales dans des traités rédigés en latin. Dans son étude sur l'histoire du précédent judiciaire, T. Ellis-Lewis rappelle que Bracton a recensé près de deux mille cas dans son *Note Book* et systématisé environ cinq-cents précédents dans le *De legibus et consuetudinibus Angliae*, publié vers 1250¹⁰³. Il est certainement, de ce point de vue, « le premier à souligner l'importance des décisions de justice comme sources du droit »¹⁰⁴. À partir du XIII^e siècle et jusqu'au début du XVI^e, sont ensuite rédigés les *Year Books*¹⁰⁵, sortes de répertoires de décisions plus développés que les premiers rôles des cours royales, mais encore assez partiels et ne contenant pas de sommaire et de résumé faisant état du point de droit exact en litige et du raisonnement du juge sur ce point. Même si l'on ne saurait parler d'une véritable règle du précédent applicable à cette époque sans commettre d'anachronisme, il est bien certain qu'une pratique judiciaire se développe dès le XIII^e siècle, en vertu de laquelle les juges royaux décident en prenant en compte les cas antérieurs recensés, lorsqu'aucun argument tenant à la raison ou à l'équité ne s'y oppose. Un véritable tournant s'opère, dans un premier temps, avec les *Reports* de Plowden et

¹⁰² Sur l'histoire et la formation du *common law* anglais, v. not. : F. POLLOCK, F. W. MATTLAND, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2 vol., Cambridge, Cambridge University Press, 2nd ed., 1968 ; J. W. TUBBS, *The Common Law Mind : Medieval and Early Modern Conceptions*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000 ; J. H. BAKER, *The Law's Two Bodies : Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2001 ; *id.*, *An Introduction to English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 5th ed., 2019 ; *id.*, *The Third University of England : The Inns Court and the Common Law Tradition*, London, Selden Society, 1990 ; D. J. IBBETSON, N. JONES, N. L. RAMSAY (ed.), *English Legal History and its Sources : Essays in Honour of Sir John Baker*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

¹⁰³ T. ELLIS-LEWIS, « The History of Judicial Precedent I », 46 *Law Quarterly Review*, (1930) p. 207.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 212.

¹⁰⁵ Sur les *Year Books*, v. not. : T. W. DWIGHT, « Year Books », 2 *The Columbia Jurist* (1885), p. 146 ; W. HOLDSWORTH, « Year Books », 22 *Law Quarterly Review* (1906), p. 266 & p. 360 ; P. H. WINFIELD, « Abridgments of the Year Books », 37 *Harvard Law Review* (1923-1924), p. 214 ; W. C. BOLLAND, « Some Notes on the Year Books and Plea Rolls », 43 *Law Quarterly Review* (1927), p. 60 ; T. ELLIS LEWIS, « The History of Judicial Precedent I », 46 *Law Quarterly Review* (1930) p. 207 ; « The History of Judicial Precedent II », 46 *Law Quarterly Review* (1930) p. 341 ; « The History of Judicial Precedent III », 47 *Law Quarterly Review* (1931), p. 411 ; D. J. SEIPP, « Bracton, the Year Books and the "Transformation of Elementary Legal Ideas" in the Early Common Law », 7 *Law and History Review* (1989), p. 175.

Dyer¹⁰⁶, initialement destinés à un usage privé puis publiés à la fin du XVIIe siècle, et, dans un second temps, avec les *Reports* et les *Institutes* de Sir E. Coke¹⁰⁷, œuvres monumentales de recension, de systématisation et de présentation du droit du *common law* appliqué par les juges, établissant une continuité entre les cas médiévaux figurant dans les premiers *Year Books* et ceux de son époque¹⁰⁸. H. Levy-Ullmann souligne d'ailleurs, au sujet de Coke, qu'il n'est peut-être « pas téméraire d'attribuer à l'influence de ses incomparables *Reports*, sinon la véritable origine de la règle contemporaine [du précédent], du moins son autorité »¹⁰⁹.

31. L'apparition tardive du précédent obligatoire. Le développement du « *law reporting* » et l'évolution historique de la couronne à l'époque médiévale ont contribué à forger l'identité spécifiquement judiciaire et coutumière du droit anglais¹¹⁰. Il n'existe cependant pas, à cette époque, de théorie du précédent obligatoire et il faut attendre le XIXe siècle pour en percevoir les premières manifestations. L'évolution s'opère, en premier lieu, sur le plan doctrinal, avec le tournant positiviste incarné dans l'œuvre de J. Bentham. Dès 1776, dans son ouvrage *A Fragment on Government*, Bentham se livre à une critique vigoureuse et méthodique de la vision jusnaturaliste rationaliste de Sir W. Blackstone, dont il fut l'élève à Oxford. Bentham défend l'idée, puisée chez Hobbes¹¹¹, qu'il n'y a de droit que dans les prescriptions édictées par un Souverain. J. Austin reprend et développe cette thèse dans l'ouvrage *The Province of Jurisprudence Determined*, paru en 1832¹¹². Progressivement, les précédents judiciaires ne sont plus pensés comme la marque ou le témoin d'un droit historique objectif issu de la raison des juges

¹⁰⁶ T. PLUCKNETT « The Genesis of Coke's Reports », 27 *Cornell Law Quarterly* (1942), p. 190 ; T. ELLIS LEWIS « The History of Judicial Precedent IV », 48 *Law Quarterly Review* (1932), p. 230 ; R. O'SULLIVAN, « Edmund Plowden », 136 *Law and Justice* (1998), p. 19.

¹⁰⁷ W. HOLDSWORTH, « Sir Edward Coke », 5 *Cambridge Law Journal* (1933-1935), p. 332.

¹⁰⁸ J. H. BAKER, « Coke's Note-Books and the Sources of his Reports », 30 *Cambridge Law Journal* (1972), p. 59 ; D. POWELL, « Coke in Context : Early Modern Legal Observation and Sir Edward Coke's Reports », 21 *Journal of Legal History* (2000), p. 33 ; H. LEVY-ULLMANN, *Le système juridique de l'Angleterre*, *op. cit.*, p. 214 : « Le mérite essentiel de Coke est d'avoir assuré la continuité de la *Common Law*. Il a fondé le droit de son époque sur de solides assises, tout en le rattachant à la *Common Law* du Moyen-Âge incluse dans les *Year Books*. C'est surtout par là qu'il s'est rangé, entre Bracton au XIIIe siècle et Blackstone au XVIIIe, comme l'un des fondateurs du droit anglais contemporain ».

¹⁰⁹ H. LEVY-ULLMANN, *Le système juridique de l'Angleterre*, *op. cit.*, p. 134.

¹¹⁰ G. POSTEMA, « Some Roots of our Notion of Precedents », in L. GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, *op. cit.*, p. 9.

¹¹¹ Th. HOBBS, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common laws of England*, préf. A. Tunc, Paris, Dalloz, 1966.

¹¹² J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, préf. W. L. Morison, Aldershot, Brookfield, Ashgate, Dartmouth, 1998.

et prenant racine dans les temps immémoriaux du royaume d'Angleterre, mais comme le fruit d'un acte de volonté des juges¹¹³. C'est d'ailleurs à partir de l'œuvre d'Austin qu'est popularisée l'expression de « *judge-made law* »¹¹⁴, évolution sémantique particulièrement révélatrice du changement de paradigme en matière de pouvoir normatif du juge. Au début du XIXe siècle, sous l'influence de ces auteurs positivistes, l'analyse théorique du précédent se focalise ainsi de plus en plus sur les règles de droit créées par les juges et les éléments précis de leurs décisions qu'il faut retenir comme contraignants. C'est sur ce terreau doctrinal que fleuriront les grandes réformes procédurales du XIXe siècle, qui ont modifié en profondeur la théorie du précédent dans le *common law* anglais. Le réformisme législatif prôné par Bentham a été tout entier tourné vers la rénovation de l'ancien système procédural. Dès 1832, le système des *writs*, sur lequel s'est développé jusqu'alors tout le *common law*, est aboli ; le *Common Law Procedure Act* de 1854 simplifie de nombreuses règles de plaidoirie ; les *Judicature Acts* de 1873-75 simplifient l'organisation du système judiciaire en créant notamment la *Supreme Court of Judicature*, composée de la *High Court of Justice* et de la *Court of Appeal*, favorisant ainsi le développement de la règle du *stare decisis* ; les *Judicatures Acts* suppriment également les *forms of action*, permettant aux cours de juger conjointement en *common law* et en *equity*. Ces réformes ont permis l'avènement de la règle du *stare decisis*, conférant force obligatoire aux précédents, règle parfaitement étrangère aux *common lawyers* des siècles passés. Le point d'orgue de ce processus de « positivisation » de la règle du précédent se trouve dans la décision *London Tramways* rendue par la Chambre des Lords en 1898¹¹⁵, par laquelle elle se déclare liée par ses propres précédents, entraînant ainsi une rigidité totale du système, sans possibilité de revirement. Quelques décennies plus tard, dans le *Practice Statement* de 1966¹¹⁶, la Chambre des Lords abandonne cette stricte acception du *stare decisis*, considérant qu'elle peut désormais, dans certaines circonstances exceptionnelles et pour de bonnes raisons, revenir sur un précédent (*overruling*). En dépit de cet assouplissement, l'attachement au précédent reste très fort et il faut une raison impérieuse pour que le juge

¹¹³ Sur le passage de cette vision traditionnelle à la vision formaliste moderne, v. tout particulièrement : J. EVANS, « Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century », in L. GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, *op. cit.*, p. 35.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 68.

¹¹⁵ House of Lords, *London Tramways v. London County Council*, [1898] AC 375 ; v. également : D. PUGSLEY, « London Tramways », *Journal of Legal History*, vol. 17 (1996), pp. 172-184 ; L'on trouve néanmoins la première formulation de cette solution majeure dans l'affaire *Beamish v. Beamish* (1861) 9 HLC 274.

¹¹⁶ *Practice Statement (Judicial Precedent)*, 1 W.L.R. (1966), p. 1234 ; Pour une analyse du *Practice Statement* et de son autorité, v. not. N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*, pp. 129-149.

suprême s'en écarte ou décide d'opérer un revirement. C'est ainsi, prioritairement, l'exigence de cohérence et de certitude du droit applicable qui prévaut, comme le soulignait déjà Lord Halsbury à l'occasion de la décision *London Tramways*¹¹⁷. De façon plus générale, A. Goodhart rappelle que c'est « sur le fondement de cette reconnaissance du caractère essentiel de la certitude du droit que la doctrine anglaise repose »¹¹⁸.

32. Les spécificités du modèle états-unien. Le modèle états-unien correspond à une sorte d'intermédiaire entre le modèle anglais et le modèle français, ayant intégré à la fois des éléments propres au *common law* et à sa tradition judiciaire, et à la fois des éléments caractéristiques d'un système de *civil law*. Dans le système états-unien, l'attachement au précédent est beaucoup plus relatif qu'en Angleterre¹¹⁹. A. et S. Tunc relèvent d'ailleurs sur ce point que « la faible autorité du précédent dans la *common law* américaine est certainement un de ses traits les plus caractéristiques par rapport à la *common law* anglaise »¹²⁰. De nombreux éléments conjoints permettent d'expliquer un tel assouplissement de l'autorité du précédent : la structure fédérale des États-Unis et le caractère nécessairement décentralisé du système judiciaire qui en résulte ; le nombre incomparablement plus important de décisions rendues aux États-Unis vis-à-vis de l'Angleterre ; l'importance qualitative comme quantitative du droit écrit ; la dimension éminemment politique et constitutionnelle de tout débat judiciaire américain ; le rôle politique et sociétal décisif joué par la Cour suprême fédérale comme par chaque Cour suprême d'État ; la forte influence de penseurs réalistes du début du XXe siècle,

¹¹⁷ AC 380 : « Of course I do not deny that cases of individual hardship may arise, and there may be a current of opinion in the profession that such and such a judgment was erroneous ; but what is that occasional interference with what is perhaps abstract justice, as compared with the inconvenience – the disastrous inconvenience – of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions, so that in truth and in fact there would be no real final court of appeal. My lords, "interest rei publicae" is that there should be "finis litium" sometime and there can be no "finis litium" if it were possible to suggest in each case that it might be reargued because it is "not an ordinary case" whatever that may mean ».

¹¹⁸ A. L. GOODHART, « Case Law in England and America », *op. cit.*, p. 178.

¹¹⁹ V. not. : A. L. GOODHART, « Case Law in England and America », *op. cit.* ; H. COVINGTON, « The American Doctrine of *Stare Decisis* », 24 *Texas Law Review* (1945), p. 190 ; A. TUNC, « The not so Common Law of England and the US or Precedent in England and in the US. A Field Story by an Outsider », 47 *Modern Law Review* (1984), p. 150 ; M. SELLERS, « The Doctrine of Precedent in the United States of America », 54 *American Journal of Comparative Law* (2006), p. 67.

¹²⁰ A. TUNC, S. TUNC, *Le droit des États-Unis d'Amérique. Sources et techniques*, Paris, Dalloz, 1955, p. 166.

incarnée par les plus illustres tenants de la *Sociological Jurisprudence*¹²¹ ; l'exigence de flexibilité et d'adaptabilité du droit, justifiée dans les premiers temps de la Fédération par une société en perpétuel mouvement, où tout était à construire, en comparaison à la vieille Angleterre féodale.

33. Le modèle français : un modèle à définir. Par contraste vis-à-vis des modèles anglais et états-unien, la France n'est généralement pas présentée comme un modèle de système précédentiel. Elle est davantage conçue comme un « anti-modèle », dans lequel les précédents seraient exclus des sources du droit et qui ne reconnaîtrait aucune espèce de normativité à ces derniers. L'on constate cependant qu'il existe bien un système de précédents, relativement organisé, et le développement d'une « culture précédentielle » en France favorise la reconnaissance de ce système. Les différents acteurs concernés, juges, avocats, agents de l'administration, etc., s'appuient en effet sur les précédents juridictionnels pour guider leurs actions et déterminer la légalité de leurs décisions. La situation française comporte cependant un certain nombre de spécificités qui en font un modèle véritablement à part. Il s'agit en effet d'un système de précédentiel qui prend racine dans la tradition légaliste révolutionnaire et qui s'est développé, de façon officieuse, à rebours des normes formelles du système juridique. En définitive, le système précédentiel français est apparu dans un ordre juridique qui l'interdisait formellement. Ces particularités n'ont toutefois pas été pleinement établies et systématisées et le modèle français reste encore à identifier et à bâtir. Il faut, pour ce faire, retenir un certain cadre méthodologique et identifier une problématique précise.

§ 5. *Problématique et plan*

Le cœur de la problématique de cette étude réside dans l'identification d'un modèle français spécifique de précédent (A) et permet de mettre en lumière un certain nombre de paradoxes propres au développement d'un précédent au sein d'un système légaliste (B). Ces paradoxes établis, nous formulerons la thèse défendue et le plan présenté pour y répondre (C).

¹²¹ F. MICHAUT, *L'école de la "Sociological Jurisprudence" et le mouvement réaliste américain : le rôle du juge et la théorie du droit*, Lille 3, ANRT, 1985 ; *id.*, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2001, *id.* « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *RIDC* 1987, p. 343 ; W. MASTOR, « Que reste-t-il de la *Sociological jurisprudence* dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis ? », in. O. JOUANJAN, E. ZOLLER (dir.), *Le "moment 1900" : critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 255.

A – L'émergence d'un modèle français spécifique de précédent

34. Une notion autonome. Le recours au terme de précédent en France ne traduit pas une importation du concept de précédent de *common law*. Il existe bien un précédent et une règle du précédent en France, mais ces derniers sont tout à fait spécifiques à la culture juridique française et ne peuvent être considérés comme de même nature que ceux identifiables dans la tradition anglo-saxonne. Si l'on peut parler de précédent « à la française », il reste cependant à en déterminer les contours, le contenu précis et les éléments qui en font un objet particulier. L'emploi du concept de précédent en France n'est pas une importation ou une tentative de « greffe » visant à modifier le système français en un système de *common law* : une telle transposition ne se constate pas et serait, en tout état de cause, inopportune et inadaptée. L'objet de cette thèse est alors de composer avec l'émergence d'un concept autonome.

35. Identification d'un changement de nature. Le principal résultat émanant de cette recherche réside dans l'identification d'une évolution notable : le système juridique français connaît une dynamique de changement de nature sur la question spécifique du précédent. Ce système précédential apparaît, dans ses premières manifestations historiques, comme une sorte de « monstruosité » ou comme une indéniable anomalie : il est né et s'est développé dans un système bâti sur sa négation. Les structures et institutions issues du légicentrisme révolutionnaire, visant à empêcher tout pouvoir créateur du juge, se sont maintenues jusqu'à l'époque contemporaine, sous diverses formes et selon diverses modalités. En parallèle, le rôle du juge, juridiquement et politiquement, a connu une montée en puissance considérable tout au long de la deuxième moitié du XXe siècle. Cette confrontation de deux modèles *a priori* antagonistes a fait du système précédential français un système essentiellement « officieux » et latent. Le début du XXIe siècle est cependant le théâtre de changements visibles et fondamentaux : la motivation des cours souveraines devient de plus en plus étoffée et leur style plus discursif ; des mouvements de réformes, particulièrement marqués à la Cour de cassation, sont à l'œuvre afin d'enrichir la motivation et favoriser le raisonnement à partir des précédents ainsi que leur mention ; l'impact grandissant des décisions relatives aux questions dites « sociétales », ou fortement médiatisées, traduit un rôle politique des cours de plus en plus prégnant ; par un outil numérique toujours plus performant et maîtrisé, les services de documentation systématisent et communiquent de façon bien plus efficace qu'autrefois sur les précédents, leur signification et leur apport. De ces éléments, il ressort un pouvoir créateur des

juges plus assumé et plus développé qu'auparavant. C'est précisément à partir de ce moment-là que la doctrine française commence à évoquer de façon plus régulière le « précédent ». Ce changement terminologique n'a rien de fortuit ou d'accidentel, mais correspond au contraire à la traduction doctrinale de l'avènement d'un véritable système précédentiel français.

B – Les paradoxes d'un système de précédent dans une culture légaliste

36. Paradoxes. « Plus qu'une source du droit, les précédents sont une source de perplexité »¹²², souligne M. Troper. Cette perplexité résulte de la situation éminemment contradictoire du précédent en France, qui épouse celle du pouvoir normatif du juge. Sur ce point, I. Boucobza a clairement établi que « le consensus négatif autour du constat que "les juges ne peuvent pas ne pas créer du droit" ne semble pas du tout mettre un terme au débat sur le rôle du juge dans le processus de production des normes »¹²³. En d'autres termes, l'appréhension du pouvoir normatif du juge est divisée entre deux tensions opposées : l'une, ancienne, selon laquelle le juge ne peut pas créer de normes générales sans empiéter sur la compétence du législateur et ranimer l'épouvantail des arrêts de règlement ; l'autre, plus récente, selon laquelle le juge, dans son office, crée nécessairement des normes générales et abstraites. Il résulte de cette situation un paradoxe intéressant au sein du discours doctrinal, en vertu duquel, « d'une part, la conception du juge *qui ne doit pas produire de normes* (mais des syllogismes) semble construite en pleine conscience du potentiel créateur de droit de l'acte de juger (...) tandis que, d'autre part, le discours consensuel actuel sur le juge *qui ne peut pas ne pas produire de normes* paraît recouvrir des thèses inconciliables qui continuent, dans leur grande majorité, de faire coexister deux conceptions de la fonction entre affirmation et négation du pouvoir »¹²⁴. Le juge dispose donc, en France, d'un pouvoir normatif certain mais manifesté dans un contexte non encore propice à sa reconnaissance. Cette situation se concrétise dans trois paradoxes intrinsèquement liés, que l'on appellera successivement : le paradoxe légicentriste originel, le paradoxe normatif et le paradoxe de la pratique précédentielle. Ces trois paradoxes

¹²² M. TROPER, « La force des précédents et les effets pervers en droit », *op. cit.*, p. 163.

¹²³ I. BOUCOBZA, « La fonction juridictionnelle et la production des normes », in D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, tome 2*, Paris, Dalloz, 2012, p. 707.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 708.

constituent en réalité trois manifestations d'un seul et même problème, qui est celui de l'émergence d'un système précédentiel dans un système légicentriste.

37. Le paradoxe légicentriste originel. La culture juridique française moderne est issue de la Révolution française, de la séparation des pouvoirs instaurée par les constituants et de l'idéologie légicentriste qui y est attachée. Présentée comme l'expression de la rationalité du législateur et le fruit de la volonté générale, la loi devient ainsi, au début du XIXe siècle, la source exclusive du droit. Souhaitant « protéger l'autorité du Code civil, digne héritier juridique de la philosophie des Lumières vanté pour sa systématisme et sa cohérence, les juristes de l'époque n'eurent de cesse de le présenter comme l'expression de la rationalité du législateur. L'objectif de la démarche était de neutraliser toute défiance à l'égard de l'illustre document législatif représentatif d'une idéologie libérale triomphante qu'il fallait préserver de toute interprétation *contra legem* »¹²⁵. Pour y parvenir, les révolutionnaires ont alors instauré un modèle « prescriptif, dans lequel la fonction juridictionnelle n'est plus que l'un des rouages d'un système de gouvernement *par la loi* » et qui « interdit désormais formellement au juge d'exercer cette fonction créatrice de droit »¹²⁶. Il s'agit donc, dès l'origine, d'interdire formellement, à des fins politiques, l'expression d'un pouvoir normatif du juge dont on connaît toutefois les potentialités. Le paradoxe légicentriste originel se manifeste ainsi dans le fait que, « en voulant brider l'action des juges, la Révolution a en fait créé les conditions de leur émancipation »¹²⁷, par l'instauration d'un Tribunal de cassation, qui donnera naissance à une Cour de cassation indépendante imposant ses interprétations aux juges du fond, et par l'obligation de motiver qui fera le lit d'une motivation prescriptive et générale, caractéristique des cours souveraines françaises.

38. Le paradoxe normatif. Les dispositions formelles de l'ordre juridique français visent à empêcher toute normativité des précédents et tout développement officiel d'un système précédentiel. Par exemple, se fondant sur l'article 455 du code de procédure civile, qui dispose que « le jugement doit être motivé », la Cour de cassation a jugé que « la référence à une décision rendue dans un litige différent de celui soumis à une juridiction ne saurait (...) servir de fondement à la décision de cette dernière »¹²⁸. En d'autres termes, est considérée

¹²⁵ A. VIALA, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ* 2011, n° 2, p. 105.

¹²⁶ I. BOUCOBZA, « La fonction juridictionnelle et la production des normes », *op. cit.*, p. 707.

¹²⁷ F. ZENATI, *La jurisprudence*, *op. cit.*, p. 62.

¹²⁸ Soc., 27 février 1991, n° 88-42.705.

comme irrégulière, pour défaut de motivation, la décision d'un juge fondée exclusivement sur un précédent juridictionnel. Il en va de même pour l'article 5 du code civil, défendant « aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leurs sont soumises ». Le paradoxe normatif s'exprime par le fait que, en dépit de ces interdictions formelles, les juges, spécialement les cours souveraines, adoptent des normes générales et abstraites, qui sont elles-mêmes globalement suivies par l'ensemble des juges du fond de l'ordre juridictionnel concerné. D'une façon plus générale, tous les acteurs du procès, parties, avocats et juges pour l'essentiel, agissent *comme si* les précédents étaient du droit, alors même que le droit défend une telle pratique. Ce constat rejoint directement le dernier degré de manifestation du paradoxe, celui de la pratique précédentielle.

39. Le paradoxe de la pratique précédentielle. La pratique précédentielle des acteurs du système renvoie à la manière dont les juges élaborent et/ou appliquent des précédents, et comment ils intègrent ces précédents au raisonnement juridique les conduisant à prendre une décision particulière. Quand bien même ces derniers semblent avoir accepté la normativité des précédents, ils passent encore par des voies détournées, extérieures à la décision juridictionnelle au sens strict, pour asseoir l'autorité d'un précédent ou discuter de la pertinence de son application ou de son rejet. Autrement dit, l'essentiel de la pratique précédentielle des juges figure encore dans des documents annexes à la décision, quand bien même il est admis que tous les juges intègrent ces précédents dans leur raisonnement.

C – Formulation finale de la thèse et plan retenu

40. Thèse. La thèse défendue peut, en résumé, être formulée ainsi : l'emploi du terme « précédent » pour appréhender le pouvoir normatif du juge en France ne correspond pas à un emprunt conceptuel ni à une importation venue des systèmes de *common law*, mais traduit le développement d'une notion autonome et l'émergence d'un système de précédent spécifiquement français. Il manifeste, dans le même temps, un abandon progressif du terme de « jurisprudence » qui, par sa généralité et ses trop nombreuses acceptions, ne permet plus d'identifier de façon satisfaisante le pouvoir créateur du juge. Parler de « précédent » pour qualifier la norme générale issue d'un jugement clarifie ainsi la compréhension de ce pouvoir créateur. L'étude du précédent en France se heurte toutefois à un certain nombre de

contradictions apparemment insolubles. Cette situation s'explique par le fait que le système précédentiel français est encore à un stade émergent, et doit ainsi composer avec les rémanences d'un système légicentriste ancien, duquel il tire son essence et qui, paradoxalement, a nié son existence. Ce n'est qu'une fois ces contradictions dépassées que, dans un mouvement dialectique, le système précédentiel français pourra s'affirmer véritablement. Cette thèse ne prétend nullement contribuer à ce dépassement ou à formuler cette synthèse, mais souhaite constituer un « moment » doctrinal, une « photographie » de l'état du droit français et du discours sur le droit en matière de précédent. Le précédent est une norme générale que l'on dégage d'un raisonnement judiciaire et qui permet de fonder la solution des cas ultérieurs analogues. Ce que l'on appelle « précédent » en France ne s'est pas exactement construit selon cette logique, dans la mesure où le précédent y est simplement conçu comme une loi dite par le juge. En cela, le système précédentiel français peut être encore perçu comme un système en gestation, non encore débarrassé de ses anciennes contradictions et de ses conditionnements légicentristes. En effet, le précédent en France prend racine sur le terreau légaliste de la Révolution française, qui tend à faire de la loi une source exclusive de droit, niant par là-même la faculté du juge de créer des normes générales. Lorsque le pouvoir normatif du juge s'est néanmoins affirmé, il l'a fait à travers les canons formels de la loi, tant du point de vue de son élaboration que de sa réception. C'est en cela que réside la spécificité réelle du précédent en France : sa nature fondamentalement législative.

41. Plan. Dans cette perspective, l'élaboration du précédent consiste en la création d'une norme générale par le juge, destinée à servir de fondement à la solution actuelle et aux litiges ultérieurs posant le même problème de droit. Initialement, la normativité du précédent réside entièrement dans le principe de jugement formulé par le juge, et le raisonnement judiciaire ayant fondé la solution est pauvre, voire inexistant. Progressivement, la motivation et le contenu des décisions de justice ont évolué, pour tendre vers une motivation plus substantielle qu'à l'origine, ce qui permet de rapprocher le système précédentiel français d'un véritable système précédentiel autonome. Sa spécificité demeure cependant dans cette vision légicentrée du pouvoir normatif du juge, consistant à créer la norme générale de jugement (**Première partie**). Cette nature législative du précédent s'exprime également au stade de sa réception. Il apparaît en effet que le précédent est appliqué par les juges sur le même mode que le sont les normes formelles écrites du système juridique, principalement la loi et la Constitution. Il n'y a donc pas de particularité du raisonnement précédentiel vis-à-vis du raisonnement déployé pour appliquer les autres normes générales. Le développement de ce

ystème précédentiel dans un cadre institutionnel légaliste a entraîné, par ailleurs, une présentation formelle spécifique du raisonnement précédentiel des juges, encore largement déterminée par le style rédactionnel issue des origines révolutionnaires (**Deuxième partie**).

PREMIERE PARTIE

L'ELABORATION DU PRECEDENT : LA CREATION D'UNE NORME GENERALE DE JUGEMENT

42. Interroger l'élaboration du précédent en France exige de déterminer sa nature et la forme concrète qu'il peut prendre dans le système juridique français. Ce système, en tant que produit de la Révolution française, a ainsi donné naissance à un précédent d'une nature très particulière, issue de deux siècles d'une tradition légicentriste éprouvée, qui a durablement influencé la culture juridique française.

43. Ainsi, le précédent en France dispose d'une essence fondamentalement législative, en ce sens qu'il est une norme générale et abstraite, formulée explicitement par un organe non exclusivement juridictionnel, la cour souveraine, dont la mission est d'assurer l'application uniforme du droit au sein d'un ordre juridictionnel donné, selon un office abstrait. Ceci s'explique par le fait que le précédent en France prend racine dans le terreau légicentriste révolutionnaire et l'ensemble de ses composantes sont l'émanation de cette filiation (**Titre 1**). Cette dimension législative du précédent a pu se développer en raison d'une conception très particulière de la motivation de ces cours, renvoyant à une tradition de motivation elliptique, concise et générale, dans la mesure où il s'agissait, en premier lieu, de mentionner la loi applicable au litige. Par glissement, cette habitude s'est maintenue alors même que ces cours étaient devenues indépendantes des pouvoirs législatif et exécutif. Le précédent, norme générale identifiable dans la motivation des décisions juridictionnelles, s'est insérée dans cette tradition de rédaction et de motivation (**Titre 2**).

TITRE I

L'EMERGENCE DU PRECEDENT DANS UN SYSTEME LEGICENTRISTE

44. La conception légicentriste des sources du droit est une conception exclusiviste. Là où l'Ancien Régime admettait un certain pluralisme normatif, l'ordre républicain nouveau instauré dès 1791 ne reconnaît, comme source du droit, que la loi. Si une telle restriction des sources acceptables est, à l'origine, le fruit de simples contingences politiques, elle a néanmoins constitué par la suite un socle théorique solide, influençant de façon substantielle la conception des sources du droit en France. Cet exclusivisme rejaillit nécessairement sur la nature même du précédent. Puisque l'on reconnaît progressivement la normativité des précédents, il est de plus en plus admis, dans le même temps, que ces précédents constituent des sources du droit. Si l'on réduit le droit à la loi et que, dans le même temps, l'on souhaite faire admettre que les précédents sont du droit, il est nécessaire que les précédents disposent des mêmes attributs que la loi pour prétendre au « label » de juridicité. Cela se traduit concrètement par le fait que le précédent est conçu comme la formulation d'une norme générale (**Chapitre 1**), adoptée par un organe spécifique et non-exclusivement juridictionnel, la cour souveraine (**Chapitre 2**).

CHAPITRE I : LE PRECEDENT CONÇU COMME LA FORMULATION D'UNE NORME GENERALE

45. Négation du pouvoir normatif du juge. Le caractère spécifique de l'approche française du précédent juridictionnel prend racine dans la négation originelle de ce dernier. Le pouvoir révolutionnaire, s'appuyant sur une certaine lecture de l'œuvre de Montesquieu, a souhaité faire de la loi la source exclusive du droit en France, seule à même de garantir la liberté politique aux citoyens français. Un tel dessein ne pouvait être accompli dans un système reconnaissant au juge un pouvoir normatif important, susceptible de concurrencer les acquis de la Révolution et les prétentions du centralisme jacobin. Conscients du rôle majeur joué par les juges sous l'Ancien Régime, spécialement avec l'expérience de la fronde des Parlements face aux vellétés absolutistes du pouvoir royal, les révolutionnaires ont donc souhaité étouffer toute possibilité de création de précédents par les juges. C'est alors qu'émerge la figure du « juge-automate », à qui l'on impose d'appliquer mécaniquement la loi au moyen d'un raisonnement syllogistique. L'on considère concomitamment toute création de normes générales par le juge comme une atteinte au principe de séparation des pouvoirs proclamé en 1789.

46. Légicentrisme et développement du pouvoir normatif du juge. Du légicentrisme révolutionnaire est donc née une conception radicale et exclusiviste des sources du droit, voyant dans la loi la seule source acceptable du droit. De ce fait, la création de normes générales et abstraites en France a été réduite à la création de normes législatives. Il fut cependant très rapidement admis que les décisions de justice contenaient des normes générales allant au-delà des seules normes individuelles de jugement. Lorsque ce fait précédentiel s'est imposé comme objet d'étude des juristes, ces derniers l'ont inévitablement pensé et théorisé à travers un prisme légicentriste. L'approche classique sur ce point peut en définitive être résumée par le syllogisme suivant : les seules normes générales admises dans le système sont les normes législatives ; or, le juge crée des normes générales ; le juge établit donc des normes de nature législative.

Plan. Les développements suivants visent ainsi à démontrer que c'est paradoxalement sur le socle de la négation légicentriste originelle de toute forme de précédent (**Section 1**) qu'a pu émerger une conception légicentrée du précédent en France (**Section 2**).

SECTION 1. LA NEGATION LEGICENTRISTE DU PRECEDENT

En souhaitant faire de la loi la source exclusive du droit, le pouvoir révolutionnaire doit, dans le même temps, et fort logiquement, annihiler tout pouvoir normatif du juge et exclure le précédent des sources formelles du droit (§ 1). Une telle nécessité a conduit le pouvoir révolutionnaire à adopter une doctrine prescriptive de mécanisation de l'acte de juger (§ 2), qui a ensuite servi de socle théorique à l'approche classique du XIXe siècle sur le pouvoir normatif du juge (§ 3).

§ 1 – La nécessité légicentriste d'exclure le précédent des sources du droit

La conception des sources du droit qui prévaut à la Révolution est fondamentalement exclusiviste : la loi seule est devenue source de droit (**A**), ce qui a nécessairement conduit à écarter le pouvoir normatif du juge, pourtant très développé sous l'Ancien Régime (**B**).

A – L'avènement progressif de la loi comme source exclusive du droit

47. Le tournant individualiste rationaliste porté par Hobbes. La Révolution a conduit à la reconnaissance de la loi comme source exclusive du droit. Cette conception radicale des sources du droit est le fruit d'une longue évolution dans l'histoire des idées, évolution entamée à la Renaissance sous l'impulsion de l'humanisme individualiste et rationaliste. Elle s'est traduite dans la pensée juridique par le développement du positivisme volontariste et des théories contractualistes, dont la paternité est généralement attribuée à Th. Hobbes. Influencé par le tournant mécaniste que prend la connaissance scientifique à partir du XVIe siècle, Hobbes conçoit le monde comme un ensemble de rapports de cause à effet et assigne à la philosophie la tâche d'expliquer rationnellement ces rapports par un raisonnement logique et déductif, à l'instar du raisonnement mathématique. Sa théorie du contrat social se veut une application de la pensée mécaniste à la politique et au droit, pour expliquer scientifiquement l'origine de l'État et du droit. Il rejette ainsi radicalement la thèse aristotélicienne de l'homme comme « animal social », en vertu de laquelle l'homme serait naturellement porté à vivre en

société. Sa conception individualiste lui en fait même prendre l'exact contrepied, en postulant un « état de nature »¹²⁹ dans lequel les hommes, mus par leurs passions et la poursuite de leurs intérêts propres, ne disposeraient que d'un instinct d'autoconservation. Dans cet état premier, les hommes étant naturellement égaux, poursuivent et défendent leurs intérêts par tous les moyens mis à leur disposition, de sorte que ces intérêts entrent inévitablement en conflit et aboutissent à « une guerre de chacun contre chacun »¹³⁰. Dans cet état chaotique et permanent de guerre ne peut surgir que défiance, peur et instinct primaire de survie, de sorte que « la vie humaine est solitaire, misérable, dangereuse, animale et brève »¹³¹. Face à cette condition, les hommes décident rationnellement de conclure un pacte afin de garantir la paix civile, remettant leurs volontés individuelles plurielles à l'unique volonté du Souverain, à qui est confié l'ordre social.

48. Volontarisme. Le contractualisme de Hobbes conduit fort logiquement à un éclatement individualiste de la société et à une reconstitution artificielle de celle-ci sous l'autorité du Souverain, dont les décisions ont force de droit. La conséquence de cette théorie réside dans un relativisme éthique et un subjectivisme très clairement synthétisé dans cette maxime tirée du chapitre XXVI du *Léviathan* : « c'est l'autorité, non la vérité, qui fait la loi »¹³². Le renversement est total et il apparaît, « parce que la vérité axiologique est livrée, dans une perspective éminemment moderne et individualiste à l'intime conviction de chacun, qu'il est légitime que s'impose l'autorité de l'État par une force de vérité légale »¹³³. L'œuvre de Hobbes donne ainsi une impulsion volontariste et décisionniste à la pensée juridique moderne. Sa postérité est immense, la grande majorité des théories juridiques lui ayant succédé admettant, d'une manière ou d'une autre, que le droit résulte d'un décret de la volonté humaine. En ne reconnaissant comme véritablement juridique que le droit « posé », c'est-à-dire que la loi civile humaine et non la « loi naturelle », Hobbes apparaît assez clairement, ainsi que le défend

¹²⁹ Th. HOBBS, *Léviathan*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Essais », 2000, sp. chap. XIII, « De la condition du genre humain », pp. 220-228.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 224 .

¹³¹ *Ibid.*, p. 225.

¹³² *Auctoritas, non veritas, facit legem.*

¹³³ A. VIALA, *Philosophe du droit*, Paris, Ellipses, 2010, p. 53.

M. Villey, comme le fondateur du positivisme juridique¹³⁴. La source du droit n'est dès lors plus à rechercher dans la nature, la volonté divine ou la raison humaine, mais exclusivement dans la volonté du prince.

49. Origine du positivisme juridique. La présentation la plus claire et la plus aboutie du positivisme hobbesien se trouve dans son *Dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England*¹³⁵, dialogue fictif entre un étudiant ayant suivi l'enseignement classique du *common law* anglais et un philosophe, représentant Hobbes lui-même. Dans ce dialogue, Hobbes remet en question la conception classique du droit telle qu'enseignée à son époque et tirée dans une large mesure de la pensée de Sir E. Coke, développée notamment dans ses *Institutes*. Coke présentait le *common law* comme le résultat d'une sédimentation progressive d'expériences judiciaires, une construction tirée des âges immémoriaux et façonnée par la raison humaine. Le droit est présenté comme perfection de la raison, d'une raison née dans les prétoires et que Coke qualifie d'artificielle. Coke voyait dans la suprématie du *common law*, en tant que perfection de la raison humaine, le meilleur garant contre l'arbitraire monarchique¹³⁶. En réponse à ce jusnaturalisme rationaliste, Hobbes oppose un positivisme décisionniste en vertu duquel ce n'est pas la sagesse, l'expérience, l'histoire ou la raison d'un homme en particulier qui fait qu'un droit existe mais le simple fait qu'il ait été édicté par un

¹³⁴ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, p. 611 : « Si par *droit* j'entends un système de rapports sociaux, d'obligations et de droits nettement définis (et tel devient le *jus* pour Hobbes dans l'état civil), ce droit n'est pas le produit de la loi naturelle mais de la seule loi civile humaine positive. Aussi nous paraît-il fâcheux d'accoler à Hobbes, comme le font beaucoup d'auteurs contemporains, l'étiquette de "jusnaturaliste". Nous le tenons pour le fondateur du *positivisme juridique*. » ; p. 615 : « Hobbes, à l'âge de la mécanique et des inventions techniques, s'inspirant sans doute de la doctrine scolastique du contrat social mais le premier à l'exploiter pour en faire sortir tout le droit, a *construit*, au moyen du pacte et de Léviathan qui est agencé par une combinaison de pactes, un produit de substitution : lui a eu le génie de *remplacer* le droit naturel disparu (et les simulacres suspects de l'école rationaliste) par le positivisme intégral ».

¹³⁵ Th. HOBBS, *Dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England*, Préf. A. Tunc, Paris, Dalloz, 1966.

¹³⁶ En témoigne la réponse que Coke fit au roi Jacques Ier dans l'affaire dite des *Prohibitions* en 1608, relatée dans le tome XII de ses *Reports* : « Le roi dit qu'il pensait que le droit était fondé sur la raison, et que lui et d'autres avaient autant de raison que les juges ; à quoi il lui fut répondu par moi qu'il était vrai que Dieu avait favorisé Sa Majesté d'une science excellente et de grands dons naturels ; mais Sa Majesté n'était point savante en les lois de son royaume d'Angleterre, et les causes qui mettent en jeu la vie, l'héritage, les biens ou la fortune de ses sujets ne reçoivent pas leur décision d'après la raison naturelle, mais d'après les artificiels raison et jugement du droit, lequel droit est un acte qui requiert longue étude et expérience, avant qu'un homme puisse atteindre à sa connaissance ».

commandement du Souverain détenteur de l'autorité dans une société donnée¹³⁷. Ce décisionisme juridique hobbesien a bénéficié d'une grande postérité, notamment dans l'œuvre de J. Bentham, positiviste¹³⁸ et fervent partisan de la codification du droit anglais¹³⁹ et dans celle de son disciple J. Austin, connu pour sa définition du droit comme commandement assorti d'une menace¹⁴⁰.

50. Développement du droit écrit d'origine royale sous l'Ancien Régime. Sous l'Ancien Régime en France, une telle orientation volontariste apparaît avec le développement de l'État monarchique à tendance absolutiste et centralisatrice¹⁴¹. En termes de sources du droit, cette évolution se traduit par une volonté de centralisation de la production des normes juridiques et un effacement progressif du droit coutumier au profit d'un droit écrit, posé, légiféré¹⁴². Un premier mouvement de centralisation monarchique de la production normative réside dans la mise par écrit des coutumes, impulsée par l'ordonnance de Montils-les-Tours de 1454 mais réalisée pour l'essentiel tout au long XVI^e siècle. Par la publication des diverses coutumes locales et avec la nécessité d'une approbation royale pour que celles-ci entrent en vigueur, la royauté a assuré sa maîtrise sur la production de droit coutumier dans le royaume, production autrefois éclatée dans le paysage féodal. Cette affirmation volontariste se manifeste

¹³⁷ Th. HOBBS, *Dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England*, *op. cit.*, p. 74 : « I grant you, that the knowledge of the law is an art ; but not that any art of one man, or of many, how wise soever they be, or the work of one or more artificers, how perfect soever it be, is law. It is not wisdom, but authority that makes a law. » (Nous retrouvons ici en substance la même maxime que citée précédemment en vertu de laquelle c'est l'autorité et non la sagesse qui fait le droit) ; p. 91 : « Thus, a law is the command of him or them that have the sovereign power, given to those that be his or their subjects, declaring publicly and plainly what every of them may do, and what they must forbear to do ».

¹³⁸ J. BENTHAM, *Fragment sur le gouvernement*, trad. J.-P. Cléro, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1996. Dans cet ouvrage, Bentham, se livrant à une critique de la vision jusnaturaliste de Blackstone et considère qu'il ne peut y avoir de droit en dehors du droit positif, établi par la volonté du Souverain, qu'il identifie avec Parlement.

¹³⁹ E. DUMONT, *De l'organisation judiciaire et de la codification : extraits de divers ouvrages de Jeremy Bentham*, Paris, H. Bossange, 1828.

¹⁴⁰ J. AUSTIN, *The province of jurisprudence determined*, préf. H. L. A. Hart, London, Weidenfeld and Nicolson, 1954, p. 1.

¹⁴¹ V. sur ce sujet : J. KRYNEN, *L'Empire du Roi. Idées et croyances politiques en France, XIII^e-XV^e siècle*, Paris, Gallimard, 1993, sp. la troisième partie, « L'absolutisme », pp. 345-455.

¹⁴² J.-M. CARBASSE, « Le Roi législateur : théorie et pratique », *Droits*, 2003/2, n° 38, p. 3 ; J.-M. CARBASSE, G. LEYTE, *L'État royal, XII^e-XVIII^e siècle. Une anthologie*, Paris, PUF, 2004, sp. chap. V. « Le roi et le droit », pp. 187-240.

ensuite avec l'adoption des grandes ordonnances royales à partir de la deuxième moitié du XVI^e siècle et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime¹⁴³.

51. Pluralisme des sources du droit. Certes, l'Ancien Régime, même dans ses dernières décennies, n'a pas consacré un absolutisme législatif qui aurait exclu les autres sources du droit et il serait plus qu'excessif de présenter les « lois » royales comme les sources exclusives du droit applicable dans le royaume de France. L'Ancien Régime demeurait en effet assez largement pluraliste, admettant encore la coutume et les décisions des cours souveraines comme sources de droit au même titre que les ordonnances et lettres patentes notamment. Sur ce point, J.-M. Carbasse rappelle même que « l'un des traits les plus caractéristiques de la législation royale jusqu'à la fin de l'Ancien Régime » réside dans « son caractère largement *ineffectif* »¹⁴⁴. Les grandes ordonnances, notamment d'Orléans (1561), de Moulins (1566) ou de Blois (1579), avaient essentiellement pour objet des domaines de nature régaliennne touchant à ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui le droit public. Étaient ainsi concernés les domaines de la police, de l'organisation de la justice et de l'armée, le domaine de la Couronne ou encore la matière fiscale. Au siècle suivant, sous Louis XIV, furent adoptées certaines ordonnances relatives à la réglementation en matière économique¹⁴⁵. À l'inverse, les domaines spécifiques au droit privé substantiel, à l'exception de certains aspects du droit de la famille et des successions, demeuraient entièrement régis par le droit coutumier, même à la fin de l'Ancien Régime.

52. Continuité contractualiste entre Ancien Régime et Révolution. L'accroissement d'un droit de type législatif adopté par le monarque, à partir du XVI^e siècle, traduit néanmoins très clairement le tournant volontariste dans la conception du droit à partir de la fin du Moyen-Âge, concomitamment avec l'apparition de l'État moderne. À cet égard, le légicentrisme révolutionnaire, loin de marquer une rupture radicale avec l'Ancien Régime, constitue simplement le parachèvement d'une évolution entamée au moins trois siècles avant. Les thèses contractualistes, à partir de Hobbes, puis chez Locke, Rousseau et Kant, ont ainsi

¹⁴³ J.-M. CARBASSE, G. LEYTE, *L'État royal, XII^e-XVIII^e siècle. Une anthologie*, p. 210.

¹⁴⁴ J.-M. CARBASSE, « Le Roi législateur : théorie et pratique », *op. cit.*, p. 18. L'auteur justifie cela en précisant par ailleurs que « c'est bien le caractère sacré de la monarchie française qui l'a empêchée jusqu'à la fin – même au XVIII^e siècle, en dépit de la nomophilie ambiante – d'adopter une conception strictement positiviste de la Loi. Les lois du Roi de France ne sont jamais à elles-mêmes leur propre fin. Elles restent subordonnées à un ordre de valeurs qui surplombe de très haut l'ordre tout humain de l'État » (p. 19).

¹⁴⁵ V. not. : *Edit sur les eaux et forêts* (1669), *édit pour le commerce des marchands en gros et en détail* (1673), *ordonnance sur la gabelle* (1680), *ordonnance sur le commerce des mers* (1681), *ordonnance touchant la police des îles de l'Amérique* (1685).

orienté l'analyse juridique vers une conception strictement volontariste et rationaliste de la société, le droit étant « désormais conçu comme l'expression de la volonté des hommes de prendre en main leur destin » et « comme un instrument qui permet à l'homme de se dresser contre la nature des choses et non plus comme le reflet des déterminismes et des diktats d'une cruelle et aveugle nature »¹⁴⁶. Le droit est dès lors devenu le fruit de la volonté humaine, d'une décision du Souverain, peu importe finalement que ce Souverain soit un monarque, une assemblée, un peuple ou une nation.

53. La loi, volonté générale. Cet artificialisme des théories contractualistes sera habilement repris par les révolutionnaires français pour fonder l'autorité de la loi, plus pure expression de la raison et de la « volonté générale ». La loi mise en avant par les révolutionnaires s'abreuve à ces deux sources rationaliste et volontariste qui fondèrent la pensée moderne des Lumières. Rationaliste, tout d'abord, car la loi est présentée comme l'œuvre la plus aboutie de la raison humaine, comme un chef d'œuvre de rationalité juridique, conception qui aboutira à la « métaphysique légaliste » du code civil. Volontariste, ensuite, car la loi qui s'impose aux hommes ne découle pas de l'ordre naturel ou cosmique des choses mais est bien le fruit de la volonté des hommes eux-mêmes, volonté générale exprimée par les représentants de la Nation.

Cet héritage philosophique a permis en définitive aux révolutionnaires de magnifier la loi dans le but d'étouffer corrélativement le pouvoir normatif de juges devenus gênants pour l'autorité centrale à la fin de l'Ancien Régime.

B – L'annihilation nécessaire de la normativité des précédents héritée de l'Ancien Régime

54. La justice, attribut de la souveraineté royale confié aux cours souveraines. Dès le XIII^e siècle, la justice est conçue comme indissociable de la souveraineté royale. Le roi de France, héritier de Clovis et des « très chrétiens » rois mérovingiens, est le représentant temporel de la justice divine. La justice n'est donc point perçue en premier lieu comme l'un des attributs de la souveraineté mais comme proprement constitutive de cette souveraineté des monarques de droit divin, sacrés comme le furent les Rois d'Israël sous l'Ancienne Alliance.

¹⁴⁶ A. VIALA, *Philosophie du droit, op. cit.*, pp. 50-51.

Dès le début de *L'idéologie de la magistrature ancienne*¹⁴⁷, J. Krynen démontre à cet égard que la justice est initialement une « dette du souverain »¹⁴⁸ s'exprimant par une « justice retenue »¹⁴⁹, rendue par le Roi lui-même et sa *Curia Regis*. À l'origine organiquement unifiée, cette Cour se scinde au milieu du XIIIe siècle en deux organes : les affaires judiciaires relèvent désormais du Parlement de Paris¹⁵⁰ et les affaires administratives et politiques reviennent au Conseil du Roi. C'est au XVe siècle que sont ensuite constitués les Parlements de province¹⁵¹ ainsi qu'une multitude de juridictions ordinaires inférieures et intermédiaires sur l'ensemble du territoire du Royaume¹⁵². Ce démembrement de la *Curia Regis* et cette « décentralisation » de la justice royale marquent le point de départ d'un « combat séculaire mené sur le terrain, par la magistrature, pour dépossession le monarque de l'exercice de la justice, pour prendre en charge cette souveraine dette »¹⁵³.

55. L'émancipation progressive des magistrats vis-à-vis du Roi. Les magistrats médiévaux ont ainsi eu tendance à s'émanciper progressivement de la tutelle royale en matière de justice. Dès l'institution des Parlements de province, les magistrats soutiennent l'idée selon laquelle ils sont les représentants de la justice royale dans l'ensemble des « pays » dans lesquels ils sont établis. Le fait pour les juges d'être ainsi perçus comme « *pars corporis regis* » les faisait directement « participer de la majesté royale »¹⁵⁴. Cette prétention à la représentation de la souveraineté royale en matière de justice prendra progressivement l'allure d'une « dépossession »¹⁵⁵ du monarque au profit des Parlements. Cette subversion est justifiée au

¹⁴⁷ J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 18 : « Parce que la justice réside dans le souverain à titre de principe, ce souverain se trouve vis-à-vis d'elle dans un rapport de type obligataire. Il est tenu de "rendre la justice" ».

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 24-31.

¹⁵⁰ V. not. : E. GLASSON, *Le Parlement de Paris. Son rôle politique depuis le règne de Charles VII jusqu'à la Révolution*, Genève, Slatkine-Megariotis reprints (réimpr. de l'édition de Paris de 1901) ; F. HILDESCHNEIDER, M. MORGAT-BONNET, *État méthodique des archives du Parlement de Paris*, Paris, Archives nationales, 2011.

¹⁵¹ L'étude qui demeure encore aujourd'hui de référence est celle de B. DE LA ROCHE FLAVIN, *Treize livres des parlements de France*, Paris, A. Bourdeaus, 1617. V. également : J. POUMAREDE, J. THOMAS (dir.), *Les parlements de province : pouvoirs, justice et société du XVe au XVIIIe siècle*, Toulouse, 1996 ; J.-L. EICHENLAUB (dir.), *Les Conseils souverains dans la France d'Ancien Régime, XVIIe-XVIIIe siècle*, Colmar, 2000.

¹⁵² J.-P. ROYER, N. DERASSE, J.-P. ALLINNE, B. DURAND, J.-P. JEAN, *Histoire de la justice en France du XVIIIe siècle à nos jours*, Paris, PUF, 5^e éd., 2016, pp. 55-77.

¹⁵³ J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 72.

¹⁵⁵ Voir l'ensemble du chapitre 3 de l'ouvrage de J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, *op. cit.*, intitulé « De la "représentation" à la dépossession du roi », pp. 62-78.

niveau doctrinal par l'argument, récurrent en France dès la fin du XIII^e siècle, selon lequel la fonction de justice consiste en une science spécifique et autonome qui doit être remise à un corps de juriste spécialisé et distinct du Roi, lequel ne dispose pas de cette science¹⁵⁶. Cette évolution est en réalité la marque d'une sécularisation de la notion de justice, reléguée à un rang purement temporel. Lorsque la justice est comprise en premier lieu selon son acception divine, incarnée dans la personne du Roi, il est parfaitement compréhensible qu'elle demeure dans les mains de ce dernier. La sécularisation de la justice a ainsi entraîné, fort logiquement, la sécularisation de ses représentants.

56. Le précédent comme élément primordial de preuve de la coutume. Il est ainsi établi que les magistrats disposent, dès le XV^e siècle, d'un prestige important qui rejaillit nécessairement sur leur pouvoir créateur et sur l'avènement d'une première manifestation d'un précédent juridictionnel en France¹⁵⁷. Le pouvoir normatif et créateur du juge au Moyen-Âge doit être mis en perspective vis-à-vis de la compréhension des autres sources du droit de l'époque. L'ordonnancement juridique en France au Moyen-Âge tardif est assez disparate : droit romain, essentiellement dans les pays de langue d'oc, droit coutumier dans les pays de langue d'oïl mais également en partie dans le Midi, droit canonique, ordonnances royales, divers actes écrits, règlements et chartes adoptés par les princes et seigneurs locaux, etc. L'évolution du pouvoir du juge jusqu'à la Révolution accompagne l'évolution des sources du droit à l'époque médiévale, qui, schématiquement, passe d'un droit essentiellement coutumier et local à un droit de plus en plus écrit et centralisé dans les mains du souverain. Au XIII^e siècle, le droit applicable dans les différents pays du Royaume de France est essentiellement et majoritairement un droit coutumier. Les juges ont joué à cet égard un rôle décisif dans la « découverte » ou la clarification des coutumes à l'occasion de litiges quant à leur application ou à la suite d'enquêtes par turbe¹⁵⁸. Il y a un lien évident entre application de la coutume aux litiges et développement du précédent judiciaire au Moyen-Âge, dans la mesure où les précédents, répertoriés de façon de plus en plus fréquente et systématique à partir du XIV^e

¹⁵⁶ J. KRYNEN, *op. cit.*, p. 60 : « Le roi ne peut "savoir l'art" du juste et de l'injuste, il ne peut acquérir "les perfections" indispensables aux juges. C'est une habitude ancienne du discours juridique doctrinal et judiciaire français de proclamer que "rendre la justice" est une si "pesante charge" que les rois s'en sont "déchargés" et l'ont "remise", ou "commise", aux juges et aux magistrats ».

¹⁵⁷ Sur ce sujet, v. l'étude de A. SERGENE, « Le précédent judiciaire au Moyen-Âge », *RHD* 1961, p. 224 et p. 359.

¹⁵⁸ V. not. : L. WAELKENS, « L'origine de l'enquête par turbe », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1985, vol. 53, p. 337 ; J.-F. PROUDET, « Réflexions sur la preuve de la coutume devant les juridictions royales françaises au XIII^e et XIV^e siècles, notamment le rôle de l'enquête par turbe », *RHD* 1987, vol. 65, p. 71.

siècle, permettaient bien souvent aux plaideurs de mettre en évidence l'existence d'une coutume dont ils se prévalaient. Selon A. Sergène, « tout incite à penser que l'apparition du rôle créateur du précédent doit être recherchée à une époque qui coïncide avec celle de la mise en œuvre de sa fonction probatoire »¹⁵⁹, de sorte que « si les parties allèguent des précédents, c'est comme moyen de preuve des coutumes sur lesquelles elles se fondent : la notion s'est dégagée ainsi que le précédent judiciaire exprimait la coutume »¹⁶⁰. Il serait anachronique et sans doute inexact de parler à cette époque de précédents véritablement dotés de force normative, mais la pratique s'est accrue dans les prétoires de rechercher les cas antérieurs analogues pour justifier la solution à rendre et a permis le développement de recueils de jurisprudence, de rôles, de plus en plus précis et détaillés. Cette « fonction probatoire » des précédents a fait du juge un acteur essentiel dans la « déclaration » du droit coutumier applicable, de sorte que « les coutumiers privés du Moyen Âge sont à cet égard souvent, ou du moins dans une large mesure, des recueils de jurisprudence coutumière »¹⁶¹.

57. Institution des parlements de province. Jusqu'au XVe siècle, seul le Parlement de Paris rend la justice au nom du roi en dernier ressort. L'extension des compétences royales devenant trop importante pour une seule cour, d'autres cours souveraines sont créées en province. C'est ainsi que sont institués, à partir de 1444, douze nouveaux Parlements et trois conseils souverains, disposant de compétences judiciaires et de compétences extrajudiciaires.

58. Compétences judiciaires : interprétation et prise en compte de l'équité. Sur le plan strictement judiciaire tout d'abord, leur principale compétence est de connaître des appels dirigés à l'encontre des décisions des juridictions royales, seigneuriales et ecclésiastiques de premier ressort. Ces cours souveraines sont donc instituées pour appliquer le droit législatif et coutumier au nom du Roi. Elles disposent pour ce faire d'un pouvoir important, conséquence notamment de la vénalité des offices et du fait qu'elles se prononcent la plupart du temps en dernier ressort, exception faite de certains recours possibles devant le Conseil du Roi. Il apparaît que les cours souveraines ont ainsi tendance à interpréter largement les lois

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 230.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 242.

¹⁶¹ A. WIJFFELS, *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, Paris, PUF, 2^e éd., 2014, p. 172.

royales, y apportant éventuellement des correctifs exigés par l'équité¹⁶² et des interprétations dictées par « la droite raison »¹⁶³, lorsqu'il est établi que le droit écrit à appliquer au litige n'est pas suffisamment clair ou comporte des lacunes manifestes. Lorsque les juges sont, par ailleurs, en désaccord avec une loi royale, ils prennent la liberté de l'interpréter de telle manière que celle-ci n'est, en pratique, plus appliquée¹⁶⁴. Par l'ordonnance de Blois de 1579 d'abord, puis surtout par l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye de 1667, dite « Code Louis », le pouvoir royal a tenté d'interdire ce recours à l'équité, dans la mesure où celui-ci accordait au juge un pouvoir interprétatif trop important. Cette interdiction est cependant, pour l'essentiel, demeurée lettre morte, les magistrats de l'Ancien Régime se percevant très clairement comme investis de la mission de rendre « vivante »¹⁶⁵ la loi positive, en maintenant par leur interprétation et leur sage raison « le lien qui fait de la loi humaine le prolongement de la loi de Dieu »¹⁶⁶.

59. Compétences extrajudiciaires : arrêts de règlement et vérification des lois royales. Les Parlements disposent en outre de deux compétences de nature extrajudiciaire : un pouvoir réglementaire par l'adoption d'arrêts de règlement et une participation à la fonction législative par l'enregistrement des lettres patentes. Par les arrêts de règlements, les cours souveraines pouvaient disposer par voie réglementaire, en posant une règle de droit applicable à tous les cas analogues qui se présenteraient dans son ressort. Une telle attribution, difficilement concevable dans le système actuel, se justifie parfaitement à une époque de concentration des pouvoirs dans les mains du roi, les cours souveraines n'en étant que les représentantes. Les arrêts de règlement étaient de deux sortes : ceux adoptés à l'occasion d'un litige particulier et ceux adoptés en dehors de tout procès. Ces arrêts ont été progressivement recensés et compilés dans une série de recueils, permettant d'asseoir la jurisprudence des

¹⁶² V. not. : G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in. *Mélanges offerts à J. Maury*, Paris, Dalloz, 1960, t. II, p. 257 ; M.-F. RENOUX-ZAGAME, « Royaume de la loi : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Justices*, 1998, n° 9, p. 17.

¹⁶³ J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, op. cit., p. 181.

¹⁶⁴ V. sur ce point : F. SAINT-BONNET, « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel a priori des lois du Roi », *CCC*, n° 24, 2008, p. 86 ; « Le contrôle a posteriori : les parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi », *CCC*, n° 28, « Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité », 2010, p. 23.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 174 : « A partir du XIII^e siècle, en effet, dans la pensée politique scolastique, s'effectue la rencontre de la figure justinienne du *princeps lex animata* et de la description aristotélicienne du juge en tant que *instum animatum (dikaion empsychon)*, reprise de l'Éthique à Nicomaque. » ; p. 178 : « Les lois royales seraient lettre morte sans magistrats pour les faire vivre, les faire parler ».

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 179.

Parlements et des autres cours souveraines comme une source de droit majeure de la fin de l'Ancien Régime. Si leur autorité est incontestable, elle doit cependant être relativisée à deux points de vue : d'une part les cours souveraines ne pouvaient disposer par voie réglementaire que dans des domaines qui n'étaient pas déjà couverts par les lois ou coutumes du royaume ; d'autre part, les arrêts de règlement pouvaient être abrogés par ordonnance royale ou invalidés par le Conseil du Roi.

60. Remontrances. Les cours souveraines procèdent en outre à l'enregistrement des actes royaux les plus importants, formalité résultant du démembrement de la primitive *Curia Regis* en diverses cours souveraines et visant à inscrire ces actes au registre de chaque juridiction. À l'occasion de l'enregistrement, les cours souveraines peuvent adresser au Roi certaines remontrances, reliquats du temps où le Roi gouvernait « à grand conseil » et où ses conseillers avaient le devoir de signifier au souverain que l'acte qu'il entendait adopter allait à l'encontre des intérêts, des lois ou des grands principes du royaume¹⁶⁷. Les magistrats des cours souveraines ont de plus en plus eu recours à cette attribution dans une logique de confrontation politique avec le roi, refusant d'enregistrer un acte avec lequel ils peuvent être en désaccord, en le privant ainsi de toute force exécutoire. Si le roi vient à tenir un lit de justice dans les parlements récalcitrants, ces derniers usent ultérieurement de leur pouvoir d'interprétation pour priver l'acte de toute efficacité en pratique. L'utilisation, voire l'abus, de ce pouvoir de remontrance par les cours souveraines, constitue le point névralgique de l'opposition entre le pouvoir royal et les magistrats à la fin de l'Ancien Régime. Cette opposition s'explique finalement par le fait que, comme le démontre J. Krynen, « l'entière structure mentale des élites judiciaires de la monarchie s'opposait à la personnalisation du pouvoir absolu »¹⁶⁸.

61. Le pouvoir des juges comme frein à la centralisation monarchique. Les magistrats d'Ancien Régime disposent d'un pouvoir normatif et d'un rôle politique majeur, à tel point qu'ils constituent un frein à l'expansion et à la centralisation du pouvoir royal. Ce pouvoir s'est traduit juridiquement en termes de sources du droit par une reconnaissance importante du pouvoir créateur des juges et donc de la normativité des précédents. Ce pouvoir normatif des juges et leur importance politique corrélative a gêné le pouvoir royal et a, d'une certaine manière, été l'un des facteurs de son délitement.

¹⁶⁷ M. ANTOINE, « Les remontrances des cours supérieures sous le règne de Louis XIV (1673-1715) », in *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1993, vol. 151, n° 1, p. 87.

¹⁶⁸ J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne, op. cit.*, p. 277.

Dans les premières années de la Révolution, l'enjeu pour ses partisans est d'asseoir un pouvoir politique récemment acquis. Pour ce faire, il faut que la loi qu'ils édictent soit appliquée partout de la même manière sur l'ensemble du territoire. Conscients du pouvoir normatif des juges et souhaitant éviter toute concurrence, ils n'ont d'autre choix que de développer une doctrine prescriptive sur la fonction de juger.

§ 2 – *La dimension prescriptive de la doctrine révolutionnaire sur la fonction de juger*

Les révolutionnaires ont retenu une interprétation stricte de l'œuvre de Montesquieu, voyant dans la séparation des pouvoirs une règle de spécialisation et d'indépendance des organes et des fonctions (A), ce qui a conduit à une conception mécanique de la fonction de juger (B).

A – L'interprétation spécifiquement révolutionnaire de la séparation des pouvoirs

62. La séparation des pouvoirs selon Montesquieu : une règle de non-cumul.

Lorsque Montesquieu, à partir de l'étude de la Constitution d'Angleterre, s'intéresse à la question de la répartition des pouvoirs, c'est dans le but de déterminer la meilleure façon dont un État peut garantir aux citoyens la liberté politique, celle-ci consistant « à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir »¹⁶⁹. Une telle liberté ne peut être garantie que dans ce que Montesquieu appelle les « États modérés » dans lesquels « on n'abuse pas du pouvoir »¹⁷⁰. Ayant identifié les trois types de pouvoirs que l'on retrouve dans chaque État, Montesquieu souligne que « tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers »¹⁷¹. Ainsi la réunion de ces pouvoirs entre les mains

¹⁶⁹ *L'Esprit des Lois*, Livre XI, Chap. III. « Ce que c'est que la Liberté ».

¹⁷⁰ *Ibid.*, Livre XI, Chap. IV « Continuation du même sujet ».

¹⁷¹ *Ibid.*, Livre XI, Chap. VI « De la constitution d'Angleterre ».

d'une seule personne aboutit inévitablement au despotisme, Montesquieu souscrivant en cela au constat de Locke selon lequel « ce serait provoquer une tentation trop forte pour la fragilité humaine, sujette à l'ambition, que de confier à ceux-là même qui ont déjà le pouvoir de faire les lois, celui de les faire exécuter »¹⁷². Pour éviter cette tendance despotique inscrite dans la nature humaine déchuée, Montesquieu suggère donc une simple règle négative de non-cumul : ne pas concentrer tous les pouvoirs en un seul individu ou groupe d'individus¹⁷³.

63. La fonction judiciaire dans la théorie de Montesquieu. Afin de saisir la conception spécifique de Montesquieu à propos de la fonction juridictionnelle, il faut présenter brièvement la distinction entre ce qu'il est convenu d'appeler *la balance des pouvoirs* d'un côté et *la séparation des pouvoirs au sens strict* de l'autre¹⁷⁴. La première de ces théories ne concerne que les fonctions législative et exécutive et vise à les attribuer « à des organes qui ne sont ni indépendants, ni spécialisés »¹⁷⁵ de sorte que, « concourant à l'exercice de leurs fonctions, les organes législatif et exécutif sont contraints de les exercer de concert »¹⁷⁶. À l'inverse, la fonction judiciaire doit, dans la vision de Montesquieu, répondre aux critères de spécialisation et d'indépendance, en étant confiée à un seul organe dont les membres ne peuvent être nommés ou révoqués par d'autres organes détenteurs des fonctions législative ou exécutive¹⁷⁷. Il n'y a donc que pour la fonction judiciaire que Montesquieu préconise une séparation au sens strict, entendue comme spécialisation et indépendance des tribunaux à l'égard des organes représentant les deux autres fonctions. Il en déduit que « la puissance de juger ne doit pas être donnée à un Sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple » afin de « former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert »¹⁷⁸. C'est précisément cette dilution populaire de la puissance judiciaire qui lui fait affirmer que celle-ci « devient pour

¹⁷² J. LOCKE, *Traité du Gouvernement Civil*, Chap. XII, « Du pouvoir législatif, exécutif et fédératif d'un État ».

¹⁷³ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », reprod. de l'édition LGDJ de 1973, 2015, pp. 114-120.

¹⁷⁴ Sur cette distinction, v. not. : M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, *op. cit.*, pp. 157-165 ; M. BARBERIS, « La séparation des pouvoirs », in. M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, pp. 710-716.

¹⁷⁵ M. BARBERIS, « La séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 712.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 713.

¹⁷⁷ *De l'Esprit des Lois*, Livre XI, Chap. VI « De la constitution d'Angleterre » : « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur ».

¹⁷⁸ *Ibid.*

ainsi dire invisible et nulle »¹⁷⁹. Il ne s'agit pas d'une négation de la fonction judiciaire, mais d'une particularité de celle-ci, inhérente à la séparation au sens strict, exprimée par la spécialisation et l'indépendance¹⁸⁰.

64. L'institution du jury limitée à la matière criminelle. Du point de vue des attributions, Montesquieu évoque fréquemment la nécessité d'instituer un jury populaire devant se cantonner à une stricte application mécanique de la loi aux litiges présentés devant lui. Une lecture plus globale de *l'Esprit des lois* permet de souligner que ce souhait concerne en réalité la seule matière pénale. Une telle position n'est certes pas explicitement posée dans le chapitre relatif à la Constitution d'Angleterre mais apparaît plus nettement au Livre VI¹⁸¹, dans lequel est abordée la question de la forme des jugements et de leur rapport avec le texte précis de la loi à appliquer¹⁸². Montesquieu y aborde les exemples antiques romain et grec ainsi que le cas des jurys populaires anglais et y traite spécifiquement de la matière criminelle. Aussi est-il indispensable, dans cette perspective, que le juge ne dispose d'aucune forme de pouvoir d'interprétation lorsqu'il est spécialement question « d'assurer la sanction des atteintes à la liberté des citoyens »¹⁸³.

65. La compatibilité de la doctrine de Montesquieu avec le pouvoir normatif du juge. Ces quelques précisions sur l'approche de Montesquieu quant au pouvoir judiciaire permettent d'écarter un certain nombre d'idées reçues et d'interprétations parfois trop extensives ou décontextualisées de son propos. Elles constituent en définitive un important facteur de relativisation de ses prescriptions relatives au « juge automate » et à la « puissance nulle ». On s'aperçoit en résumé que ces prescriptions ont un objet nettement plus restreint que ce qu'il y paraît de prime abord et ne sont dirigées qu'à l'endroit des jurys populaires pour trancher des questions d'ordre criminel. Cependant, demeure toujours en suspens la question

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préf. M. Villey, Paris, LGDJ, 1974, pp. 42-45.

¹⁸¹ Livre intitulé : « Conséquences des principes des divers gouvernements par rapport à la simplicité des lois civiles et criminelles, la forme des jugements et l'établissement des peines ».

¹⁸² Pour la défense de cette thèse, v. not. : S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, *op. cit.*, p. 44 ; Position également défendue par M. Barberis, dans « La séparation des pouvoirs », *op. cit.* p. 715 : « pour Montesquieu, surtout en matière pénale, les juges ne doivent pas créer le droit, mais se limiter à l'appliquer : l'idée qui deviendra un lieu commun des lumières et du libéralisme. » ; « Montesquieu attribue le pouvoir de juger, au moins en matière pénale, moins à des juges – professionnels ou fonctionnaires – qu'à des jurys populaires formés de membres appartenant à la même classe que les accusés ».

¹⁸³ S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, *op. cit.*, p. 44.

de savoir s'il doit en être de même en ce qui concerne la matière non criminelle et les litiges tranchés par des juges professionnels. En l'occurrence, rien dans l'œuvre de Montesquieu ne permet d'affirmer avec certitude qu'une telle analogie ou extension est souhaitable ou opportune dans la perspective de la séparation des pouvoirs. Il est même relativement audacieux, eu égard à la vie et aux opinions de l'auteur, d'inférer de l'œuvre de Montesquieu un rejet total du pouvoir normatif du juge et une mécanisation radicale du rôle de ce dernier à l'égard de la loi dans l'ensemble des situations. En raison notamment de son appartenance à la noblesse, de son activité comme conseiller au Parlement de Bordeaux et de ses diverses rencontres et expériences auprès des juges anglais de *common law*, Montesquieu s'inscrit indéniablement dans « cette tradition nobiliaire anti-absolutiste qui avait toujours tenu à l'autonomie des Parlements »¹⁸⁴. De cette tradition, il ressort la reconnaissance d'un pouvoir normatif important aux juges des cours souveraines.

66. L'interprétation de la séparation des pouvoirs par les révolutionnaires. D'une manière générale, les constituants de 1791 ont retenu une interprétation dite « stricte » ou « rigide » de la séparation des pouvoirs, entendue comme spécialisation et indépendance des trois pouvoirs¹⁸⁵. En ce qui concerne la fonction judiciaire, ils ont retenu la doctrine prescriptive du juge « bouche de la loi », *a priori* uniquement dirigée à l'encontre des jurys populaires en matière pénale, et l'ont appliquée à l'ensemble des juges et disciplines. La Révolution a donc essentialisé et généralisé la conception mécanique de la fonction de juger en prescrivant au juge de devenir une machine à appliquer la loi. Il ne s'agit pas ici de démontrer qu'une telle interprétation serait incorrecte ou abusive ou qu'elle traduirait une méprise à l'égard de l'œuvre de Montesquieu. Il s'agit d'une interprétation possible parmi d'autres, justifiée par une démarche éminemment politique, visant à assurer la suprématie de la loi, supposée exprimer la volonté générale, et seule à même d'assurer la réalisation de l'œuvre révolutionnaire dans tout le pays.

La volonté des révolutionnaires était de faire du juge une machine à produire des syllogismes, sans laisser la moindre place à l'interprétation ou à la prise en compte de l'équité. La doctrine révolutionnaire sur le pouvoir judiciaire développe donc un discours prescriptif,

¹⁸⁴ M. BARBERIS, « La séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 715.

¹⁸⁵ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, *op. cit.*

les constituants ayant conscience du caractère normatif et créateur de la fonction de juger et tentant de l'endiguer et de l'étouffer par tous les moyens.

B – La mécanisation de l'acte de juger : une doctrine éminemment prescriptive

67. La dimension prescriptive de la doctrine de la séparation des pouvoirs. Les doctrines de balance et de séparation des pouvoirs n'ont pas une vocation *descriptive* mais *prescriptive*. Ainsi, comme le souligne M. Barberis, « Montesquieu parle moins de ce que *font* les juges professionnels que de ce que *devraient faire* les jurys populaires : comme Beccaria et les autres philosophes des lumières, il adopte une doctrine (prescriptive) du judiciaire, pas une théorie (descriptive) de l'interprétation »¹⁸⁶. L'objet de cette doctrine est donc de prescrire de quelle manière répartir les pouvoirs, ou plutôt de quelle manière ne pas les répartir, en vue d'éviter toute situation despotique de concentration des pouvoirs. La doctrine de la séparation des pouvoirs de Montesquieu est, en outre, une doctrine complexe et par là-même sujette à diverses interprétations. Elle reçoit ainsi de la part des révolutionnaires une certaine interprétation qui s'accorde avec le projet politique d'abolition de l'ordre ancien et d'instauration d'une hégémonie législative. Les révolutionnaires de 1789 et les constituants de 1791 se sont ainsi appropriés l'œuvre de Montesquieu et l'ont interprétée dans un sens conforme à leur dessein.

68. La mécanisation de l'acte de juger par le syllogisme judiciaire. La vision légicentriste tend à objectiver le plus possible l'acte de juger en l'assimilant à la production d'un syllogisme. Le syllogisme se définit comme un « raisonnement déductif formé de trois propositions, deux prémisses (la majeure et la mineure) et une conclusion, tel que la conclusion est déduite du rapprochement de la majeure et de la mineure »¹⁸⁷. Appliqué à la fonction judiciaire et au contexte révolutionnaire, le syllogisme consiste schématiquement en un rapprochement de faits litigieux portés devant le juge (prémisse mineure) avec la règle qui leur est applicable (prémisse majeure) afin de parvenir à la solution concrète qu'est le jugement

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ V° « Syllogisme » in. *Trésor de la langue française informatisé*, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

(conclusion). Afin d'assurer une mécanique pure et une objectivité dans l'acte de jugement, il est nécessaire d'écarter toute liberté créatrice ou marge de manœuvre au juge dans l'établissement des prémisses.

69. L'encadrement de la détermination de la prémisse mineure. S'agissant de l'établissement de la prémisse mineure, la loi des 16 et 24 août 1790¹⁸⁸ puis la Constitution du 3 septembre 1791¹⁸⁹ disposent que les faits seront établis par des jurés populaires en matière criminelle, suivant sur ce point les préconisations de Montesquieu. L'institution d'un jury populaire permet de se prémunir contre un risque d'arbitraire dans la détermination des faits et garantit la dimension démocratique de la justice. Pour la matière civile et commerciale, point de jurés, mais des juges élus par le peuple¹⁹⁰, ce qui permet de conserver l'indépendance et la spécialisation souhaitées par les constituants en attribuant la puissance de juger au seul peuple souverain et non à des juges professionnels.

70. L'encadrement de la détermination de la prémisse majeure. Cet encadrement dispose de deux volets. Premièrement, il est défendu au juge de créer sa propre prémisse majeure en disposant par voie de norme générale et abstraite, que cela passe par une participation à l'exercice du pouvoir législatif¹⁹¹ ou par l'adoption de règlement¹⁹². Cette dernière interdiction sera reprise en 1804 à l'article 5 du code civil interdisant les arrêts de règlement. Deuxièmement, lorsqu'une prémisse majeure est clairement identifiable, c'est-à-dire dans le cas d'une disposition législative à appliquer, il est défendu au juge d'y apporter la moindre interprétation personnelle sans l'aval du Corps législatif. L'article 12 du titre II de la loi des 16 et 24 août 1790, après avoir proscrit aux tribunaux d'élaborer des règlements, précise

¹⁸⁸ Titre II, art. 15 : « La procédure par jurés aura lieu en matière criminelle ; l'instruction sera faite publiquement, et aura la publicité qui sera déterminée ».

¹⁸⁹ Titre III, Chap. V, art. 9 : « En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le Corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l'accusation. Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés. L'accusé aura la faculté d'en récuser jusqu'à vingt, sans donner des motifs. Les jurés qui déclareront le fait, ne pourront être au-dessous du nombre de douze. L'application de la loi sera faite par des juges. L'instruction sera publique, et l'on ne pourra refuser aux accusés le secours d'un conseil. Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait ».

¹⁹⁰ Constitution du 3 septembre 1791, titre III, art. 5 : « Le Pouvoir Judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple ».

¹⁹¹ Loi des 16 et 24 août 1790, Titre II, art. 10 : « Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture ».

¹⁹² *Ibid.*, art. 12 : « Ils ne pourront point faire de règlements ».

« qu'ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ». La faculté d'un juge d'interpréter la norme de référence qu'il doit appliquer à un litige concret peut, en effet, d'une certaine manière, conduire à une dénaturation de la norme de référence en raison de la création, par le juge, de sa propre prémisse majeure de jugement. C'est précisément le cas de figure que souhaitent éviter les révolutionnaires. En cas de difficulté d'interprétation, l'article 121 de la loi du 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 instaure un référé obligatoire devant le corps législatif après deux cassations successives devant le Tribunal de cassation¹⁹³.

71. La postérité de cette doctrine révolutionnaire prescriptive visant à la mécanisation du jugement est considérable. De prime abord contingente et justifiée par une volonté politique particulière, elle est ensuite essentialisée et érigée en théorie générale par les juristes classiques dès le début du XIXe siècle.

§ 3 – *Le rejet de la normativité des précédents par la doctrine post-révolutionnaire*

72. **Les approches sur le précédent après l'adoption du code civil de 1804.** Le légalisme révolutionnaire a été pleinement accompli avec l'adoption du code civil de 1804. Toute l'œuvre napoléonienne de codification a constitué le parachèvement de cet ordre nouveau fondé sur la Loi. La codification se voulait une œuvre totale et achevée, embrassant et contenant l'ensemble des solutions juridiques envisageables. Il s'est donc développé dès le début du XIXe siècle une sorte de « métaphysique légaliste », plus jusnaturaliste que positiviste, consistant à présenter la codification comme la perfection de la raison humaine, comme rationalisation ultime du processus entamé à la Révolution par lequel tout droit sourd de la volonté du législateur représentant la Nation. De là, est née l'école dite de l'Exégèse qui, à l'instar des courants exégétiques relatifs aux textes sacrés, spécifiquement bibliques, entendait révéler le sens contenu dans le code civil qui se suffisait à lui-même, car même les principes qui n'y figuraient pas explicitement découlaient en réalité d'une lecture d'ensemble et d'une

¹⁹³ Art. 21 de la Constitution du 3 septembre 1791 : « Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation sera tenu de se conformer ».

compréhension globale du code¹⁹⁴. Les exégètes du code civil du XIX^e siècle se situent donc dans une perspective pleinement jusnaturaliste¹⁹⁵, considérant que « la codification était l'aboutissement historique du jusnaturalisme moderne »¹⁹⁶. De façon quasi-autopoïétique, les tenants de l'école de l'Exégèse soutenaient que le code contenait en lui-même l'ensemble des solutions vis-à-vis des problèmes qui pouvaient s'élever quant à son application. Ce courant s'est initialement constitué de cours dispensés dans les facultés de droit, à la fois didactiques et descriptifs et ayant vocation à diffuser et expliquer le Code Napoléon. À partir de cet enseignement des principes du code s'est progressivement bâti ce que J. Bonnecase a identifié comme étant un courant de pensée à part entière¹⁹⁷.

73. Le contenu méthodologique de l'École de l'Exégèse. Le « programme méthodologique » de l'école de l'Exégèse a été très clairement synthétisé en quatre points par V. Champeil-Desplats : « a) un type de présentation des codes : la répétition ; b) un type d'interprétation, initialement des codes, et par extension, de tout type de *corpus* de texte juridique : la recherche de l'intention de l'auteur du texte ; c) un type de représentation des modalités d'application du droit et, conséquemment, des raisonnements à partir des textes sources : le syllogisme ; d) une conception simplificatrice de l'activité scientifique : la formulation de principes »¹⁹⁸. C'est donc par l'articulation de différents articles du code, une vision d'ensemble mue par les principes qui le sous-tendent et le justifient, une formalisation de ces principes, une recherche permanente de l'intention de l'auteur ou une interprétation littérale du texte, que les exégètes ont entretenu le mythe de la complétude du code. Cette complétude a eu une conséquence nette sur l'appréhension des précédents et sur le rôle du

¹⁹⁴ Sur l'école de l'Exégèse, v. not. : J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil : les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, E. de Boccard, 1919 ; E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, Editions de la Mémoire du droit, 2002 ; J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, « Quadrige », 2^e éd., 2012, pp. 37-75.

¹⁹⁵ Sur ce point, v. not. : N. KANAYAMA, « Les civilistes français et le droit naturel au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1989, n^o 8, p. 129 ; F. ZENATI, *La jurisprudence, op. cit.*, p. 57 : « En dépit de la spécificité que l'on attribue à la doctrine au XIX^e siècle, elle n'est donc que le prolongement de celle de l'ancien droit dont elle est l'héritière. Comme elle, elle se caractérise par une philosophie jusnaturaliste moderne et rationaliste ».

¹⁹⁶ J.-L. HALPERIN, « Exégèse (Ecole) » in. ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003.

¹⁹⁷ J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil : les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants, op. cit.*

¹⁹⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2^e éd., 2016, p. 78.

juge : le juge est, dans une telle perspective, nécessairement cantonné à la production mécanique et automatique de syllogismes à partir d'une prémisse majeure réputée claire. Pour le dire autrement, en prétendant qu'aucun article du code n'a de sens obscur, le juge n'aura en aucun cas à en fournir d'interprétation et ne disposera d'aucun rôle véritablement créateur. La prémisse majeure qui s'impose à lui, le texte du code, est réputée claire. C'est seulement par cette fiction que l'on peut nier le pouvoir créateur du juge au moment de l'interprétation de la norme de référence qu'il doit appliquer, de sorte que « le syllogisme devient, dans le cadre exégétique, la figure par excellence de l'acte de juger »¹⁹⁹.

74. Le rejet du précédent des sources formelles du droit. Une partie importante de la doctrine au début du XIXe siècle s'est donc inscrite dans une logique de négation des précédents comme source du droit et comme éléments pertinents pour éclairer ou interpréter les dispositions du code, ne reconnaissant ce rôle qu'à la doctrine juridique. Dans la droite ligne des révolutionnaires, les exégètes du code civil, à l'instar notamment d'Aubry et Rau dans leur *Cours de droit civil*²⁰⁰, ont pour l'essentiel réduit le droit à la loi, une loi sagement codifiée et agencée selon les plus purs moyens de la raison humaine éclairée²⁰¹. Les précédents juridictionnels ne sont cependant pas totalement ignorés et il serait inexact de présenter l'Ecole de l'Exégèse comme fondamentalement hostile à la « jurisprudence des tribunaux », expression qui deviendra de plus en plus un pléonisme tout au long du XIXe siècle.

75. Relativisation : la prise en compte des précédents pour interpréter le code. Si les premiers auteurs du courant exégétique de la première moitié du XIXe siècle étaient relativement hermétiques à toute prise en compte des précédents comme source matérielle du droit, l'on trouve à partir des années 1840-50 de plus en plus de juristes favorables à une prise en compte des solutions des tribunaux afin d'éclairer l'interprétation des dispositions du code. Les prémisses d'un tel élargissement du champ d'étude du courant de l'Exégèse sont identifiables dès la première édition du *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau en 1839. Les deux professeurs strasbourgeois ont véritablement bouleversé l'approche des « cours de Code Napoléon », en alliant « "la méthode exégétique" et l'"enseignement dogmatique" » et « en

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 80.

²⁰⁰ C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, Paris, Jurisclasseurs, Marchal et Billard, 1938.

²⁰¹ Représentant de cette vision métaphysique legalistes de la complétude, A. VALETTE allait même jusqu'à considérer qu'il « serait étonnant de trouver un cas resté tout à fait en dehors des prescriptions législatives » (A. VALETTE, *Cours de droit civil*, t. 1, Paris, 1872, p. 35).

combinant la pure logique d'un texte précis et rigoureux avec la richesse de notes volumineuses consacrées à la jurisprudence et à la discussion des opinions »²⁰². Aubry et Rau accordent un rôle décisif aux précédents judiciaires pour éclairer les juristes dans leur compréhension de la loi, considérant que « la jurisprudence devait participer aux progrès de la science du droit en suppléant aux lacunes de la loi et en dirigeant le développement de ses principes »²⁰³. Il faut également citer ici Ch. Demolombe, le « Prince de l'Exégèse », dont le *Cours de Code civil* publié à partir de 1845 en trente-et-un volumes et inachevé à sa mort en 1887, a un impact important sur ce mouvement. Avocat de formation, Demolombe accorde aux juges et aux précédents qu'ils dégagent, par l'interprétation des dispositions législatives, un rôle majeur dans la compréhension du code civil. Son attrait pour la pratique des tribunaux se manifeste notamment par sa participation à la création de la *Revue critique de législation et de jurisprudence* en 1851. Cette ouverture aux précédents judiciaires est due en partie à l'influence de l'École historique du droit sur les juristes français de l'époque, influence notable dans les travaux de R-Th. Troplong²⁰⁴ qui s'est ensuite diffusée chez Aubry, Rau, Demolombe ou encore Mourlon²⁰⁵.

76. L'Exégèse comme prémisse du formalisme juridique en matière de précédent. Le courant exégétique civiliste du XIX^e siècle a ainsi fait progressivement le lit d'une certaine approche formaliste en matière de pouvoir normatif du juge. Le formalisme dans la pensée juridique connaît différents degrés de manifestation, aux niveaux dogmatique, théorique, épistémologique, etc.²⁰⁶. L'expression est ici utilisée dans le cadre spécifique du précédent et de la question de son autorité, c'est-à-dire comme « une certaine représentation du raisonnement juridique, en général, et du raisonnement judiciaire, en particulier »²⁰⁷, se traduisant par le syllogisme comme modèle de raisonnement judiciaire. Sur le plan

²⁰² J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit., p. 58.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ M. XIFARAS, « L'École de l'Exégèse était-elle historique ? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny », in J.-F. Kervégan, H. Mohnhaupt (dir.), *Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, Francfort, Klostermann, 2001, p. 177.

²⁰⁵ F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil*, Paris, Garnier frères, 13^e éd. mise à jour par M. C. Demangeat, 1896 ; *Répétitions écrites sur l'organisation judiciaire, la compétence et la procédure en matière civile et commerciale*, Paris, A. Chevallier-Marescq, 5^e éd., 1885.

²⁰⁶ Pour une typologie des différentes acceptions du terme « formalisme », v. not. : V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., pp. 47-49.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 48.

épistémologique, ce formalisme renvoie à une conception logico-déductive de la connaissance et de l'interprétation des énoncés normatifs. Ce courant formaliste, que nous qualifierons à la suite de S. Belaïd de « doctrine classique »²⁰⁸, rejette catégoriquement toute hypothèse d'un pouvoir créateur du juge et exclut systématiquement les précédents juridictionnels de la catégorie des sources du droit. Les précédents sont considérés seulement comme des phénomènes factuels, échappant aux labels de juridicité, comme des autorités de fait ou morale et non pas comme des normes juridiques obligatoires à l'instar de la loi et de la coutume.

77. La formation de la doctrine classique sur le rejet pouvoir normatif du juge.

Les tenants de cette position classique après Gényn ont tous considéré que la création par le juge de normes générales destinées à s'appliquer aux affaires semblables, constituait un empiètement irrégulier sur le domaine de compétence du législateur et, par là-même, une violation du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs²⁰⁹. Pour ce courant classique, les précédents sont donc exclus de la typologie des sources formelles de droit. Il peut être fait référence, sur ce point principalement, à des auteurs comme R. Carré de Malberg²¹⁰, G. Ripert²¹¹ ou encore J. Carbonnier²¹². S. Belaïd a clairement identifié les postulats de cette doctrine classique : elle

²⁰⁸ S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, *op. cit.*, pp. 13-45.

²⁰⁹ O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz, 1960, t. 2, p. 349 ; « La doctrine française et le problème de la jurisprudence, source de droit », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, 1978, p. 463.

²¹⁰ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, t. 1, pp. 744-750 : « En premier lieu, si le juge est capable de créer parfois du droit nouveau, il lui est interdit de donner à ces décisions la forme et la valeur de règles générales. Cette interdiction s'applique aussi bien aux sentences qui ne font que reconnaître et déclarer le droit légal qu'à celles qui disent le droit *praeter legem*. » (p. 744) ; « En résumé donc, l'autorité juridictionnelle ne peut pas ériger en règle commune le droit qu'elle est parfois appelée à dire d'une façon initiale pour trancher les procès : le droit dit par le juge ne vaut que comme droit d'espèce. » (p. 745) ; « Dans le cas où le juge crée du droit, la juridiction participe, dans une large mesure, des caractères et des facultés qui forment le propre de la puissance législative. Car, non seulement l'autorité juridictionnelle dégage ici une solution juridique, qui constitue, entre les parties en cause et pour le règlement de leur différend, l'équivalent d'une loi ; mais encore elle exerce un pouvoir de décision initiale qui, en principe, n'appartient qu'au législateur » (p. 750).

²¹¹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1955, pp. 378-395, sp. p. 383 : « Le juge n'a pas le pouvoir de créer la règle juridique. Quand le législateur veut lui donner le pouvoir de statuer sur le mode d'exercice de certains droits il le dit. À défaut, le juge ne saurait s'attribuer le pouvoir de régler pour l'avenir la conduite des hommes. Il est d'ailleurs impossible de dégager des décisions des tribunaux une règle qui ait les caractères exigés de la loi par la technique fondamentale : la décision n'a pas un caractère général et permanent ; elle ne comporte de sanction que pour le défendeur condamné ».

²¹² J. CARBONNIER, « La jurisprudence aujourd'hui : libres propos sur une institution controversée », *RTD Civ.*, 1992, n° 2, p. 341 : « Je ne puis cacher, l'ayant écrit, que la jurisprudence m'a toujours semblé manquer des caractères inhérents à une source autonome du droit : ou elle est transparence de la loi, ou elle est fondation d'une coutume. Modeste pour elle je l'ai parfois qualifiée de simple "autorité" ».

estime que le juge n'est rien d'autre qu'un « organe d'exécution de la volonté du législateur »²¹³ et ne peut être regardé, à l'inverse des pouvoirs exécutif et législatif, comme un pouvoir de nature politique. Cela manifeste une certaine survivance du mythe révolutionnaire du juge-automate, dépourvu de volonté propre et relégué à une fonction d'exécution. Pour dénier par ailleurs toute valeur juridique aux précédents juridictionnels, cette doctrine classique s'appuie de façon privilégiée sur l'argument de la séparation des pouvoirs, telle que théorisée par Montesquieu et reçue par les révolutionnaires. Ils présentent également le double argument juridique de l'interdiction des arrêts de règlement figurant à l'article 5 du code civil et son pendant constitué par l'article 1355 du code civil, consacrant l'autorité relative de la chose jugée aux décisions des tribunaux. La lecture combinée de ces deux articles permet aux tenants de l'école classique d'affirmer que le juge ne peut établir des normes juridiques générales et que, finalement, la seule norme juridique qui est admise dans une décision de justice est la norme juridique individuelle dotée de l'autorité de chose jugée²¹⁴. Le juge ne peut donc créer que du droit particulier à l'égard des parties aux litiges. Il ne peut légiférer pour les cas analogues susceptibles de se poser ultérieurement devant lui ou devant les juges inférieurs car cela constituerait un empiètement sur la fonction législative et, en définitive, une violation du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs.

Tout le paradoxe du précédent juridictionnel à la française commence alors à se dessiner : de la position classique tendant à exclure le précédent des sources formelles du droit au profit de la seule loi naît progressivement un précédent de même nature et de même généralité que la loi. Ce rejet de toute normativité par le légitisme révolutionnaire a finalement accouché d'un précédent doté d'une normativité considérable.

²¹³ S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, *op. cit.*, p. 14.

²¹⁴ Cela rejoint notamment la position de Kelsen sur les normes individuelles et concrètes : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1962, pp. 325-328 ; *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud, F. Malkani, Paris, PUF, 1996, p. 9.

SECTION 2 : LA CONSTRUCTION D'UNE CONCEPTION LEGICENTREE DU PRECEDENT

Le légicentrisme révolutionnaire et ses répercussions sur la doctrine classique ont conduit à assimiler le droit à la loi, ou plus exactement la création de normes générales et abstraites à la création de normes par le législateur. Lorsque le phénomène précédentiel a pris une ampleur telle qu'il ne pouvait plus être ignoré, la pensée classique l'a ainsi appréhendé à travers les canons légicentristes en matière de sources du droit (§ 1). Cette approche légicentree du précédent juridictionnel, c'est-à-dire de la création de normes générales par le juge, a conduit à construire un précédent de nature législative, conçu comme une loi dite par le juge (§ 2).

§ 1 – Le recours aux canons légalistes pour expliquer la normativité des précédents

Face au développement de la contradiction entre une expression manifeste du pouvoir normatif du juge et la négation de son existence, la doctrine a tenté d'expliquer le phénomène précédentiel de différentes manières. Il sera démontré que ces approches, dans leur volonté d'expliquer la normativité des précédents, demeurent liées par un certain prisme légaliste. Si cela est assez évident pour le tournant empiriste de la fin du XIXe siècle (A) et les tenants de l'école réaliste moderne (B), cela se vérifie également, d'une façon plus subtile, au niveau de la théorie réaliste de l'interprétation (C).

A – Le tournant empiriste de la fin du XIXe siècle : la prise de conscience du fait précédentiel

78. L'influence du scientisme empiriste sur la prise en compte du phénomène précédentiel. La fin du XIXe siècle a vu progressivement triompher une certaine vision scientifique dans les milieux savants, visant à expliquer le monde par le seul recours à la science expérimentale, épurée des « superstitions » de jadis et des catégories générales jugées parfois inopérantes et coupées des réalités sensibles. Cette vision strictement scientifique de la

connaissance est en particulier influencée par le positivisme scientifique d'Auguste Comte²¹⁵, ainsi que par le succès majeur du darwinisme, qui dépasse très largement la seule question biologique de la théorie de l'évolution par sélection naturelle et eut un retentissement épistémologique au moins équivalent à celui de la révolution copernicienne. De nouvelles sciences sociales sont apparues et se sont spécialisées sur un plan disciplinaire et académique : sociologie, économie, science politique, précisément sur le modèle de ces sciences naturelles expérimentales. Ces changements ont évidemment eu un impact sur la science juridique, modifiant et renouvelant notablement ses ambitions et ses objets d'étude²¹⁶. C'est dans ce contexte que s'est progressivement constituée, au cours de la deuxième moitié du XIXe siècle et à l'aube du XXe, une critique du formalisme des juristes classiques, focalisés sur l'analyse des seuls textes législatifs et enserrés dans les apories épistémologiques d'un raisonnement exclusivement logico-déductif. Il était alors reproché à cette « méthode classique » de ne pas s'ouvrir à la réalité sociale et aux autres disciplines afin d'éclairer la connaissance de son propre objet. Cette période correspond à un véritable renouveau de la connaissance juridique²¹⁷, de sorte que, progressivement, « le caractère expérimental de la science du droit s'impose comme l'une des convictions les plus partagées chez tous ceux qui, à partir de la fin du XIXe siècle, entendent ériger le savoir juridique en science »²¹⁸.

79. L'apport de la réaction anti-formaliste amorcée par François GénY. Ce renouveau est en particulier porté par F. GénY qui, dans de son ouvrage *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899), défend l'opportunité d'une « libre recherche scientifique »²¹⁹ en matière juridique lorsque se pose aux juges une question nouvelle non réglée par les sources formelles du droit, la loi et la coutume. Cet ouvrage est l'un des principaux marqueurs de l'orientation empiriste prise par la science du droit au début du XXe siècle. L'une des conséquences concrètes de ce tournant est la prise de conscience que le droit « véritable », le droit « tel qu'il vit réellement » ne se trouve point dans des textes de loi abstraits et désincarnés

²¹⁵ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Paris, Editions Anthropos, 1968-1971.

²¹⁶ F. AUDREN, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française. Essai d'interprétation », in. O. Jouanjan, E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2015, p. 55.

²¹⁷ N. HAKIM, F. MELLERAY (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2009.

²¹⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 88.

²¹⁹ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, préf. R. Saleilles, Paris, LGDJ, 2nde éd., 1919, vol. 2, pp. 74-190.

mais bien dans l'activité juridictionnelle, dans les solutions rendues par les tribunaux. Cela a été assez largement favorisé à cette période par l'important développement de l'édition des recueils d'arrêts²²⁰, l'émergence prétorienne du droit administratif à partir des années 1870²²¹ et le caractère de plus en plus prégnant de la jurisprudence comme objet d'étude des civilistes²²². Se sont alors multipliés, en droit civil comme en droit administratif, ce qu'il est convenu d'appeler des « arrêtiistes », juristes savants spécialisés dans l'étude et le commentaire des décisions des tribunaux, dans lesquelles ils tentaient de déceler des tendances, des principes, des solutions allant dans le même sens, en un mot : des précédents. Ces arrêtiistes ont à cet égard fortement contribué à l'édification ou du moins à la découverte des grandes constructions jurisprudentielles du début du XXe siècle.

C'est donc sous l'influence de la réaction anti-formaliste précédemment décrite et face à l'importance croissante prise en France par le « fait jurisprudentiel » qu'un certain nombre d'auteurs au XXe siècle ont tenté de fournir une explication juridique à ce phénomène.

B – Les tentatives d'explication de la normativité juridique des précédents par l'école réaliste moderne

80. Le courant réaliste moderne. Ces diverses tentatives d'explication sont le fait d'auteurs que l'on peut qualifier de « réalistes » ou relevant du « courant moderne »²²³. L'enjeu était de fonder et de justifier juridiquement la normativité des précédents en les intégrant parmi les sources du droit du système juridique. L'écueil commun à l'ensemble des thèses proposées par le courant moderne est de ne pas parvenir à « se dégager totalement de l'emprise de l'enseignement théorique de l'école classique »²²⁴, en conservant toutefois les cadres d'analyse du droit positif. Ces cadres d'analyses sont ceux fournis par une acception classique des sources

²²⁰ L. DE CARBONNIERES, « Documentation juridique (de 1789 à 1945) », in. D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 396-400.

²²¹ V. not. : P. WACHSMANN, « La jurisprudence administrative », in. P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, t. 1, p. 564.

²²² Ch. JAMIN, F. MELLERAY, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2018, pp. 11-14.

²²³ S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, *op. cit.*, pp. 47-66.

²²⁴ *Ibid.*, p. 48.

formelles du droit dans le système français, à savoir la loi et la coutume. La normativité des précédents a reçu ainsi deux types d'explications de la part des réalistes modernes : si une majeure partie des auteurs s'est orientée vers une explication de nature législative, une partie plus modeste a retenu une explication d'ordre coutumier.

1) *La prédominance de l'explication de type législatif*

81. La thèse de la délégation législative. Cette thèse prétend que les précédents juridictionnels ne peuvent avoir valeur juridique que dans la mesure où une norme du système, en l'occurrence de nature législative, leur confère cette valeur par délégation de pouvoir ou habilitation normative. Cette thèse a été notamment défendue par le professeur H. Dupeyroux dans une étude parue en 1938²²⁵. Plus exactement, c'est le professeur J. Maury qui, quelques années après, a interprété un passage de l'article de H. Dupeyroux à la lumière de la question du pouvoir normatif de la jurisprudence²²⁶, et a en quelque sorte attribué à ce dernier la paternité de la théorie de la délégation²²⁷. Une telle délégation du législateur au juge pour créer des précédents se retrouve dans certains droits positifs étrangers, à l'instar notamment de l'article 1^{er} du code civil suisse qui dispose qu'« à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ». Cette disposition habilite, d'une part, le juge à créer des normes générales et abstraites en cas de lacunes du système et, d'autre part, elle reconnaît implicitement l'existence d'un système précédentiel organisé, dans la mesure où il est recommandé au juge de s'inspirer de la doctrine et de la jurisprudence déjà établie pour dégager la règle en question.

²²⁵ H. DUPEYROUX, « Les grands problèmes du droit », *APD* 1938, 1-2, p. 7.

²²⁶ Le passage est le suivant : « Une coutume législative, c'est-à-dire ayant rang de loi ordinaire, n'est concevable que si elle est expressément prévue par la Constitution. Mais une coutume ayant un rang inférieur aux règles législatives est parfaitement admissible, si la loi ordinaire ou un règlement la reconnaît et l'incorpore aux degrés inférieurs de l'ordre juridique. Mais, il faut pour cela une reconnaissance, *une délégation par une règle positive* (loi ou règlement), faute de quoi l'usage est évidemment dépourvu de toute valeur juridique ; les tribunaux ne sauraient, dans ce cas, lui en attribuer une quelconque, sans succès » (p. 71, note de bas de page, italiques ajoutées).

²²⁷ J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, t. 1, p. 37 : Maury précise que la question de la validité des règles jurisprudentielles « serait résolue sans difficulté s'il y avait délégation du législateur au juge, si le pouvoir était reconnu à celui-ci par celui-là de créer des règles de droit par une jurisprudence constante. » Il précise par ailleurs cette affirmation en note de bas de page : « Certains auteurs, comme notre regretté collègue et ami Dupeyroux, font d'une telle reconnaissance la condition même de l'existence, de la validité de la règle extra-légale ».

Dans cette même disposition, sont donc reconnus ensemble le pouvoir créateur et normatif du juge et des précédents.

82. Critique. La principale critique que l'on peut adresser à cette thèse est qu'une telle délégation n'est pas explicitement posée en droit français. L'interdiction du déni de justice prévue à l'article 4 du code civil ne peut être considérée comme valant délégation, sauf à être interprétée d'une façon exagérément extensive. Il y a en effet une différence nette entre l'obligation faite au juge de trancher un litige même dans le cas « du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » et une habilitation explicite à créer des précédents contraignants pour les cas semblables. Il est parfaitement possible de résoudre un litige, et donc d'éviter de se rendre coupable d'un déni de justice, en jugeant selon certains usages ou coutumes, selon certains critères d'équité, de morale ou de bon sens, sans pour autant avoir établi une norme générale contraignante pour l'avenir. Il faut du reste relever avec S. Belaïd que la thèse de la délégation exprime davantage un « refus d'explication et un refus de reconnaître à la jurisprudence un pouvoir propre »²²⁸, qu'une véritable justification de la portée normative du précédent *en soi*. En résumé, cette thèse ne se départit pas de la vision légicentrée héritée de la Révolution.

83. La thèse de la réception implicite. Cette thèse, défendue par M. Waline²²⁹, prétend expliquer l'autorité des précédents d'une façon en quelque sorte négative : les précédents juridictionnels tirent leur autorité du fait qu'ils auraient été tacitement acceptés par le législateur qui, s'il avait été en désaccord avec eux, aurait adopté une loi pour les priver d'effet. Ainsi M. Waline interroge : « Connaissant la jurisprudence, pouvant la condamner et ne le faisant pas, le législateur ne donne-t-il pas sa sanction à l'exercice que celle-ci a fait de son pouvoir normatif ? »²³⁰. Cette thèse constitue en réalité l'autre versant de la thèse de la délégation législative. Il s'agit de tentatives d'explication de la nature du précédent qui demeurent entièrement dans un cadre d'analyse de type légicentriste. Dans une telle optique, un précédent ne peut avoir de valeur juridique que si le législateur la lui confère, que ce soit explicitement (délégation) ou implicitement (réception implicite). Ainsi la thèse de la réception implicite semble, au même titre que la précédente devoir être rejetée, « car si elle peut – peut-

²²⁸ S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, *op. cit.*, p. 50.

²²⁹ M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, vol. 2, p. 613.

²³⁰ *Ibid.*, p. 627.

être – expliquer la pérennité des règles jurisprudentielles, elle semble décidément inapte à fonder leur existence même »²³¹. Au demeurant, un obstacle d'ordre « pratique » semble remettre en cause la pertinence explicative de cette thèse²³². La masse des décisions rendues par les tribunaux rend en effet strictement impossible l'éventualité d'un recensement et d'une connaissance exhaustifs des précédents juridictionnels, même pour qui s'y consacrerait à temps plein. De ce point de vue, la numérisation et l'amélioration considérable de la documentation juridique et de l'accès aux décisions ne résout pas cette difficulté car, si elle facilite l'accès aux décisions, elle permet dans le même temps une diffusion plus conséquente de celles-ci. Ces obstacles logiques et pratiques ont pu faire dire à certains auteurs que cette thèse de la réception implicite relevait finalement d'une « fiction » trop inopérante pour saisir la réalité du phénomène étudié²³³.

Les deux théories précédentes présentent le défaut majeur de ne pas porter sur la nature et l'autorité des précédents en eux-mêmes, mais demeurent dans un cadre d'explication exclusivement législatif. Les deux suivantes proposent une justification davantage « coutumière » de l'autorité des précédents.

2) *Le caractère plus marginal de l'explication coutumière*

84. L'association explicite des précédents à la coutume. Certains auteurs ont tenté de rapprocher les précédents de la coutume, de différentes façons. Certains ont seulement considéré que les précédents permettaient d'identifier la formation d'une norme coutumière, constituant donc l'élément matériel nécessaire à sa formation. C'est ce qu'a défendu notamment F. Gény, voyant dans les précédents une sorte de « propulseur de la coutume »²³⁴. Il n'en faisait toutefois pas un élément matériel comme les autres, mais voyait dans les précédents

²³¹ D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, PUAM-Economica, 1996, p. 127.

²³² V. not. : Ph. JESTAZ, « La jurisprudence, réflexion sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11 ; D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*, p. 127 ; S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, *op. cit.*, p. 53.

²³³ J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *op. cit.*, p. 39 : « La réception implicite de la jurisprudence par le législateur nous apparaît comme une fiction dont le but est de maintenir la cohérence et la hiérarchie de l'ordre juridique ».

²³⁴ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, *op. cit.*, p. 51.

« l'instrument capital » de formation d'une coutume²³⁵. D'autres auteurs, comme M. Lebrun²³⁶, ont purement et simplement assimilé les précédents et la coutume. Un tel rapprochement ne semble acceptable qu'au moyen d'une définition très extensive de la coutume, d'une part²³⁷, et d'une réduction de la notion de « précédent » à celle de « jurisprudence constante », d'autre part, ce qui occulte la question des précédents formés par une seule décision.

85. La thèse du consentement des intéressés. Il s'agit là d'une thèse défendue par J. Maury dans une étude parue en 1950²³⁸. Le point de départ de la démonstration de J. Maury est de présenter le juge non pas comme un organe juridique mais comme un « pouvoir social (...) existant, en fait, dans la société »²³⁹. Ce pouvoir social dont il est investi lui permettrait d'outrepasser les compétences strictes que le système juridique lui assigne lorsque la situation sociale l'exige, l'habilitant de fait à adopter des décisions irrégulières du point de vue du droit mais acceptées socialement. Maury fait ainsi référence au « consensus » ou à « l'assentiment » des intéressés face aux décisions des tribunaux, assentiment qui relève « d'une croyance au caractère obligatoire de la règle, d'une reconnaissance de validité se traduisant par l'acceptation ou la résignation, par l'absence, en tout cas, d'opposition »²⁴⁰. Cette thèse est problématique à différents égards. Ainsi que l'a relevé S. Belaïd, il apparaît tout d'abord difficile d'admettre une explication « n'envisageant pas le juge comme un organe constitué et exerçant régulièrement sa fonction juridictionnelle »²⁴¹. Si le juge dégage des précédents, il faut considérer que c'est bien

²³⁵ *Ibid.*, pp. 51-52 : « Ce n'est pas que la jurisprudence constitue ici une source de droit indépendante, pas plus une coutume *sui generis*. Elle n'apparaît, dans ces hypothèses, que comme *propulseur* de la coutume, mais *propulseur* tellement indispensable, et aux effets à ce point inévitables, dans notre état social et politique, qu'il suffit d'une transposition d'idées et presque d'une simplification de formule, pour lui rapporter tout le mérite de la création dont elle constitue, en fait, l'instrument capital. Et, au surplus, alors même que la pratique ne s'est pas encore pour ainsi dire cristallisée en coutume autour de ce noyau que lui offrent les décisions judiciaires, celles-ci, du moment que, sur un point donné, elles forment un ensemble compact et homogène, peuvent toujours être envisagées comme un germe de coutume, et étudiées à ce titre. Voilà comment la jurisprudence, en tant qu'initiatrice de coutume, peut, à mon avis, et de nos jours encore, passer pour une force vraiment productive de droit ».

²³⁶ M. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, thèse, Caen, 1932, cité par J. MAURY in. « Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit », *op. cit.*, pp. 39-40.

²³⁷ M. LEBRUN définit la coutume comme étant « une règle de droit non écrite, née de faits déterminés qui, fournissant les garanties voulues, indiquent à l'homme de façon certaine comment il doit se comporter et la conduite qu'il doit observer dans ses rapports sociaux ».

²³⁸ J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *op. cit.* sp. pp. 43-50.

²³⁹ *Ibid.*, p. 43.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 48.

²⁴¹ S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, *op. cit.*, p. 57.

« en tant que juge » qu'il le fait. Le fait par ailleurs de considérer que le juge outrepassé les compétences que le système lui attribue rejoint les thèses classiques, présentées notamment par O. Dupeyroux²⁴², qui présentaient dans la jurisprudence comme une violation de la séparation des pouvoirs. Maury semble implicitement accepter ce postulat et ne s'en distingue finalement que dans la conclusion : là où les classiques y voyaient une irrégularité à sanctionner, la thèse du consentement considère que cette irrégularité vaut règle, dans la mesure où elle traduit le pouvoir social du juge et est acceptée par les principaux intéressés.

Ces différentes thèses, intellectuellement stimulantes, n'en demeurent pas moins totalement conditionnées dans leurs fondements et leurs conclusions par les sources formelles « classiques », principalement par la loi, et n'éclairent pas l'objet « précédent » en soi. Elles semblent à cet égard faire figure de phase transitoire entre la doctrine classique et la radicalité inverse de la théorie réaliste de l'interprétation de M. Troper, qui porte une reconnaissance maximale et exclusive de la normativité juridique des précédents.

C – La reconnaissance maximale de la normativité des précédents par la théorie réaliste de l'interprétation

86. La décision de l'interprète authentique à l'origine de la norme. La réaction contre le formalisme de l'approche classique en matière de pouvoir normatif du juge et des précédents amorcée par F. Gény se trouve pleinement achevée avec la théorie réaliste de l'interprétation (TRI ci-après) développée par M. Troper²⁴³. Cette théorie correspond à une certaine approche de l'interprétation, consistant à voir dans celle-ci non un acte de connaissance, mais un acte de volonté. En effet, face à un énoncé quelconque, l'on peut considérer que cet énoncé dispose d'une signification objective que l'interprète devra simplement révéler ou préciser. L'on associera dans ce cas l'interprétation à un pur acte de connaissance. Il peut en outre être défendu que l'énoncé en question ne dispose d'aucune

²⁴² O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », *op. cit.*

²⁴³ M. TROPER a exposé et affiné sa théorie dans diverses publications. V. not. : « Une théorie réaliste de l'interprétation » in. *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 69 ; *La philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, 3^e éd., pp. 98-111 ; « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », in. *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 133 ; « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue Internationale de Philosophie*, 1981, p. 518 ; « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002/2, n° 50, p. 335 ; « Interprétation », in. *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

signification objective préexistante et inhérente à sa formulation, son contexte, l'intention de son auteur, etc. et que seul l'interprète lui attribue une ou plusieurs significations. Dans ce cas l'interprétation est perçue comme un acte de volonté. Ainsi M. Troper précise qu' « interpréter c'est indiquer la signification d'une chose ou c'est déterminer la signification de cette chose »²⁴⁴. Dans la perspective de l'interprétation des énoncés normatifs, par exemple des lois, M. Troper considère donc qu' « il n'y a donc pas de sens objectif, ni dans l'intention du législateur, ni indépendamment de cette intention. Le seul sens est celui qui se dégage de l'interprétation et l'on peut dire que, préalablement à l'interprétation, les textes n'ont encore aucun sens, mais sont seulement en attente de sens »²⁴⁵. C'est donc bien dans la décision visant à choisir entre plusieurs significations possibles que réside, pour la TRI, la véritable interprétation²⁴⁶.

87. La reconnaissance des précédents comme source exclusive du droit. Ce positionnement théorique réaliste qui vise à classer l'interprétation dans le domaine volitionnel est décisif pour la question du pouvoir normatif du juge et par extension pour la question de la normativité des précédents. En effet, la TRI défend l'idée selon laquelle une norme est la signification d'un énoncé prescriptif. Couplée au postulat selon lequel les énoncés n'ont pas de signification établie tant qu'ils n'ont pas été interprétés, cette position conduit à soutenir que l'interprète est le seul véritable auteur de la norme, puisque c'est lui qui attribue la signification à l'énoncé. Il ne s'agit pas cependant de reconnaître à tout interprète le pouvoir d'établir des normes juridiques, au risque de livrer l'ordre juridique à l'anarchie et, en définitive, à le priver d'effectivité. Seules les interprétations dites « authentiques », selon le vocable kelsénien, peuvent produire des effets dans l'ordre juridique. Une interprétation est dite « authentique » lorsqu'il s'agit d' « une interprétation du droit par les organes d'application du droit »²⁴⁷ ou, pour le dire autrement, « lorsqu'elle est donnée par une autorité habilitée à interpréter ou encore celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets »²⁴⁸. Elle se distingue de l'interprétation

²⁴⁴ M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *op. cit.*, p. 69.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 74.

²⁴⁶ M. TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », *op. cit.*, p. 135 : « Tout texte est affecté d'un certain coefficient d'interprétation et est porteur de plusieurs sens entre lesquels l'organe d'application doit choisir, et c'est dans ce choix que consiste l'interprétation ».

²⁴⁷ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 454.

²⁴⁸ M. TROPER, *La philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 100.

dite « scientifique »²⁴⁹ ou « doctrinale »²⁵⁰, délivrée par la science du droit et dont le résultat n'emporte aucun effet juridique.

88. Le juge, sujet principal de la théorie réaliste de l'interprétation. Si l'on peut relever dans notre système juridique un certain nombre d'interprétations authentiques non juridictionnelles, à l'instar de l'interprétation de l'article 13 ou de l'article 16 de la Constitution par le président de la République²⁵¹, il demeure cependant que la majorité des interprétations authentiques sont de nature juridictionnelle et produites principalement, quoique non exclusivement, par les juridictions suprêmes. De ce point de vue, si l'on retient que c'est bien « l'interprète qui détermine la norme », il en résulte que les juridictions suprêmes créent les normes générales et abstraites qu'elles appliquent aux litiges lorsqu'elles sont saisies. Elles constituent ainsi les véritables auteurs des normes qui sont censées s'imposer à elles. Ainsi, M. Troper considère que « s'il y a une cour souveraine, le véritable législateur n'est pas le Parlement, mais l'interprète de la loi. Prolongeant le raisonnement, on pourrait dire que le véritable constituant n'est pas l'auteur de la constitution initiale, mais la cour constitutionnelle »²⁵².

89. Un système exclusivement composé de précédents. Il ne s'agit pas ici d'interroger la pertinence de la TRI, qui a déjà fait l'objet de critiques très développées, ni de mettre en lumière les différentes apories et contradictions qu'elle peut éventuellement soulever²⁵³. Il s'agit simplement de souligner l'impact de cette théorie dans la perspective de la reconnaissance des précédents et d'un système précédentiel en France. En faisant de l'interprétation un acte de volonté et de l'interprète authentique le seul auteur de la norme, la TRI porte la reconnaissance la plus claire et la plus affirmée du pouvoir normatif des juges. Cette vision est bien plus radicale que dans les systèmes de *common law*, dans lesquels il est admis

²⁴⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 462-463.

²⁵⁰ V. not. : O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme » in. FAVOREU L. *et alii*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, « Précis », 20^e éd., p. 101 ; « Contre le néo-réalisme juridique », *op. cit.* ; M. TROPER, « Science du droit et dogmatique juridique », in. *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, pp. 3-18.

²⁵¹ M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *op. cit.*, pp. 80-81.

²⁵² M. TROPER, « Interprétation », in. D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 843.

²⁵³ V. not. : O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC* 2002/2, n° 50, p. 279 ; D. DE BECHILLON, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation : réflexions critiques », *RRJ-DP* 1994, n° 1, p. 247 ; O. JOUANJAN, « Une interprétation de la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper », *Droits* 2003, n° 37, p. 31 ; X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, pp. 139-156.

que, au-dessus des précédents se trouve le *statute law*, le droit écrit adopté par le Parlement souverain qui s'impose aux cours supérieures. Il s'ensuit, à l'inverse des thèses classiques, un rejet des sources formelles de droit traditionnellement reconnues comme telles et une consécration quasi-exclusive des précédents comme source de droit. En ne reconnaissant comme normatives que les interprétations des juges, et plus spécialement des cours suprêmes, et non pas les énoncés que ces juges doivent appliquer (constitution, loi, décret, etc.), la TRI voit en effet le système juridique comme exclusivement composé de précédents, qui seuls s'imposeraient *in fine*. Les décisions des cours suprêmes ne pouvant, sauf saisine éventuelle des cours européennes dans certains cas limités, faire l'objet d'aucun recours, celles-ci s'imposent donc comme normes générales et abstraites principales du système.

90. Contradiction entre liberté totale de l'interprète et système précédentiel. Cette approche soulève cependant un problème majeur : le fait que tout juge soit juridiquement libre de ses décisions est en parfaite contradiction avec l'existence même d'un système précédentiel. En effet, pour qu'un système juridique basé sur des précédents puisse bénéficier d'une certaine cohésion et d'une certaine prévisibilité, il faut que, d'une manière ou d'une autre, les juges soient liés par une certaine règle du précédent, imposant, *a minima*, aux juges des cours inférieures de suivre les décisions des cours supérieures dans les cas ultérieurs analogues. À défaut d'une telle règle, le système serait, en théorie du moins, livré à une anarchie totale et une absence de stabilité. Un tel constat résulte, selon M. Troper, d'une « confusion entre libre arbitre et liberté au sens juridique »²⁵⁴. Il défend en effet que, d'un point de vue juridique, « la liberté n'est pas autre chose que le pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire le droit d'un sujet ou d'un organe d'adopter la conduite qu'il veut ou de donner le contenu de son choix aux normes qu'il a le pouvoir d'énoncer »²⁵⁵.

91. Le précédent présenté comme une contrainte juridique. Cette liberté juridique ne s'oppose en rien à l'existence d'un certain nombre de déterminismes qui conduisent le juge à adopter telle décision plutôt que telle autre. C'est ici qu'intervient la théorie des contraintes juridiques, sorte de contrepoint à la TRI visant à rendre compte de l'existence d'une certaine cohérence du système en dépit de la liberté totale des interprètes authentiques²⁵⁶. En substance,

²⁵⁴ M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *op. cit.*, p. 83.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, M. TROPER (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2005.

cette théorie suggère qu'il existe des contraintes spécifiquement juridiques pesant sur l'interprète, contraintes qui ne découleraient pas d'une obligation juridique au sens strict mais qui seraient tout de même inhérentes au système juridique concerné. Cela permet en définitive de ne pas livrer à l'analyse l'ensemble des contraintes de fait entrant en jeu dans une prise de décision, contraintes dont le recensement, l'exposé, l'analyse et la hiérarchisation seraient fastidieux, voire impossibles. Ainsi la contrainte juridique est « celle produite par le droit et qui, contrairement à la conception traditionnelle, doit être perçue comme une contrainte de fait »²⁵⁷ résultant de la « configuration du système juridique »²⁵⁸. Cette théorie des contraintes juridiques expliquerait en somme la raison pour laquelle les précédents sont globalement suivis dans le système juridique français, par les juges comme par les autres acteurs du droit²⁵⁹, et ce en l'absence de norme juridique formelle imposant de les suivre à l'instar des systèmes de *common law*.

92. La consécration d'un décisionisme judiciaire, « figure inversée du légalisme ». Les conclusions de la TRI ont été assez largement acceptées, quoique parfois partiellement et le plus souvent implicitement, par la majorité des auteurs contemporains. L'opinion doctrinale dominante aujourd'hui est que le juge crée effectivement des normes juridiques générales, soit en interprétant les normes générales existantes du système, soit en venant combler d'éventuelles lacunes de ce dernier, réelles ou supposées. Rares sont cependant les auteurs qui souscrivent pleinement à la TRI et en tirent toutes les conséquences dans leurs analyses du droit positif, le postulat selon lequel la loi ou la Constitution ne sont pas des normes juridiques étant difficilement admis. Se voulant être une réaction au formalisme qui a façonné la pensée juridique à partir de la Révolution et tout au long du XIX^e siècle, le réalisme moderne semble n'être en définitive qu'une autre version de ce formalisme. Alors que la pensée révolutionnaire avait centré son analyse sur les décisions du législateur, en en faisant l'unique source admissible du droit, la TRI déplace le curseur sur le juge. Or, il s'agit en réalité des deux faces d'une même pièce de ce subjectivisme volontariste qui a façonné la pensée juridique

²⁵⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, M. TROPER (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 12.

²⁵⁸ *Ibid*, p. 15.

²⁵⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *op. cit.* pp. 15-16 : les auteurs de la théorie des contraintes ont à ce sujet recours au modèle-type de l'« *homo juridicus* », qui renvoie à un « acteur juridique, c'est-à-dire un producteur de normes juridiques ou un prétendant à la production de normes juridiques », ayant une « connaissance complète de l'état du système juridique au sein duquel il opère ».

moderne à partir des écrits de Hobbes au XVII^e siècle. Ce subjectivisme volontariste, qui s'est longtemps appliqué au législateur en raison de l'impact fondamental de la pensée contractualiste des Lumières et du retentissement de la Révolution sur l'ordre juridique, a progressivement migré vers le juge face à la judiciarisation croissante du droit dans la deuxième moitié du XX^e siècle. Nous souscrivons ainsi pleinement à la thèse selon laquelle ce « décisionisme judiciaire » dont la TRI se veut la caution théorique, volontairement ou non, constitue la « réplique contemporaine du légalisme hobbesien » et « ne fait que prolonger, "la tête à l'envers", la tradition du légalisme »²⁶⁰. Aussi peut-on affirmer que le décisionisme judiciaire contemporain est un légalisme particularisé, ayant pris acte du déclin du législateur à l'ère moderne et du rôle prégnant du juge dans la construction de l'État de droit.

Les différentes approches évoquées ne constituent finalement que des variations autour d'un même thème, qui est l'appréhension du pouvoir normatif du juge par le prisme d'un légalisme fermement ancré dans la culture juridique française. La conséquence de cette influence de la conception des sources du droit se répercute sur la forme même du précédent en France, qui n'est finalement qu'une loi prononcée par le juge.

§ 2 – *Le précédent conçu comme une loi dite par le juge*

Dans le système français, encore fortement inspiré de culture légicentriste, toute norme générale est nécessairement une norme d'essence législative. Par conséquent, le précédent, norme générale extraite d'un jugement, est conçu, par analogie avec la loi, comme une norme générale et abstraite de forme législative (A) explicitement formulée (B).

A – Le précédent, une norme générale et abstraite de type législatif

93. Les conséquences de l'assimilation du droit à la loi sur la nature du précédent. En réduisant toute création de norme générale à la création de norme législative, la pensée légicentriste révolutionnaire a conduit à assimiler le droit à la loi. Etablir une norme générale dans le système français ne peut ainsi correspondre dans cette perspective qu'au mode

²⁶⁰ A. VIALA, *Philosophie du droit, op. cit.*, pp. 128-29.

de création de normes générales et abstraites par le législateur. Ainsi, en acceptant le fait que le juge crée une norme générale au-delà de la seule norme individuelle qui se dégage du jugement particulier, la doctrine a indirectement accepté le fait que cette norme devait se parer des mêmes attributs que la norme législative pour être qualifiée de droit. Le précédent dans le système légicentriste est donc perçu comme disposant de la même forme et du même degré de généralité que la loi et en définitive de la même normativité. Il ne suffit toutefois pas de présenter le précédent comme une norme générale et abstraite pour que ce dernier soit considéré comme étant de nature législative. En effet, d'un point de vue théorique, tout précédent est nécessairement une norme générale puisqu'il a vocation à s'appliquer à différentes espèces présentant des propriétés analogues. Le précédent, dans quelque système qu'il soit, est une norme générale que l'on dégage d'un cas particulier.

94. Le caractère ontologiquement casuistique du précédent de *common law*. La différence entre le précédent tel qu'on le retrouve dans les systèmes de *common law*, spécifiquement en Angleterre et le précédent en France, est en réalité une différence de degré. C'est dans le plus ou moins grand degré de généralité du précédent que réside l'élément de distinction pertinent entre les deux approches, française et anglaise. En Angleterre mais aussi, quoique dans une moindre mesure, aux États-Unis, le précédent est extrait du cas concret et demeure très lié aux conditions factuelles de son émergence. Aussi la norme générale qui s'extrait d'une décision particulière, du *case* jugé, est-elle très précise et concerne un nombre relativement limité de *cases* potentiellement similaires. Quoique nécessairement général, le précédent demeure donc très casuistique, très ancré dans les conditions précises de l'espèce qui lui ont donné naissance. N. MacCormick et R. Summers ont sur ce point parfaitement identifié et présenté la particularité du précédent en France. Dans leurs propos conclusifs de l'ouvrage collectif *Interpreting precedents*²⁶¹, les deux auteurs précisent bien que la particularité du précédent dans les pays de *civil law* réside en ceci que les cours adoptent des règles générales et des grands principes qui s'imposent aux juges inférieurs²⁶². Ils rappellent par ailleurs qu'il n'y a pas dans ces systèmes, à la différence des systèmes de *common law* « une restriction de l'élément

²⁶¹ N. MACCORMICK N., R. SUMMERS, (ed.), *Interpreting Precedents : A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, Brookfield, Ashgate, 1997.

²⁶² N. MACCORMICK N., R. SUMMERS, « Further General Reflections and Conclusions », in *Interpreting Precedents...*, *op. cit.*, pp. 536-537 : « To generalize, however, precedents are commonly conceived as loci of relatively abstract rules or (perhaps even more) principles, and it is generally to the stated rule or principle of law espoused by the court as an interpretation of code or statute that normative attaches for the subsequent court, even where code or statute does not closely govern ».

contraignant à la décision rendue sur un point de droit à la lumière des faits pertinents de l'espèce »²⁶³. Cette restriction de la *ratio decidendi* à la solution rendue par le juge à la lumière des faits pertinents de l'espèce fait d'ailleurs référence à la définition de la *ratio* par le britannique Sir A. Goodhart, qui fut l'un des premiers à défendre l'idée fondatrice selon laquelle la *ratio*, le « *principle of a case* », ne devait être confondue ni avec les motifs du jugement ni avec une éventuelle règle générale énoncée dans ces derniers²⁶⁴. Selon lui, la *ratio decidendi* d'un jugement peut être trouvée en identifiant « les faits considérés comme déterminants par le juge et sa solution fondée sur ces faits »²⁶⁵. Goodhart ajoute même que c'est précisément « par ce choix des faits déterminants que le juge crée du droit »²⁶⁶, ce qui traduit parfaitement la conception ontologiquement casuistique du précédent au Royaume-Uni.

95. La généralité plus étendue du précédent en France. À l'inverse, le précédent en France bénéficie d'une généralité nettement plus étendue, s'apparentant, tant dans sa forme que dans son champ d'application, à celle de la loi et se détachant totalement des faits de l'espèce. Cette généralité peut directement découler du précédent lui-même, lorsqu'il s'agit d'une création prétorienne, ou n'être en définitive qu'une conséquence de la généralité de la norme écrite que le juge applique et interprète, lorsqu'on se situe dans le domaine de l'interprétation d'une norme générale préexistante.

²⁶³ *Ibid.*, p. 537 : « There is usually not, as in common law systems, a restriction of the binding element to a ruling on an issue of law considered in the special light of the material facts of the case ».

²⁶⁴ A. L. GOODHART, « Determining the Ratio Decidendi of a Case », 40 *Yale Law Journal* (1930), pp. 175-176 : « the reasons given by the judge in his opinion, or his statement of the rule of law which is following, are of peculiar importance, for they may furnish us with a guide for determining which facts he considered material and which immaterial. His reason may be incorrect and his statement of the law too wide, but they will indicate to us on what facts he reached his conclusion ».

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 169 : « It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. » ; Goodhart résume sa définition à la fin de sa contribution d'une façon didactique : « The rules for finding the principle of a case can, therefore, be summarized as follows : (1) The principle of a case is not found in the reasons given in the opinion. (2) The principle is not found in the rule of law set forth in the opinion. (3) The principle is not necessarily found by a consideration of all the ascertainable facts of the case and the judge's decision. (4) The principle of the case is found by taking account (a) of the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them. (5) In finding the principle it is also necessary to establish what facts were held to be immaterial by the judge, for the principle may depend as much on exclusion as it does on inclusion ».

²⁶⁶ *Ibid.* : « It is by his choice of the material facts that the judge creates law ».

96. Exemple 1. Ainsi par exemple, la formulation du considérant de principe par Conseil d'État dans l'arrêt *Tropic*²⁶⁷ illustre parfaitement, et l'on pourrait même dire d'une façon paroxystique, cette nature « législative » du précédent en France. Dans cet arrêt, le Conseil d'État crée de toute pièce un nouveau recours ouvert aux concurrents évincés des procédures de passation des contrats administratif, en ces termes : « Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ».

97. Exemple 2. De même en matière d'interprétation de normes générales, pléthores d'illustrations peuvent également être empruntées à la Cour de cassation, notamment pour ce qui relève des grandes constructions jurisprudentielles en matière civile, quasi-délictuelle et contractuelle, constructions faites sur un nombre très restreint de dispositions générales du code civil. Ainsi dans un arrêt du 10 juillet 2007²⁶⁸, la chambre commerciale de la Cour de cassation était invitée, sur le fondement de l'ancien article 1134 du code civil²⁶⁹, à se prononcer sur la question du pouvoir du juge en matière de bonne foi et de sanction d'un usage déloyal d'une prérogative contractuelle²⁷⁰. La Cour a considéré en l'espèce, après un rappel des faits et une motivation fort laconique, que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». Dans cette hypothèse de l'interprétation de la norme à

²⁶⁷ CE, ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, *ADJA* 2007, p. 1577, chron. Lenica et Boucher ; *RFDA* 2007, p. 696, concl. Casas, p. 917, étude Moderne, p. 923, note Pouyaud, p. 935, étude Canedo-Paris ; *D.* 2007, p. 2500, note Capitant ; CE, ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn- et- Garonne, Rec.*, p. 70, concl. Dacosta ; *RFDA* 2014, p. 425 ; *AJDA* 2014, p. 1035, chr. Bretonneau et Lessi ; *BJCP* 2014, p. 204, note Terneyre ; *BJCL* 2014, p. 316, note Fardet ; *CMP* mai 2014, p. 5, comm. Llorens et Soler- Couteaux ; *D.* 2014, p. 1179, note M. Gaudemet et Dizier ; *RDI* 2014, p. 344, note Braconnier ; *RDP* 2014, p. 1148, débat Seiller, Braconnier, Dacosta, p. 1175, note Janicot et Lafaix, p. 1198, note Rollin ; *RFDA* 2014, p. 438, note Delvolvé.

²⁶⁸ Cass. Com., 10 juillet 2007, 06-14.768, n° 966 ; v. not. : Y. LEQUETTE, F. TERRE, H. CAPITANT, F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2 : obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Paris, Dalloz, 13^e éd., 2015, p. 163.

²⁶⁹ « Les convention légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ; doivent être exécutées de bonne foi ».

²⁷⁰ Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les dispositions de l'ancien article 1134 ont été reformulées et réparties sur plusieurs nouveaux articles : Art. 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » ; art. 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

appliquer, c'est bien la généralité de la disposition législative interprétée qui rejaillit sur le précédent et dont le précédent bénéficie par ricochet. Il reste néanmoins que c'est la formulation générale du principe d'interprétation qui vaut précédent, et non une lecture plus restrictive et attachée aux faits, à l'instar de ce qui prévaut outre-Manche.

A cette généralité dans la substance et le champ d'application, une autre particularité du précédent en France le rend proche de la norme législative : il est une norme explicitement formulée et donc, pourrait-on dire, « légiférée ».

B – Le précédent, une norme explicitement légiférée

98. L'assimilation entre le précédent et le principe général formulé dans les motifs. Outre son caractère général et abstrait, le précédent en France dispose d'un autre point commun avec la norme législative : il est explicitement formulé, il est une règle posée. En effet, l'on identifie le précédent en France avec le principe énoncé dans le jugement qui en est à l'origine. Plus exactement, le précédent en France est assimilé à la « formulation d'un principe »²⁷¹ dans les motifs du jugement²⁷². Il s'agit bien là d'un trait éminemment caractéristique du précédent en France, faisant apparaître son approche systématiquement légicentrée : à l'instar du législateur qui édicte une loi, le juge édicte la norme générale du jugement, la formule explicitement. Cela permet de mettre en évidence la distinction entre sa fonction juridictionnelle et sa fonction véritablement précédentielle ou jurisprudentielle.

99. Le caractère plus implicite de la *ratio decidendi* en *common law*. Sur ce point encore, la divergence avec l'approche de *common law* britannique est très claire : cela est lié au fait que les précédents en *common law* sont établis par le juge dans le strict cadre de sa fonction juridictionnelle. Contrairement à ce que l'on peut imaginer de ces systèmes, le juge ne s'y comporte pas comme un législateur ou « jurislatureur ». Dans sa motivation, il peut tout à fait arriver qu'un juge énonce un ou plusieurs principes généraux, mais la *ratio decidendi* du jugement, qui constituera le précédent, ne se confond nullement avec ces principes et en est pleinement

²⁷¹ M. TROPER, C. GRZEGORCZYK, , « Precedent in France », in. N. MacCormick N., R. Summers, (ed.), *Interpreting precedents : a comparative study*, *op. cit.*, p. 127 : « Therefore, it is perfectly safe to say that, in France, what is really a precedent is the formulation of a principle ».

²⁷² Cf. *supra* : § 182 et s.

indépendante. Dans leur étude sur le *droit des États-Unis d'Amérique*, A. et S. Tunc relevaient à ce propos, à l'occasion d'une présentation générale du précédent en *common law*, que « la *ratio decidendi* ne consiste ni dans les motifs que le juge donne à l'appui de sa décision – et qui peuvent être entièrement erronés sans empêcher que la décision et sa *ratio decidendi* soient bonnes – ni dans la formule par laquelle, assez souvent, il résume sous forme d'un principe le résultat de ses recherches sur le point de droit, cette formule pouvant être trop large ou trop étroite »²⁷³. Plus récemment, l'étude de N. Duxbury sur la nature et l'autorité du précédent²⁷⁴ a confirmé ce constat. Dans son troisième chapitre intitulé « *Precedents as reasons* »²⁷⁵, l'auteur consacre des développements substantiels à cette question de la différence entre, d'une part, la règle issue de la décision, formant la *ratio decidendi*, et, d'autre part, le raisonnement identifiable dans les motifs ou la formulation de principes généraux par le juge. Dans la lignée de Sir A. Goodhart, il appelle à distinguer clairement la *ratio decidendi*, l'essence du précédent, avec les motifs de la décision²⁷⁶, ainsi qu'avec le raisonnement du juge ou les principes généraux énoncés par ce dernier²⁷⁷.

100. Existence de *ratio decidendi* même en l'absence de motifs. Dans la plupart des cas, en *common law*, la *ratio decidendi* n'est pas formulée explicitement et les juges n'indiquent pas clairement ce qui, dans leur jugement, doit être tenu pour la *ratio decidendi*. Il faut même considérer qu'une décision dépourvue de motifs pourrait tout de même contenir une *ratio decidendi*²⁷⁸. Cette définition de la *ratio decidendi* comme élément difficilement identifiable de prime abord a donné lieu à certaines critiques, consistant à dire qu'en définitive ce n'est pas le

²⁷³ A. TUNC, S. TUNC, *Le droit des États-Unis d'Amérique, Sources et techniques*, Paris, Dalloz, 1955, p. 130.

²⁷⁴ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

²⁷⁵ *Ibid.*, pp. 58-110.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 66 : « Precedents usually embody reasons, and precedent-following is often a good way to avoid reinventing the wheel ; but within the common law tradition there is a discernible line of thought which has it that we must not assume precedents to be nothing more than reasons » ; p. 67 : « Ratio decidendi can mean either "reason for the decision" or "reason for deciding". It should not be inferred from this that the ratio decidendi of a case must be the judicial reasoning. *Judicial reasoning may be integral to the ratio, but the ratio itself is more than the reasoning* » (nous soulignons).

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 78 : « nobody could say for sure whether the ratio decidendi is best characterized as the rule, the principle, or the reason embodied in a case, though there was little doubt that the principle of a case is not the same as either the reasons given in a judgment or the rule on which a court has relied »

²⁷⁸ R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon Press, 4th ed., 1991, p. 47 : « It would be a mistake to assume that such decisions [sans motifs, *N.D.A.*] necessarily lack a *ratio decidendi* which enables them to be cited as a precedent, for a proposition of law on which they must have been based may be inferred with more or less confidence from the facts of a case coupled with the conclusion. The derivation of a proposition of law from facts of a case coupled with the order made by the court after taking account of those facts is an important feature of discussions concerning the *ratio decidendi* ».

premier juge qui est à l'origine du précédent, mais ce sont les juges chargés d'appliquer sa décision qui détermineront à leur guise ce qui constitue ou non la *ratio*. Il s'ensuivrait finalement un système de précédents relativement insaisissables et parfaitement nébuleux dans lequel chaque juge des cours inférieures pourrait établir le précédent qui s'applique et son champ d'application. Pour le dire autrement, si la *ratio decidendi* est identifiable par la jonction entre, d'une part, les faits que le juge a considérés, implicitement ou explicitement, comme déterminants pour sa solution et, d'autre part, la solution elle-même, alors il revient aux juges ultérieurs d'établir, dans l'analogie avec les cas qu'ils ont à traiter, les faits qui ont pu être déterminants pour la solution précédente et qui permettent de justifier la solution présente²⁷⁹. Sir A. Goodhart a répondu à ces observations, précisant ainsi sa théorie : il rappelle, d'abord, que c'est dans le choix des faits déterminants par le juge pour parvenir à sa solution que réside la règle ; il précise, ensuite, qu'il n'en résulte pas pour autant que le « principe de jugement du cas précédent soit "créé par les juges suivants", dont la fonction consiste à interpréter et non à créer »²⁸⁰.

101. Deux conceptions opposées du raisonnement judiciaire. Même si l'on admet avec Goodhart que les juges chargés d'interpréter et d'appliquer un précédent n'en sont pas les créateurs, ce qui évoque une forme de théorie réaliste de l'interprétation appliquée au *common law*²⁸¹, il apparaît néanmoins évident que la *ratio decidendi* n'est pas posée explicitement par le juge à l'origine du précédent. En cela, le *common law* britannique donne la primauté au raisonnement judiciaire, au choix des faits déterminants et essentiels pour parvenir à la solution, à la distinction des situations factuelles (pratique du « *distinguishing* ») et suppose un droit né du procès et des circonstances de l'espèce, un droit « déjà-là » qui, même non posé, s'impose aux juges. La situation légicentriste en France se situe aux antipodes de cette conception judiciaire

²⁷⁹ Il s'agit en substance d'une critique adressée à la thèse de GOODHART par le professeur Julius STONE dans son article « *The Ratio of the Ratio Decidendi* », 22 *Modern Law Review* (1959), p. 597.

²⁸⁰ A. L. GOODHART, « *The Ratio Decidendi of a Case* », 22 *Modern Law Review* (1959), p. 123 : « My view that the principle is based on the material facts, determined expressly or implicitly, by the judge or judges in the precedent case. It certainly does not follow from this that the principle of the precedent case "is constructed by later judges" whose function it is to interpret and not to construct ».

²⁸¹ Pour une expression contemporaine de cette position en Angleterre, v. not. : M. ZANDER, *The Law Making Process*, Cambridge, Cambridge University Press, 6th ed., 2004, p. 269 : « The judge in the concluding part of his judgment may indicate what he conceives the *ratio* to be – but normally judges do not do this explicitly. They know that, in any event, whatever they say, later courts have the right to interpret and re-interpret the ratio of their case » ; p. 274 « distinction between the ratio decidendi, the court's own version of the rule of the case, and the true rule of the case, to wit, what it will be made to stand for by another later court ».

du droit. Il n'y a précédent que lorsque le juge formule une règle précise, un principe clair de jugement et c'est cette règle ou ce principe énoncé qui constitue le précédent. Il s'agit d'une véritable spécificité du précédent à la française : il est la formulation explicite, ce qui n'empêche pas les nuances, d'une règle générale de jugement. Le juge britannique établit un précédent en jugeant un « *case* », dans l'exercice strict de sa fonction juridictionnelle. À l'inverse, lorsque le juge français crée un précédent, il ne se comporte plus comme juge mais comme législateur ou « jurislatureur ». C'est sur ce point que réside la distinction fondamentale entre le précédent en *common law* et le précédent en France.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

102. Le précédent a été pensé à travers la loi, dont il n'est que le pendant juridictionnel. Cette situation a produit un précédent de dimension législative, fruit paradoxal de la négation première de sa normativité. Cette influence, dont on vient de voir la manifestation quant à l'essence même de la norme que l'on appelle « précédent », se manifeste également sur un plan organique. Le précédent est certes une norme générale formulée, mais pas par n'importe quel juge. Il est formulé par la cour souveraine, seule créatrice de précédents dans le système français.

CHAPITRE II : LE PRECEDENT, NORME GENERALE FORMULEE PAR UNE COUR SOUVERAINE

103. Cour suprême – cour souveraine. Le précédent en France est une norme formulée par un organe bien spécifique, que l'on appellera « cour souveraine ». Le recours à cette expression peut surprendre de prime abord, le terme de « cour suprême » étant généralement privilégié pour désigner les juridictions supérieures en France, c'est-à-dire celles disposant d'un « pouvoir de dernier mot à l'intérieur de leur ordre juridictionnel propre »²⁸². L'enjeu n'est pas ici de proposer une réflexion générale sur la notion de « cour suprême » ou de « cour souveraine » mais d'identifier un modèle opérant pour comprendre l'élaboration des précédents juridictionnels. Aussi le modèle « cour suprême », né avec la Cour suprême des États-Unis, renvoie-t-il à une conception très spécifique de l'organisation judiciaire : ordre juridictionnel unique, compétences générales et de pleine juridiction, sélection des affaires, pouvoir politique important. Le terme de « cour suprême » sera alors compris ici comme renvoyant spécifiquement à son acception dans les systèmes de *common law*. La cour suprême, que ce soit celle des États-Unis ou du Royaume-Uni, est, dans ce cadre, une cour de pleine juridiction, disposant d'un véritable office juridictionnel au sens le plus strict du terme.

104. Spécificité française. En France, la dualité d'ordres de juridiction et l'instauration d'une cour constitutionnelle spécialisée a abouti à un cadre institutionnel plus éclaté, *a priori* peu propice à l'instauration d'un système de précédents. La Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel sont autant de cours disposant, dans leur champ de compétences propre, du « pouvoir de dernier mot ». Il serait cependant possible, sous certaines conditions, de les qualifier de « cours suprêmes », si l'on entend par cette expression un « modèle visant à garantir l'unité d'application du droit par les juges dans un système juridictionnel décentralisé »²⁸³. Toutefois, à côté de cette pluralité institutionnelle, l'office-même des cours souveraines en France est également très spécifique : celles-ci n'exercent pas de contrôle de pleine juridiction mais un contrôle de nature essentiellement abstrait. Cette particularité est très

²⁸² D. de BECHILLON, « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 33.

²⁸³ X. MAGNON, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une "juridiction constitutionnelle", une "cour constitutionnelle" et une "cour suprême" ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Long cours. Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 313.

ancienne et l'on défendra qu'elle trouve ses fondements dans la procédure de cassation instituée au lendemain de la Révolution. Ainsi, la cour souveraine en France est une cour exerçant un office de nature abstraite et d'un monopole dans l'édition de règles générales de jugement, autrement dit de précédents.

105. Offices précédentiels. La différence est fondamentale entre le modèle « cour suprême » et le modèle « cour souveraine » en matière de précédents. La « cour suprême » est une cour de pleine juridiction, qui dispose d'un véritable office juridictionnel et se saisit de l'ensemble de l'affaire en réexaminant les faits. La « cour souveraine » ne connaît que du respect objectif du droit et raisonne dans l'abstrait. Cette différence se manifeste au niveau de l'office précédentiel : les précédents devant la cour suprême sont issus d'un raisonnement juridictionnel précis, de l'établissement d'une solution sur la base de faits litigieux concrets ; les précédents établis par la cour souveraines sont des règles générales, globalement coupées de tout contexte factuel et adoptées dans le cadre d'un office non strictement juridictionnel.

106. Plan. Les cours souveraines en France présentent la particularité d'être des organes non spécifiquement juridictionnels. Elles sont toutes, dans leur genèse, des émanations du pouvoir central, exécutif ou législatif, et conservent un lien très fort avec ce pouvoir. Cette genèse non-juridictionnelle fait que les cours souveraines ne sont pas des juges comme les autres, dotés d'attributions exclusivement juridictionnelles. Cette singularité n'est pas récente et prend sa source dans l'ancien Conseil du Roi et dans les parlements d'Ancien Régime et s'est concrétisée avec l'institution de la Cour de cassation, modèle premier de la cour souveraine. Il en résulte un statut spécifique des cours souveraines, qui en fait des organes ayant vocation à créer des normes générales et abstraites (**Section 1**). De cette particularité découle un office précédentiel particulier, une manière singulière d'élaborer les précédents, qui porte l'empreinte de cette spécificité organique (**Section 2**).

SECTION 1. LA VOCATION DES COURS SOUVERAINES A CREER DES NORMES GENERALES

Le modèle de la cour souveraine, comme institution juridictionnelle créatrice de norme générale, apparaît en premier lieu avec l'institution progressive de la Cour de cassation, qui fait figure de modèle premier, fondé essentiellement sur la technique de cassation (§ 1). L'apparition de la justice administrative, puis constitutionnelle, viendra ensuite enrichir le modèle de la cour souveraine (§ 2).

§ 1 – L'institution de la Cour de cassation comme modèle premier de la cour souveraine

Le modèle premier de la cour souveraine est le fruit d'une longue évolution, d'une progressive émancipation d'un organe d'origine législative, et dont la création était entièrement tournée vers le respect de la loi. Pour comprendre ces liens intrinsèques, il faut remonter au développement d'une certaine technique de cassation sous l'Ancien Régime (A), qui atteste d'une continuité avec le Tribunal de cassation révolutionnaire (B), pour enfin donner naissance à la Cour de cassation, résultat de cette genèse législative du Tribunal de cassation (C).

A – L'apparition progressive du modèle de cour souveraine : le développement de la cassation sous l'Ancien Régime

107. Les parlements, premières cours souveraines. Le modèle de la cour souveraine en France apparaît dès le milieu du XIII^e siècle, lorsque la *Curia Regis* se démembrer pour donner naissance à ce qui deviendra définitivement en 1345 le Parlement de Paris. À partir du milieu du XV^e siècle sont ensuite institués les Parlements de province : Toulouse en 1444, Grenoble en 1455, Bordeaux en 1462, Dijon en 1476, Aix-en-Provence en 1501. Dotés d'une compétence générale et intervenant principalement comme juge d'appel des décisions des diverses juridictions inférieures du royaume relevant de leur ressort, les Parlements constituent les premières manifestations d'un certain modèle de cours souveraines en France. Conçues comme

simples membres de l'ancienne *Curia Regis* et représentantes permanentes du souverain, ces cours rendent la justice au nom du Roi. Avec le développement progressif, à la fin du Moyen-Âge, d'un droit écrit d'origine royale et l'accroissement des pouvoirs d'interprétation de ce droit que les Parlements se sont très tôt octroyés²⁸⁴, il est rapidement devenu nécessaire de « ramener les Cours souveraines à l'obéissance aux ordonnances »²⁸⁵.

108. Encadrement du pouvoir des cours souveraines. Cette volonté de soumettre les cours à l'obéissance revient en fait à s'assurer que les ordonnances soient interprétées et appliquées conformément à la volonté du Roi et non selon la volonté propre des juges, quand bien même celle-ci serait en définitive guidée par des considérations d'équité. Pour ce faire, la royauté a souhaité dans un premier temps interdire purement et simplement les juges d'interpréter les lois. C'est alors que « dès le début du XIVe siècle, la royauté française commence à promulguer des lettres patentes qui "déclarent" le sens qu'il convient de donner à tel texte législatif antérieur, ordonnance ou édit »²⁸⁶. Dans son étude sur le sujet, J. Krynen relève que, déjà sous le règne de Philippe le Bel, « les lettres patentes du 8 décembre 1312 fournissent le premier bon exemple de "déclaration" royale »²⁸⁷ allant dans le sens d'une législation royale indiquant la façon dont il convient d'interpréter ses actes. Si les premières déclarations de ce type paraissent relativement sommaires, l'on remarque néanmoins que les « lois royales interprétatives » deviendront tout au long de l'Ancien Régime « de plus en plus nombreuses, de plus en plus longues, de plus en plus précises »²⁸⁸. Ce processus aboutit à l'adoption de l'ordonnance civile de 1667 sous le règne de Louis XIV, qui vise à mécaniser l'acte de jugement et à réduire de façon radicale le pouvoir d'interprétation des cours souveraines²⁸⁹.

²⁸⁴ J. KRYNEN, *L'État de justice. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, p. 274 ; « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne) », *RHD* 2008, vol. 86, p. 161.

²⁸⁵ R. MARTINAGE-BARANGER, « Les idées sur la cassation au XVIIIe siècle », *RHD* 1969, vol. 47, p. 248.

²⁸⁶ J. KRYNEN, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi... », *op. cit.*, p. 170.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 174 : « L'article 1 pose en principe que toutes les juridictions, inférieures et supérieures, devront "garder et observer" les ordonnances, l'article 6, plus précis, leur interdit de "se dispenser" ou de "modérer" les dispositions législatives en quelque cas que ce soit, y compris "sous prétexte d'équité", l'article 7 fait prohibition d'interpréter les lois prescrit qu'en cas de "doute ou difficulté" les cours devront en référer au roi pour "apprendre" ce qui sera de "son intention" ».

109. Prémises d'un recours en cassation. À côté de cet encadrement du pouvoir d'interprétation des cours souveraines, la centralisation progressive du pouvoir royal a également rendu nécessaire l'instauration d'une voie de recours spécifique afin de réviser ou d'annuler les décisions des cours souveraines. C'est ainsi que dès la fin du XVI^e siècle se développent les prémises d'un recours en cassation des arrêts des parlements devant le Conseil du Roi. J.-L. Halpérin rappelle que « la notion de cassation » s'est développée à partir du XVI^e siècle grâce à la réunion d'un certain nombre d'éléments : « elle est liée en effet au développement de la législation royale, à une meilleure distinction des erreurs de fait et des erreurs de droit et à la multiplication des conflits de compétences entre cours souveraines »²⁹⁰. D'un point de vue organique, l'auteur précise que « la cassation se développa également à la faveur du mouvement de spécialisation qui, à l'intérieur du Conseil du Roi, attribua le jugement de la majorité des recours des particuliers contre les arrêts des Parlements au Conseil des parties ou Conseil privé »²⁹¹. Ce développement de la cassation devant le Conseil des parties constitue à cette époque la manifestation la plus claire de la justice retenue de l'Ancien Régime, à travers la juridictionnalisation nécessaire d'une partie du Conseil du Roi²⁹². Ainsi par ce recours, le roi « retient une partie de la justice dont il est la source ou plutôt il exerce une surveillance sur la délégation qu'il a accordée aux Parlements »²⁹³.

110. Cassation devant le Conseil des parties. Le recours en cassation devant le Conseil des parties apparaît officiellement avec le règlement du chancelier d'Aguesseau du 28 juin 1738²⁹⁴. Ce règlement constitue « la base de la théorie de la cassation telle qu'on la trouve développée chez les juristes du XVIII^e siècle »²⁹⁵. Ce règlement vient fixer et préciser une procédure de cassation des jugements des cours souveraines qui était jusqu'alors principalement le fruit de la pratique du Conseil des parties, pratique exprimée à travers divers règlements de procédure. Les parties à un procès peuvent dès lors saisir le Conseil pour demander la révision ou la cassation d'un jugement rendu en dernier ressort en se fondant sur « la contravention

²⁹⁰ J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987, p. 24.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² B. BARBICHE, « Les attributions judiciaires du Conseil du Roi », *Histoire, économie et société* 2010/3, p. 9.

²⁹³ J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, *op. cit.*, p. 25.

²⁹⁴ Pour le texte complet du règlement, v. : ISAMBERT, DECRUSY, JOURDAN, *et alii.*, *Recueil général des anciennes lois françaises : depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, tome 22 (1737-1774), Paris, Plon, 1822-1823.

²⁹⁵ J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, *op. cit.*, p. 24.

formelle aux ordonnances, aux coutumes ou au droit écrit (...), la violation des formes de procéder, l'incompétence, l'excès de pouvoir, la contrariété d'arrêts »²⁹⁶.

111. La cassation, instrument du monarque. La revendication d'une mission d'unification du droit est le trait caractéristique d'une cour souveraine. Cette revendication se retrouve à la fois dans la mission des Parlements et celle du Conseil du roi. Il apparaît en effet très nettement que, dans un premier temps, « les Cours suprêmes de l'Ancien Régime s'attribuèrent presque partout un pouvoir d'interprétation et d'unification du droit » et « revendiquèrent pour elles-mêmes une part de souveraineté »²⁹⁷. Tout en se présentant comme les dépositaires de la souveraineté monarchique, les parlements ont ainsi eu tendance à s'autonomiser et à s'écarter du droit édicté par le roi²⁹⁸. Ceci explique pourquoi dans un second temps le monarque, par la voix de son Conseil, a entendu reprendre à son compte ce rôle d'unificateur et d'interprète authentique de ses propres volontés en instaurant la cassation.

L'Ancien Régime a donc connu les premières manifestations de ce que l'on pourrait appeler une technique de cassation. Les révolutionnaires s'inspireront de ce modèle pour assurer l'autorité de la loi.

B – La création du Tribunal de cassation dans la continuité du Conseil des parties

112. Continuité. Une procédure de cassation très développée apparaît ainsi à la fin de l'Ancien Régime, afin de revenir sur les arrêts rendus par les cours souveraines en dernier ressort. L'objectif principal est alors d'assurer une bonne application des ordonnances royales. Cette cassation, exercée devant le Conseil des parties, constitue l'une des principales

²⁹⁶ R. MARTINAGE-BARANGER, « Les idées sur la cassation au XVIIIe siècle », *op. cit.*, pp. 259-260.

²⁹⁷ J.-L. HALPERIN, « Cours suprêmes », *Droits* 2001/2, n° 34, p. 53.

²⁹⁸ J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, *op. cit.*, pp. 62-78 : dans ce chapitre, l'auteur décrit le passage « de la "représentation" à la dépossession du roi ».

illustrations de la justice retenue sous l'Ancien Régime²⁹⁹. Lorsque les révolutionnaires de 1789 ont établi la loi comme source exclusive du droit, leur souci premier était d'assurer une application uniforme de celle-ci dans l'ensemble du pays, application qui ne serait point altérée par une libre interprétation des juges. Dans cette volonté de garantir l'égalité de tous les citoyens de la République devant la loi, les révolutionnaires ont à leur disposition une solution procédurale toute trouvée dans la cassation issue de l'Ancien Régime. Ainsi l'on voit apparaître dès les premiers temps de la Révolution un consensus sur la nécessité d'instaurer une procédure de cassation entre les mains d'un tribunal suprême visant à faire respecter l'application et l'interprétation uniforme de la loi. J.-L. Halpérin rappelle à cet égard qu'une telle « nécessité trouve son fondement dans l'importance que les Constituants accordent à la loi et dans l'attachement qu'ils marquent à son strict respect. De même qu'on doit punir les individus qui contreviennent à la loi, on doit "réprimer" les infractions aux lois commises par les juges »³⁰⁰.

113. Conciliation de la cassation avec la séparation des pouvoirs. Le nouveau pouvoir révolutionnaire a donc tout intérêt à conserver un mécanisme analogue à celui de la cassation d'Ancien Régime et à instaurer un nouvel organe chargé de l'exercer. Il lui faut néanmoins prendre en compte une donnée nouvelle : les pouvoirs, dans l'esprit des constituants inspirés par Montesquieu, doivent être clairement séparés. Il n'est plus question de faire référence à une quelconque justice retenue comme pour le Conseil privé. D'un côté il s'agit de garantir l'égalité de tous devant la loi en évitant des applications et interprétations divergentes ; de l'autre il convient d'instituer un pouvoir judiciaire réellement indépendant et séparé des deux autres pouvoirs, du moins en apparence. Ces deux tendances, *a priori* contradictoires, se retrouvent en substance dans les débats à l'Assemblée constituante sur la réforme du système judiciaire.

114. Débats sur l'indépendance organique du Tribunal. Après avoir admis la nécessité, pour l'uniformité d'application de la loi, de l'instauration d'un tribunal de cassation

²⁹⁹ T. SAUVEL, « Le Tribunal de cassation de 1791 à 1795 », *EDCE* 1958, n° 12, p. 182 : « Le Conseil privé n'était autre chose que *le roi statuant en son conseil*. Ses pouvoirs n'étaient pas seulement ceux que lui avaient donnés les ordonnances. Ils étaient les pouvoirs généraux du roi, et c'est pour cela que le règlement d'Aguesseau avait eu soin de prévoir en un titre spécial, le titre IX, toutes les demandes relatives aux "autres matières non comprises dans les titres précédents", formule volontairement large et imprécise où le principe de la justice retenue demeurait sous-entendu ».

³⁰⁰ J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, *op. cit.*, p. 54.

sédentaire installé à Paris³⁰¹, les constituants ont centré leurs débats sur la question du lien organique de ce tribunal avec le pouvoir législatif. La question était en définitive de savoir, dans un contexte de séparation des pouvoirs et des organes, si ce tribunal de cassation devait être une branche du pouvoir législatif ou l'autorité suprême du pouvoir judiciaire. Une partie des constituants estime, à l'instar de Merlin de Douai, que le tribunal de cassation doit être considéré comme titulaire du « pouvoir judiciaire suprême »³⁰², soulignant en cela qu'il fait pleinement partie du pouvoir judiciaire et ne doit nullement être confondu avec le pouvoir législatif, lui-même dévolu au Corps législatif. Un certain nombre de constituants estiment qu'une telle conception n'est guère souhaitable, eu égard au dessein légicentriste révolutionnaire, et considèrent que la cassation ne doit pas relever du judiciaire dans la mesure où « annuler un jugement, ce n'est pas juger » et que « pour casser un jugement, il faut une autorité bien supérieure à celle de simples juges »³⁰³. Ainsi, « l'analyse restrictive de la fonction judiciaire se trouve au service d'une cause politique qui consiste à limiter le pouvoir judiciaire et à lui ôter une indépendance qui serait dangereuse »³⁰⁴. Cette volonté de conserver un contrôle du législateur sur le Tribunal de cassation culmine dans la pensée de Robespierre, qui voit dans l'indépendance organique et fonctionnelle de ce tribunal une sorte d'habilitation au profit de ce dernier pour violer la loi en en livrant une interprétation selon sa volonté propre et non selon celle du législateur. Robespierre suggère à cet égard, conformément à son radicalisme légicentriste, de confier la fonction de cassation au pouvoir législatif lui-même.

115. Solution de compromis. La loi du 27 novembre-1^{er} décembre 1790, qui institue le Tribunal de cassation, est finalement parvenue à concilier ces diverses aspirations contraires. Son article 1^{er} prévoit en effet que le Tribunal de cassation se place « auprès du Corps Législatif ». Cette formulation permet en définitive de satisfaire, d'une part, la nécessité d'avoir un tribunal indépendant du pouvoir législatif et au sommet de l'ordre judiciaire tout en permettant, d'autre part, au Corps législatif de conserver une certaine mainmise sur la cassation. Ce paradoxe et ce compromis initial permettent de comprendre les deux courants doctrinaux principaux à propos du statut du Tribunal de cassation. Une partie de la doctrine, à l'instar

³⁰¹ *Ibid.*, pp. 57-60.

³⁰² Discours de Merlin de Douai du 24 mai 1790, *Archives parlementaires*, XV, p. 666, cité par J.-L. HALPERIN in. *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, *op. cit.*, p. 60.

³⁰³ J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, *op. cit.*, p. 61.

³⁰⁴ *Ibid.*

notamment de T. Sauvel³⁰⁵, Y.-L. Hufteu³⁰⁶ ou J. Boré et L. Boré³⁰⁷, considère que le Tribunal de cassation est un organe de nature pleinement judiciaire en raison des attributions proprement juridictionnelles que lui confère la loi de 1790. Une autre partie de la doctrine soutient une position inverse, arguant que le Tribunal de cassation, à la fois en raison de son lien organique très fort avec le Corps législatif mais aussi en raison de ses attributions de cassation, est un organe législatif. Ces thèses ont été défendues notamment par F. Gén³⁰⁸ et R. Carré de Malberg³⁰⁹ et plus récemment par F. Zenati³¹⁰.

116. Soutien de la thèse de la nature législative du Tribunal de cassation. C'est vers la thèse « législative » qu'il nous semble le plus opportun de s'orienter pour comprendre la nature du Tribunal de cassation et, partant, celle de la Cour de cassation qui lui succède. La loi du 27 novembre-1^{er} décembre 1790 dispose en effet qu'il « y aura un Tribunal de cassation établi auprès du Corps Législatif »³¹¹ et que celui-ci « annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de loi »³¹². Il apparaît bien en premier lieu que ce tribunal n'est pas juge du fait ou des parties mais bien le juge défenseur de la bonne application de la loi. Ces contraventions expresses mentionnées dans la loi sont des erreurs manifestes ou particulièrement grossières. Le Tribunal de cassation ne peut connaître des interprétations des juges susceptibles de dévoyer le sens premier de la loi. Étant placé auprès du législateur mais n'étant pas législateur lui-même, le Tribunal doit saisir le Corps législatif par le moyen d'un référé législatif lorsqu'un problème d'interprétation de la loi est soulevé et lorsque, après deux cassations dans le même sens, les

³⁰⁵ T. SAUVEL, « Le Tribunal de cassation de 1791 à 1795 », *op. cit.*, p. 185 : « Le Tribunal de cassation ne dépend, ni du pouvoir exécutif, ni du pouvoir législatif. Il est la plus haute des autorités judiciaires ».

³⁰⁶ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965, p. 40.

³⁰⁷ J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2015, p. 11 : « Si le Tribunal de cassation fut "établi auprès du Corps législatif", l'Assemblée n'alla pas jusqu'à l'intégrer à ce pouvoir, comme l'avait demandé Robespierre. Le Tribunal de cassation restait une juridiction ; et c'est ce qui permit toute l'évolution postérieure, qui devait conduire à sa transformation en une Cour régulatrice du droit. Le tribunal reçut des attributions proprement juridictionnelles, comme le pouvoir de connaître des règlements de juges, des renvois pour cause de suspicion légitime, des demandes de prises à partie ».

³⁰⁸ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, *op. cit.*, vol. 1, § 41.

³⁰⁹ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*

³¹⁰ F. ZENATI, *La jurisprudence*, *op. cit.*, p. 52 : « Le Tribunal de cassation, qui succède au Conseil du roi, est, comme ce dernier, un organe de répression des atteintes à la loi, un moyen de venger la loi des infidélités du juge. Il n'est en réalité qu'un prolongement du pouvoir législatif, de la même manière que son devancier émanait du roi. »

³¹¹ Art. 1^{er}.

³¹² Art. 3.

juges du fond continuent à se prononcer dans le même sens³¹³. Le Corps législatif adopte finalement une loi interprétative pour surmonter cette difficulté. Le Tribunal de cassation est à la fois le résultat d'une certaine conception stricte de la séparation des pouvoirs mais aussi, et surtout, le fruit de l'absolutisme légaliste de la Révolution. La loi étant la seule source du droit devant s'appliquer, il convient d'en garantir une application uniforme et égale dans l'ensemble du pays. Pour ce faire, le législateur se démembre, comme jadis la Cour du roi, pour encaserner les juges dans la juste application de sa volonté. À cet égard nous souscrivons pleinement à la conclusion de F. Zenati sur ce point, selon laquelle « la logique légaliste commandait une confusion totale entre l'organe législatif et l'organe de cassation qui n'eût dû être que le bras séculier de la loi ; la cassation ne pouvait être dans cette optique pure qu'affaire de législateur et non de juridiction »³¹⁴.

Le Tribunal de cassation, organe fondamentalement législatif, a donné naissance à la Cour de cassation, selon une continuité qui a laissé une empreinte sur le pouvoir normatif de celle-ci.

C – La Cour de cassation, fruit du caractère législatif du Tribunal de cassation

117. Création de la Cour de cassation et reprise du référé législatif. Le Tribunal de cassation devient la Cour de cassation en 1804, au début du processus de codification du droit sous l'Empire. Par une loi du 16 septembre 1807, l'Empire reprend le mécanisme du référé législatif, permettant à la Cour de cassation de saisir le chef de l'État dès le second pourvoi en cassation, afin que ce dernier en délivre l'interprétation authentique. La loi de 1807, souhaitant cependant éviter autant que possible l'exercice du référé, précise que le second arrêt de cassation doit être rendu en formation particulièrement solennelle, la Cour jugeant ainsi « avec un formalisme renforcé de manière à imposer au juge de renvoi, sinon sa décision, du moins l'autorité exceptionnelle de l'organe qui l'a prononcée »³¹⁵. Si l'on voit déjà poindre un début d'autonomisation avec ce nouveau référé, dans la mesure où la Cour pouvait délivrer de plus

³¹³ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965.

³¹⁴ F. ZENATI, *La jurisprudence*, *op. cit.*, p. 54.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 70.

en plus une interprétation propre de la loi sans censure du législateur, le véritable tournant s'opère avec la loi du 1^{er} avril 1837. Après un dispositif transitoire peu satisfaisant donnant en pratique le dernier mot aux juges du fond³¹⁶, la loi de 1837 supprime définitivement le référé législatif et permet en définitive à la Cour de cassation de délivrer sa propre interprétation de la loi sans être soumise au contrôle du législateur.

118. Héritière du Conseil du Roi et du Tribunal de cassation. La Cour de cassation s'est bâtie sur cette double appartenance à la sphère judiciaire et législative. Il apparaît de ce point de vue une continuité très nette entre le Conseil du roi, le Tribunal de cassation et la Cour de cassation dans sa forme définitive. Le premier est la manifestation éclatante de la justice retenue, connaissant des recours en cassation contre les arrêts des parlements dans un système pluraliste en termes de sources du droit. Le deuxième est l'héritier de cette cassation issue du Conseil du roi mais adaptée à un système légicentriste dans lequel prévaut le dogme montesquvien de séparation des pouvoirs. S'il convient alors de maintenir une séparation des organes et des fonctions en apparence, la procédure de cassation et la structure même du Tribunal reviennent à en faire un membre du Corps législatif, s'assurant de l'application uniforme de la loi, devenue source exclusive de droit dans la République naissante. La Cour de cassation est le produit final de cette longue évolution d'autonomisation de la Cour souveraine à l'égard de l'autorité royale d'abord puis du législateur à partir de la Révolution. En dépit de cette autonomisation, la Cour de cassation a néanmoins conservé certains attributs propres au pouvoir législatif duquel elle issue et dont elle est à l'origine l'instrument docile.

Le modèle de la cour souveraine de l'époque moderne se dessine désormais plus clairement : un organe juridictionnel qui, par son origine non-juridictionnelle et sa mission d'interprétation et d'application uniforme du droit, dispose d'une vocation « naturelle » à établir des normes générales. Ce modèle s'est ensuite enrichi avec le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel.

³¹⁶ V. sur ce point : Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, *op. cit.*, p. 132. La loi du 30 juillet 1828 supprime en effet le référé et précise que, après deux cassations successives, le juge du fond à qui était finalement renvoyé l'affaire tranchait celle-ci sans qu'aucun pourvoi ou autre recours ne fût possible. Une telle règle revenait en pratique à habiliter les juges du fond, les cours d'appel en l'occurrence, à délivrer une interprétation authentique de la loi incontestable juridiquement.

§ 2 – *Le développement du modèle de cour souveraine avec le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel*

Le modèle de la cour souveraine française s'enrichit avec l'apparition de la justice administrative au milieu du XIX^e siècle, puis de la justice constitutionnelle au milieu du XX^e. Si l'on trouve certains éléments de rapprochement avec la Cour de cassation (**A**), leur statut de cour souveraine est également dû à des caractéristiques propres (**B**).

A – Éléments de rapprochements avec la Cour de cassation

Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel présentent, comme la Cour de cassation, une origine non strictement juridictionnelle (1^o) et exercent un contrôle d'une nature essentiellement abstraite (2^o).

1) Une genèse non juridictionnelle

119. Origine révolutionnaire du dualisme juridictionnel. Dès les premiers temps de la Révolution, la volonté est clairement manifestée de tenir la fonction administrative à l'écart du pouvoir judiciaire. Ainsi dès la loi du 22 décembre 1789, il est prévu que « les administrateurs de département et de district ne pourront être troublés dans l'exercice de leurs fonctions par aucun acte du pouvoir judiciaire » (section 3, art. 7). Le principe est néanmoins véritablement posé dans la loi des 16-24 août 1790 qui dispose que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ». Le contentieux susceptible de s'élever dans l'action de l'administration est alors confié aux corps administratifs eux-mêmes, car « est intervenu le sentiment que la détermination de la règle juridique à laquelle l'administration doit être assujettie procède d'une démarche intellectuelle qui n'appartient pas aux habitudes des juges judiciaires »³¹⁷. Cette séparation originelle constitue le fondement de la dualité d'ordres de juridiction, spécificité issue de la Révolution, qui a connu une importante postérité. Elle fonde également le caractère très

³¹⁷ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la révolution au début des années 1970)*, Paris, PUF, 1995, p. 50.

spécifique de la justice administrative en France, qui ne s'est jamais départie de cette duplicité première entre justice et administration.

120. Prémisses du contentieux administratif dès le Consulat. La décennie qui suit la Révolution connaît un essor considérable du pouvoir de l'administration et, par voie de conséquence, du contentieux administratif³¹⁸. Ce développement trouve son point d'orgue dans les réformes napoléoniennes sous le Consulat et l'Empire. Ainsi la Constitution du 22 frimaire an VIII crée le Conseil d'État, constituant « à certains égards une résurrection du Conseil du Roi disparu en 1791 »³¹⁹. L'article 52 de la Constitution dispose que « sous la direction des consuls, le Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». L'on perçoit dans cette disposition constitutionnelle « les deux fonctions qui constituent encore les fonctions principales du Conseil d'État contemporain : la participation à l'élaboration des textes et la solution des litiges administratifs »³²⁰. Dans le même temps, la loi du 28 pluviôse an VIII institue dans chaque département, auprès des préfets, des conseils de préfecture. Ces conseils ont un rôle déterminant en ce qu'ils « soulagent l'action du préfet tandis qu'ils garantissent une action impartiale lorsqu'elle doit balancer intérêts publics et intérêts privés »³²¹.

121. Le Conseil d'État, organe de l'administration. Il serait néanmoins anachronique de parler d'un véritable contentieux administratif à propos du début du XIXe siècle. F. Burdeau rappelle à cet égard que la création du Conseil d'État « procède tout logiquement de l'ambition napoléonienne de concentrer l'autorité et d'en faire l'usage le plus adéquat » et dans la mesure où il « ne devait être qu'un rouage au service d'une visée autoritaire, il était hors de question que le Conseil d'État disposât de la moindre indépendance juridique »³²². Le même constat peut évidemment être fait au sujet du conseil de préfecture qui, comme le rappelle G. Bigot, « ne présente (...) pas toutes les garanties que l'on serait en droit d'attendre d'un tribunal ordinaire »³²³. Le Conseil d'État, dans ce système administratif mis en

³¹⁸ *Ibid.*, pp. 56-65.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 66.

³²⁰ P. DELVOLVE, « Conseil d'État », in. *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, § 3.

³²¹ G. BIGOT, *L'Administration française. Politique, droit et société. Tome 1, 1789-1870*, Paris, Lexis Nexis, 2^e éd., 2014, pp. 293-294.

³²² F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 66.

³²³ G. BIGOT, *L'Administration française. Politique, droit et société. Tome 1, op. cit.*, p. 295.

place par Napoléon et Roederer, ne peut être pleinement perçu comme une juridiction indépendante. Dans cette perspective, « (l)a justice administrative poursuit le dessein, exprimé par Bonaparte lui-même, de rendre tolérable l'atteinte aux droits par l'administration »³²⁴. Cette confusion entre attributions contentieuses et administratives n'est cependant pas une création de la Constitution de l'an VIII et prend racine dans cette longue tradition administrative française qui, depuis Richelieu en passant par le Conseil du Roi de l'Ancien Régime et le centralisme jacobin, a implanté dans les esprits la légitimité d'un « administrateur-juge ». Une telle duplicité a dès l'origine été « justifiée par la volonté de protéger l'administration contre les prétentions hégémoniques du judiciaire »³²⁵.

122. Une autonomisation progressive dans le cadre d'une justice toujours retenue. Toute l'histoire de la justice administrative durant le XIXe siècle jusqu'à l'avènement d'une justice déléguée, est finalement celle d'une oscillation permanente entre une tendance certaine à l'autonomisation contentieuse du Conseil d'État et une volonté du pouvoir de conserver la justice administrative dans son giron³²⁶. En effet, « même si les textes n'attribuent jamais explicitement juridiction aux administrations, on assiste dans la première moitié du XIXe siècle à une multiplication des textes que leur attribuent implicitement le soin de se prononcer sur des affaires contentieuses »³²⁷. Dès le décret du 11 juin 1806³²⁸ est créée la Commission du contentieux, point de départ de la distinction organique et fonctionnelle claire au sein du Conseil d'État entre attributions administratives et contentieuses. Le rôle contentieux du Conseil d'État demeure toutefois, nonobstant cette réforme, assez marginal. Ainsi « jusqu'à la fin de l'Empire le Conseil d'État doit son prestige et son influence à la part prise dans la préparation des lois et règlements, ainsi qu'à ses diverses interventions dans la sphère de l'administration active, beaucoup plus qu'à ses fonctions de juge supérieur du contentieux administratif »³²⁹. À partir de la Restauration, la justice demeure une justice retenue, de sorte

³²⁴ G. BIGOT, « La dictature administrative au XIXe siècle : théorie historique du droit administratif », *RFDA* 2003, p. 439.

³²⁵ F. MONNIER, « Justice administrative », *Droits* 2001/2, n° 34, p. 110.

³²⁶ V. not. : CORMENIN, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, imprimerie de Mme Hérisant le Doux, 1818.

³²⁷ G. BIGOT, « La dictature administrative au XIXe siècle : théorie historique du droit administratif », *op. cit.*

³²⁸ Décret reproduit in. J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, Paris, Guyot et Scribe, 1824-1949, t. 15, pp. 461-463, cité in. G. BIGOT, *L'Administration française.*, *op. cit.*, p. 296.

³²⁹ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 73.

que, dans la continuité du système napoléonien, les arrêts du Conseil d'État doivent être approuvés par le monarque. G. Bigot rappelle néanmoins, à propos de cette formalité, qu'il « s'agit là d'une fiction dans les faits et, dans le même temps, d'une nécessité théorique qui touche à la conception que se fait l'époque de la répartition constitutionnelle des pouvoirs et des autorités »³³⁰. L'on a assisté progressivement à un détachement du monarque à l'égard du Conseil d'État statuant au contentieux, de sorte que « les souverains, qui ne fréquentent plus le Conseil, ne s'opposent pas aux projets d'ordonnances, lesquels sont systématiquement approuvés »³³¹.

123. Le tournant de 1848. La Constitution du 4 novembre 1848 instituant la deuxième République contribue grandement à renforcer le rôle et le poids politique et juridique du Conseil d'État, lui consacrant un chapitre spécifique (chapitre VI). Le Conseil d'État doit être consulté par le gouvernement et par l'Assemblée nationale pour connaître des divers projets et propositions de lois³³². Il est également prévu qu'il « prépare les règlements d'administration publique » (art. 75 alinéa 2) et il est officiellement placé à la tête de l'administration³³³, de sorte qu'il n'est plus restreint à une stricte fonction consultative mais constitue désormais un véritable « maillon de liaison entre les pouvoirs exécutif et législatif »³³⁴. Quelques années après, « le retour de l'Empire marquait la reprise de l'institution dans sa forme napoléonienne », le Conseil d'État redevenant en quelque sorte « un auxiliaire de l'exécutif placé sous sa tutelle »³³⁵. La marche de l'histoire de l'indépendance de la justice administrative n'a cependant pas été arrêtée par le Second Empire. C'est alors dès le début des années 1850-60 que se dessine un certain « enracinement du rôle du Conseil d'État, juge suprême du contentieux administratif »³³⁶, favorisé par le développement du recours pour excès de pouvoir³³⁷.

³³⁰ G. BIGOT, *L'Administration française, op. cit.*, p. 300.

³³¹ *Ibid.*

³³² Art. 75, alinéa 1^{er} : « Le Conseil d'État est consulté sur les projets de loi du Gouvernement qui, d'après la loi, devront être soumis à son examen préalable, et sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée lui aura renvoyés ».

³³³ Art. 75 alinéa 3 : « Il exerce, à l'égard des administrations publiques, tous les pouvoirs de contrôle et de surveillance qui lui sont déferés par la loi ».

³³⁴ J.-P. ROYER *et alii.*, *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours, op. cit.*, p. 535.

³³⁵ *Ibid.*, p. 536.

³³⁶ G. BIGOT, *L'Administration française, op. cit.*, p. 300.

³³⁷ Le décret du 2 novembre 1864 consacre la gratuité des « recours portés devant le Conseil d'État (...) contre les actes des autorités administratives, pour incompétence ou excès de pouvoir ».

124. La loi de 1872 et la dualité constitutive du Conseil d'État. Le développement du Conseil d'État jusqu'en 1872 est donc paradoxalement marqué par une émancipation contentieuse progressive dans le cadre d'une justice qui demeure retenue³³⁸. C'est à l'issue de ce processus qu'advient fort naturellement la justice déléguée, avec la loi du 24 mai 1872. Son article 9 dispose en effet que « le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives ». L'organisation structurelle du Conseil ainsi que sa composition font toutefois apparaître une continuité assez nette avec sa genèse administrative. La loi de 1872 institue trois sections qui disposent de fonctions administratives³³⁹ à côté d'une section spécifiquement contentieuse, héritière de la commission du contentieux établie en 1806. Ce caractère dual du Conseil d'État, sur le plan organique et fonctionnel, se traduit par le fait qu'il s'agit à la fois d'un organe administratif et juridictionnel. Il n'est pas tantôt l'un, tantôt l'autre, mais il est fondamentalement les deux à la fois, et cela rejaillit naturellement sur sa manière de juger. L'évolution contemporaine de la justice administrative dans le contexte des exigences propres à l'État de droit a conduit à des séparations de plus en plus nettes entre fonctions administrative et contentieuse³⁴⁰, notamment sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁴¹. Il n'en demeure pas moins que l'identité même du Conseil d'État en France est fondée sur cette dualité et ne peut s'en

³³⁸ T. SAUVEL, « La "justice retenue" de 1806 à 1872 », *RDP* 1970, p. 237.

³³⁹ La loi du 24 mai 1872 institue une section de l'intérieur, de la justice, de l'instruction publique, des cultes et des beaux-arts ; une section des finances, de la guerre, de la marine, des colonies et de l'Algérie ; une section des travaux publics, de l'agriculture, du commerce et des affaires étrangères.

³⁴⁰ L'article 20 de la loi du 24 mai 1872 dispose que « les membres du Conseil d'État ne peuvent participer au jugement des recours contre les décisions qui ont été préparées par les sections auxquelles ils appartiennent, s'ils ont pris part à la délibération ». Une séparation nette entre administratif et contentieux est donc déjà fixée en 1872. Le décret n° 63-766 du 30 juillet 1963, faisant suite à l'arrêt « Canal », traduit néanmoins la volonté du président de Gaulle de revenir sur un lien, et donc une confusion, plus important entre les fonctions contentieuses et administratives du Conseil d'État. Finalement, le décret n° 2008-225 du 6 mars 2008, inséré à l'art. R. 122-21-1 CJA, revient sur la conception de 1872 : « les membres du Conseil d'État ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'État, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis ».

³⁴¹ V. not. : CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*, n° 14570/89 : la CEDH a constaté en l'espèce, à propos du Conseil d'État luxembourgeois, « qu'il y a eu confusion, dans le chef de quatre conseillers d'État, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'État luxembourgeois, le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution » ; dans le même sens : CEDH, 30 juin 2009, *UFC Que choisir de Côte d'Or*, n° 39699/03.

départir, sous peine de rendre dénué d'intérêt le dualisme juridictionnel français précisément fondé sur cette particularité de la justice administrative.

125. Le Conseil constitutionnel, instrument du parlementarisme rationalisé. Le Conseil constitutionnel a été conçu initialement comme l'un des instruments de la rationalisation du parlementarisme, telle que souhaitée par les constituants de 1958. La volonté de ne pas renouveler l'expérience de l'instabilité du régime d'assemblée de la Troisième République, couplée à la conception gaulliste de l'exercice du pouvoir, a rendu nécessaire un rééquilibrage des pouvoirs au profit de l'exécutif. Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel intervient dès l'origine comme un arbitre venant trancher d'éventuels conflits de compétences entre le législateur et l'exécutif, compétences réparties entre les articles 34 (compétences d'attribution du législateur) et 37 (compétence de principe du pouvoir réglementaire) de la Constitution. Par ailleurs, l'article 61 de la Constitution, concrétisé par l'ordonnance organique du 7 novembre 1958³⁴², prévoit à l'origine une saisine du Conseil limitée au Président de la République, au Premier ministre et aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ce caractère restreint de la saisine fait initialement du Conseil un instrument politique au service de ces quatre organes constitués, en vue de garantir la rationalisation du parlementarisme et l'équilibre des pouvoirs souhaité par les constituants. Le Conseil apparaît donc dans les premières années de la Cinquième République comme un organe de nature essentiellement politique, R. Badinter évoquant même à son sujet « une institution *sui generis*, sans exemple dans les autres démocraties »³⁴³.

126. Juridictionnalisation du Conseil constitutionnel. L'évolution du Conseil constitutionnel à partir des années 1970 va dans le sens d'une juridictionnalisation progressive de l'institution, traduisant le passage d'un organe spécifiquement politique vers ce qu'il est convenu d'appeler une véritable « cour constitutionnelle ». Dès la décision *Liberté d'association* de 1971³⁴⁴, le Conseil inclut dans le bloc de constitutionnalité la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que le préambule de 1946, se dotant ainsi d'un arsenal de droits et libertés fondamentaux comme normes de référence de son contrôle de

³⁴² Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *Journal Officiel*, 9 novembre 1958, p. 10129.

³⁴³ R. BADINTER, « Une longue marche "du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25 (Dossier : 50^{ème} anniversaire), août 2009, p. 6.

³⁴⁴ Décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*.

constitutionnalité. L'ouverture de la saisine du Conseil aux parlementaires en 1974³⁴⁵ a également contribué quelques années plus tard à renforcer cette juridictionnalisation de l'institution. L'introduction de la QPC, avec la révision constitutionnelle de 2008³⁴⁶, semble de ce point de vue constituer l'achèvement de ce processus de juridictionnalisation. Les justiciables peuvent en effet depuis le 1^{er} mars 2010, à l'occasion d'une instance, exciper de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative en vigueur et obtenir la saisine, par voie préjudicielle, du Conseil constitutionnel. Cette ouverture du prétoire du Conseil a inévitablement conduit à un accroissement considérable des recours et au renforcement de la dimension juridictionnelle de celui-ci.

127. Un organe fondamentalement politique. Il demeure néanmoins, malgré une dynamique parfaitement identifiable en ce sens, que le Conseil constitutionnel ne constitue pas encore pleinement une « cour constitutionnelle », à l'instar de nombre de ses homologues européens. Les définitions modales et fonctionnelles proposées par X. Magnon des notions de « juridiction constitutionnelle » et de « cour constitutionnelle » semblent à cet égard parfaitement opérantes³⁴⁷. La notion de « juridiction constitutionnelle » est définie par l'auteur comme « un modèle de calcul des défauts confiant la résolution de litiges portant sur la conformité des lois à la Constitution à un organe indépendant des parties à ce litige »³⁴⁸. Par contraste, celle de « cour constitutionnelle » est présentée comme « un modèle qui tend à confier à un organe spécial le soin de résoudre des litiges présentant une dimension politique liés à l'application de la Constitution »³⁴⁹. Le Conseil constitutionnel des premiers temps de la Cinquième République est clairement une « juridiction constitutionnelle » dans le sens retenu, avec toute la neutralité et l'absence d'implication politique et de pouvoir normatif que cela implique. Sa juridictionnalisation, le développement de son office et de son rôle politique tendent de plus en plus à en faire une « cour constitutionnelle » au sens plein du terme³⁵⁰.

³⁴⁵ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution.

³⁴⁶ Article 29 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

³⁴⁷ X. MAGNON, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une "juridiction constitutionnelle", une "cour constitutionnelle" et une "cour suprême" ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », *op. cit.*

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 313.

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ X. MAGNON, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *RFDC* 2014, n° 100, p. 999.

128. Cour souveraine du constitutionnalisme. Interprète authentique premier de la constitution, seul organe habilité par l'ordre juridique à contrôler la validité et la conformité des dispositions législatives par rapport à la Constitution, organe habilité par ailleurs à sanctionner d'éventuelles irrégularités en empêchant la promulgation d'une loi et en abrogeant une loi déjà en vigueur, le Conseil constitutionnel constitue clairement une cour souveraine. À l'instar de la Cour de cassation et du Conseil d'État, il n'est pas exclusivement une juridiction mais présente un caractère dual, partagé entre d'une part une instrumentalisation au profit de l'exécutif visant à empêcher les empiétements du pouvoir législatif et d'autre part un processus d'autonomisation tendant à accentuer son caractère juridictionnel et indépendant ainsi que son rôle politique. Jusqu'à l'avènement de l'État de droit en France et de son corollaire contentieux qu'est la justice constitutionnelle, les cours souveraines étaient les deux juridictions au sommet des ordres judiciaire et administratif, Cour de cassation et Conseil d'État, et la juridiction chargée d'arbitrer les conflits de compétences entre eux était le Tribunal des conflits. Ces cours souveraines sont issues du légalisme du XIXe siècle et leur dualité en fait des organes quasi-législatifs. Le développement du constitutionnalisme a rendu nécessaire une certaine « garantie juridictionnelle de la Constitution »³⁵¹ et a justifié la création en Europe de diverses cours constitutionnelles. La création du Conseil constitutionnel en 1958 s'est inscrite dans cette tradition française des cours souveraines, s'adaptant au développement de l'État de droit et établissant un organe spécialisé pour garantir la normativité de la Constitution.

2) Des contentieux de nature essentiellement abstraite

129. Evidence pour le Conseil constitutionnel. Un contentieux abstrait est un contentieux dans lequel le juge ne connaît pas de la situation factuelle litigieuse mais se contente de se prononcer, dans l'abstrait, sur le rapport de conformité des normes inférieures vis-à-vis des normes supérieures. La cassation donne lieu à un contrôle abstrait, qui se prononce uniquement sur la légalité du jugement d'appel et ne connaît pas, sauf exception, du fond de l'affaire. En ce sens, la nature du contentieux devant la Cour de cassation est fondamentalement abstraite, dans la mesure où sa fonction première, et quasi-exclusive, est d'être juge de cassation de l'ordre judiciaire. Ce constat ne se vérifie pas aussi clairement devant le Conseil d'État, qui n'intervient pas exclusivement en cassation, et ne se vérifie pas du tout devant le Conseil

³⁵¹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, p. 197.

constitutionnel qui, détaché des ordres juridictionnels, n'intervient jamais en tant que juge de cassation de décisions de juges du fond. Pour autant, ces deux cours souveraines interviennent également dans le cadre de contentieux de nature fondamentalement abstraite. La question est, pour le Conseil constitutionnel, évidente : n'ayant à connaître que de la validité des normes législatives à l'égard de la constitution, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* qui constituent l'essentiel de son office contentieux, celui-ci exerce un contrôle exclusivement abstrait.

130. Nuances nécessaires pour le Conseil d'État. Le constat d'un contentieux essentiellement abstrait est nettement moins évident pour le Conseil d'État. Il suffit de songer, par exemple, aux réclamations du sieur Cadot à l'encontre du maire et du conseil municipal de Marseille³⁵², à la blessure de chantier du sieur Cames³⁵³, aux déboires de Mme Lemonnier blessée par balles³⁵⁴, aux conférences du sieur René Benjamin à Nevers³⁵⁵ ou encore au feu d'artifice de Saint-Priest-la-Plaine³⁵⁶, pour se convaincre que le contexte factuel n'est pas étranger au Palais Royal et à l'office précédentiel du Conseil d'État. Longtemps juge de droit commun de l'administration, le Conseil d'État intervient, à la fin du XIX^e siècle, en premier ressort, sur des litiges opposant les particuliers à l'administration. Il peut également connaître, en appel, des affaires portées devant les conseils de préfecture, ce qui, une fois encore, implique qu'il juge au fond. Il reste néanmoins que son office s'est progressivement tourné vers un contentieux abstrait, pour deux raisons principales : la création des cours administratives d'appel en 1987 ont renforcé son rôle de juge de cassation de l'ordre administratif ; ses compétences de premier ressort concernent généralement la légalité de décrets, arrêts ministériels ou autres actes administratifs généraux et se veut, pour l'essentiel, un contrôle abstrait de la légalité objective de ces actes en excès de pouvoir.

³⁵² CE, 13 décembre 1889, *Cadot, Rec.*, p. 1148, concl. Jagerschmidt ; *D.* 1891.3.41, concl. ; *S.* 1892.3.17, note Hauriou ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 21^e éd., 2017 (*GAJA* ci-après), n° 5.

³⁵³ CE, 21 juin 1895, *Cames, Rec.*, p. 509, concl. Romieu ; *D.* 1896.3.65, concl. ; *S.* 1897.3.33, concl., note Hauriou, *GAJA* n° 6.

³⁵⁴ CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier, Rec.*, p. 761, concl. Blum ; *D.* 1918.3.9, concl. ; *RDJ* 1919, p. 41, concl., note Jèze ; *S.* 1918-19.3.41, concl., note Hauriou ; *GAJA* n° 31.

³⁵⁵ CE, 19 mai 1933, *Benjamin, Rec.*, p. 541 ; *S.* 1934.3.1, concl. Michel, note Mestre ; *D.* 1933.3.354, concl., *GAJA* n° 43.

³⁵⁶ CE, ass., 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine, Rec.*, p. 279 ; *D.* 1947.375, note Blaevoet ; *S.* 1947.3.105, *GAJA* n° 54.

L'office précédentiel du Conseil constitutionnel réside essentiellement dans le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité exercé ainsi que dans la grande généralité des normes qu'il a pour fonction d'appliquer et d'interpréter. En ce sens, il se rapproche de la Cour de cassation, son office précédentiel étant globalement conditionné par la nature abstraite de son contentieux. Cela n'est pas entièrement le cas pour le Conseil d'État, dont l'office précédentiel est dû, en partie, à son rôle dans la construction même du droit administratif.

B – Éléments de spécificité du Conseil d'État : la construction prétorienne du droit administratif

131. L'origine jurisprudentielle du droit administratif. Le droit administratif est généralement présenté comme un droit essentiellement jurisprudentiel ou prétorien³⁵⁷. Ce constat est particulièrement vérifié dans les origines du droit administratif. Comme le rappelle G. Vedel en 1954, « (d)ire le droit c'est, pour le juge administratif surtout, en grande partie le créer »³⁵⁸. Ainsi, « (l)es principes fondamentaux, qui nous livrent à la fois le droit administratif commun et sa signification générale, sont d'origine jurisprudentielle »³⁵⁹. Par l'arrêt *Blanco* en 1873³⁶⁰, le Tribunal des conflits juge que « la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ». L'affirmation de l'existence d'un régime spécifique applicable aux personnes publiques et à leurs agents a parachevé le processus d'autonomisation du droit

³⁵⁷ Sur cette question, v. not. : G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979-1980, n° 31, p. 31 ; D. LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA* 1980, p. 632 ; S. RIALS, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA* 1981, p. 115 ; D. LINOTTE et S. RIALS, « Conclusion d'une controverse », *AJDA* 1981, p. 202 ; F. MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA* 2005, p. 637 ; P. GONOD, O. JOUANJAN, « À propos des sources du droit administratif. Brèves notations sur de récentes remarques », *AJDA* 2005, p. 992 ; M. DEGUERGUE, « La jurisprudence et le droit administratif : une question de point de vue », *ADJA* 2005, p. 1313.

³⁵⁸ G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE* 1954, p. 21.

³⁵⁹ G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *op. cit.*, p. 31.

³⁶⁰ TC, 8 février 1873, *Blanco*, *Rec.* 1^{er} supplt, p. 61, concl. David : *D.* 1873.3.153, concl. ; *GAJA* n° 1.

administratif vis-à-vis du droit civil, amorcé depuis le milieu du XIXe siècle³⁶¹. À partir de l'arrêt Blanco, c'est un véritable processus d'« assimilation du droit administratif à la jurisprudence du Conseil d'État »³⁶² qui est à l'œuvre et qui se développe en premier lieu dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle. P. Wachsmann relève sur ce point que, à partir de l'arrêt Blanco, « (l)e juge administratif peut (...) élaborer, dans les limites de sa compétence, le droit qui régira la responsabilité des collectivités publiques, en s'inspirant des principes et des règles du Code civil dans la mesure qu'il juge appropriée au cas particulier de l'administration »³⁶³. Par la suite, ce processus de création s'est étendu à l'ensemble des grands « thèmes » du droit administratif, de sorte que « la plupart des théories majeures de la matière procèdent d'une création prétorienne »³⁶⁴. Comme le souligne F. Melleray, « c'est grâce à la jurisprudence que le droit administratif parvient à surmonter le complexe, qui apparaît très nettement à la lecture de la doctrine antérieure à Laferrière, tiré de l'absence de code couvrant les grandes questions de la matière »³⁶⁵.

132. Evolutions. Un tel constat ne signifie pas que, « dans ces matières, le droit législatif soit un désert », et s'il existe parfois de nombreux textes applicables, dès la fin du XIXe siècle, à la matière administrative, « il n'en demeure pas moins que ceux-ci règlent des cas particuliers, cependant que les règles applicables à la généralité des situations de responsabilité se trouvent dans la jurisprudence. La jurisprudence fournit le droit commun et la législation le droit d'exception »³⁶⁶. Ce constat, dressé par le Doyen Vedel au début des années 1980, est accompagné du souhait de voir le droit administratif devenir plus écrit, dans un souci de lisibilité et d'accessibilité à « l'homme de la rue »³⁶⁷. Depuis la fin du XXe et le début du XXIe siècle, le droit administratif, conformément à ce souhait, est devenu de plus en plus un droit écrit, passant par diverses ordonnances de codification de pans entiers de la matière, l'objectif

³⁶¹ Sur ce sujet, v. spéc. : G. BIGOT, « L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif », in. F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Collections de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2004, p. 25 ; « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA* 2000, p. 527.

³⁶² J.-L. MESTRE, « L'histoire du droit administratif », in. P. GONOD, F. MELLERAY, Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif, tome 1*, Paris, Dalloz, 2011, p. 43.

³⁶³ P. WACHSMANN, « La jurisprudence administrative », in. *Traité de droit administratif, tome 1, op. cit.*, p. 571.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 574.

³⁶⁵ F. MELLERAY, « Le tournant contentieux du droit administratif », in. F. MELLERAY, Ch. JAMIN, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Paris, Dalloz, 2018, p. 6.

³⁶⁶ G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *op. cit.*, p. 31.

³⁶⁷ *Ibid.*

affiché étant celui de la simplification et de la clarification du droit applicable aux administrés et à l'administration³⁶⁸. Constatant ce « déclin » du caractère jurisprudentiel du droit administratif et le développement de plus en plus prégnant du droit écrit, F. Melleray a cependant établi, dès 2005, que l'objectif de simplification, dans des domaines aussi majeurs que la domanialité publique ou les contrats administratifs, n'a à l'évidence pas été rempli et que le principal résultat observable est une « complexification du droit administratif »³⁶⁹.

133. Maintien du pouvoir normatif. En tout état de cause, le développement du caractère écrit du droit administratif, d'une part ne revient pas sur le fait que le droit administratif a bien été bâti par le Conseil d'État dès la fin du XIXe siècle, et tout au long du XXe, et, d'autre part, n'altère en rien le pouvoir normatif de ce dernier à l'époque contemporaine. En effet, le développement d'un droit écrit signifie simplement l'affaiblissement des principes d'origine prétorienne et le développement du pouvoir d'interprétation de ces textes par le Conseil d'État. La légitimité du Conseil d'État à établir des précédents résulte, aujourd'hui encore, de ce pouvoir normatif très spécifique, dirigé à la fois vers les juges administratifs du fond et vers l'administration, et par lequel le Conseil d'État peut être considéré comme le principal « auteur » du droit administratif. Pour reprendre les termes de Ch. Eisenmann, l'on peut conclure que « le Conseil d'État est législateur de l'Administration, ou législateur pour l'Administration »³⁷⁰.

Les cours souveraines sont donc des institutions juridictionnelles dotées de la faculté d'établir des normes générales, des précédents. Cela exige d'identifier désormais le contenu concret de cet office précédentiel.

³⁶⁸ Sur ce sujet, v. not. : « Les perspectives de la codification (dossier) », *AJDA* 2004, p. 1849 ; P. GONOD, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652 ; N. MOLFESSIS, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004, p. 155 ; S. THERON, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *RFDA* 2004, p. 230.

³⁶⁹ F. MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *op. cit.*

³⁷⁰ Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif, tome 1*, Paris, LGDJ, 1982, p. 485, cité par P. WACHSMANN, in. « La jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 575.

SECTION 2. IDENTIFICATION DE L'OFFICE PRÉCÉDENTIEL DES COURS SOUVERAINES

L'office précédentiel des cours souveraines peut s'exercer dans le cadre de la fonction de cassation, pour la Cour de cassation principalement et pour le Conseil d'État de façon plus limitée (§ 1), mais elle se manifeste également en dehors de cette fonction (§ 2), en particulier, par définition, pour le Conseil constitutionnel. Cet office précédentiel des cours souveraines est, en outre, un office exclusif qu'elles ne partagent pas avec les juges du fond (§ 3).

§ 1 – L'exercice de l'office précédentiel dans le cadre de la fonction de cassation

Quelques rappels d'ordre général sur la technique de cassation (A) permettent de mettre en perspective l'idée selon laquelle cette dernière a joué un rôle fondamental dans le développement du système précédentiel français (B).

A – Approche générale sur la technique de cassation

134. Historique du recours en cassation. Les origines de la technique de cassation en France remontent à la fin du Moyen-Âge. Dans un contexte de justice retenue, la cassation apparaît alors « comme une prérogative royale, qui est le complément naturel de son droit de légiférer »³⁷¹. Le développement de la législation royale à partir de la fin du XVI^e siècle a rendu indispensable le développement d'un certain contrôle de l'activité des parlements devant appliquer cette législation. Le Roi ayant simplement délégué aux parlements l'activité de rendre la justice, peut à tout moment contrôler souverainement leurs décisions et les annuler si celles-ci vont à l'encontre du droit qu'il a édicté. Par l'exercice d'un tel contrôle, le Conseil du Roi s'est alors doté d'un certain nombre d'attributions judiciaires posant les prémisses d'un recours

³⁷¹ J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile, op. cit.*, p. 8.

en cassation³⁷². Ce recours devant le Conseil du Roi, ou Conseil des parties, s'est considérablement développé aux XVIIe et XVIIIe siècles, aboutissant à une cassation véritablement formalisée à la fin de l'Ancien Régime³⁷³. À l'avènement de la Révolution française, du légicentrisme et du principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi, le recours en cassation a naturellement été perçu comme une nécessité visant à assurer « l'unité de jurisprudence (...) corollaire indispensable de l'unité de législation »³⁷⁴. Confié dans un premier temps à un Tribunal de cassation placé « auprès du Corps législatif »³⁷⁵ et conservant globalement les caractéristiques de la justice retenue d'Ancien Régime, ce recours a permis d'annuler des arrêts rendus par les juges du fond qui contrevenaient à la loi. Le XIXe voit apparaître la justice déléguée, d'abord en matière judiciaire avec la pleine indépendance de la Cour de cassation à partir de 1837, puis en matière administrative avec la loi de 1872.

135. Définition générale de la cassation. L'article 604 du code de procédure civile donne une définition assez lapidaire du pourvoi en cassation devant la Cour de cassation, qui peut aisément servir de définition générale et être ainsi transposée au pourvoi devant le Conseil d'État. L'article 604 dispose en effet que « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». S'appuyant sur ce fondement normatif, J. Boré et L. Boré définissent le pourvoi en cassation comme « une voie de recours extraordinaire, qui a pour objet de faire annuler par la Cour de cassation [ou, plus largement ici, par une cour souveraine] les jugements ou arrêts en dernier ressort, rendus en violation de la règle de droit »³⁷⁶. Ainsi, le pourvoi en cassation est un recours exercé devant une cour souveraine permettant d'apprécier la régularité d'une décision juridictionnelle rendue en dernier ressort³⁷⁷. Ce recours présente un double intérêt : il est d'une part « un recours d'intérêt privé en ce qu'il constitue, pour les plaideurs, une garantie fondamentale de respect

³⁷² B. BARBICHE, « Les attributions judiciaires du Conseil du Roi », *op. cit.*

³⁷³ V. not. : X. GODIN, « La procédure de cassation au XVIIIe siècle », *Histoire, économie et société* 2010/3, p. 19 ; R. MARTINAGE-BARANGER, « Les idées sur la cassation au XVIIIe siècle », *op. cit.* ; J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, *op. cit.*, pp. 23-33.

³⁷⁴ J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, *op. cit.*, p. 4.

³⁷⁵ Art. 1^{er} de la loi du 27 novembre-1^{er} décembre 1790.

³⁷⁶ J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, *op. cit.*, p. 4 ; v. également : *id.*, « Pourvoi en cassation », in. *Répertoire de procédure civile*, Paris, Dalloz, § 1-14.

³⁷⁷ L'article L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire et l'article 605 du code de procédure civile précisent à cet égard que le pourvoi en cassation ne concerne que les « jugements rendus en dernier ressort ».

du principe constitutionnel d'égalité devant la loi »³⁷⁸ ; il est d'autre part un « recours d'intérêt public (...) puisqu'il permet au juge de cassation d'assurer l'application uniforme de la loi, telle qu'interprétée par lui, sur l'ensemble du territoire »³⁷⁹. Le but est donc à la fois de protéger les droits du justiciable et, ce qui y est lié, d'assurer la cohésion et l'unité d'application du droit au sein d'un ordre juridictionnel donné.

136. Cour de cassation et Conseil d'État, juges de cassation. L'office de cassation constitue, pour les deux cours, l'essentiel de leurs attributions et l'aspect le plus important de leur rôle au sein de l'ordre juridictionnel. S'agissant de la Cour de cassation, l'article L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire dispose que celle-ci « statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire ». La fonction de juge de cassation constitue son activité contentieuse quasi-exclusive, à laquelle viennent s'ajouter certaines attributions contentieuses annexes marginales³⁸⁰, ainsi que des fonctions administratives³⁸¹ et consultatives³⁸². Pour le Conseil d'État, l'article L. 331-1 du code de justice administrative prévoit qu'il « est seul compétent pour statuer sur les recours en cassation dirigés contre les décisions rendues en dernier ressort par toutes les juridictions administratives ». Si l'on peut dire que la Cour de cassation est presque exclusivement juge de cassation, les attributions du Conseil d'État demeurent plus variées. Il dispose d'un certain nombre de compétences de premier ressort et d'appel³⁸³. L'on peut cependant affirmer que l'office de cassation du Conseil d'État³⁸⁴ apparaît « aujourd'hui comme sa compétence normale après la création des cours administratives d'appel par la loi du 31 décembre 1987 »³⁸⁵. Pour

³⁷⁸ J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », in. *Répertoire de procédure civile*, *op. cit.*, § 4.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ Par exemple, la Cour de cassation est juge d'appel des décisions du Conseil de l'Ordre des avocats aux Conseils (art. 411-4 COJ).

³⁸¹ Publication des arrêts et avis de la Cour par le service de documentation (art. R. 433-3 COJ) ; remise d'un rapport annuel d'activité au Garde des sceaux ; nomination d'experts.

³⁸² Procédure de saisine pour avis par les juridictions du fond instituée par la loi n° 91-491 du 15 mai 1991, codifiée à l'art. L. 441-1 COJ.

³⁸³ Cf. *infra* : § 142.

³⁸⁴ Sur ce point, v. not. : J. MASSOT, O. FOUQUET, J.-H. STAHL, M. GUYOMAR, A. BRETONNEAU, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Paris, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2018 ; P. DELVOLVE, « Le Conseil d'État, Cour suprême de l'ordre administratif », *Pouvoirs* 2007, n° 123, p. 51 ; « Conseil d'État », in. *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, sp. § 329-344.

³⁸⁵ P. DELVOLVE, « Conseil d'État », *op. cit.*, § 329.

ces deux cours, l'office de cassation constitue donc l'essentiel de leurs attributions et l'on peut les considérer comme principalement juges de cassation.

Cette technique de cassation a considérablement influencé la manière de concevoir la création des précédents en France.

B – Influence de la technique de cassation sur l'office précédentiel

137. Conséquences principales de l'office de cassation. Le développement en France de la technique de cassation a véritablement forgé l'office précédentiel des cours souveraines. La technique de cassation est en effet à l'origine de la façon dont les cours souveraines créent des précédents. Certains auteurs ont même pu avancer que, « envisagée comme source, la jurisprudence tend à se réduire à la jurisprudence des juridictions suprêmes, à une jurisprudence de cassation »³⁸⁶. Cette procédure spécifique à un système de droit légicentriste et codifié aboutit, d'une part, à faire du contrôle exercé par la cour souveraine un contrôle de nature fondamentalement abstraite et, d'autre part, à faire de la cour souveraine l'interprète authentique privilégié des normes générales et abstraites de l'ordre juridictionnel dans lequel elle se trouve.

138. L'exercice d'un contrôle de nature abstraite. La technique de cassation aboutit à un contrôle juridictionnel très différent de celui exercé par les juridictions du fond. Dans le cadre des procédures au fond, les juges peuvent apprécier la matérialité des faits et leur donner une qualification juridique. Les parties quant à elles, « débattent librement en droit et en fait de la ou des questions litigieuses »³⁸⁷ et peuvent, pour ce faire, apporter de nouvelles pièces probantes en cours de procédure. L'objet du recours en cassation devant la cour souveraine est très différent dans la mesure où il s'agit d'apprécier le respect du droit par les juges du fond. Aussi peut-on dire qu'en cassation, « le procès est avant tout un procès fait à une décision »³⁸⁸. À cet égard, l'article 604 du code de procédure civile évoque clairement que la cassation vise à censurer « la non-conformité du jugement (...) aux règles de droit ». En cassation, le juge

³⁸⁶ F. ZENATI, *La jurisprudence, op. cit.*, p. 109.

³⁸⁷ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. BUK LAMENT J., *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 5.

³⁸⁸ *Ibid.*

n'apprécie pas la matérialité des faits en litige et les parties ne peuvent soulever devant lui de nouveaux moyens ni apporter de nouvelles pièces au dossier³⁸⁹. C'est en cela que l'on peut affirmer que la cassation à proprement parler « n'est pas un troisième degré de pleine juridiction »³⁹⁰. Le contrôle exercé dans le cadre de l'office de cassation est donc « abstrait » en ce sens qu'il ne s'intéresse pas au fond de l'affaire mais à la légalité objective.

139. Une interprétation authentique privilégiée et incontestable juridiquement.

L'instauration de la cassation à la Révolution répond à la nécessité d'assurer et d'imposer une interprétation uniforme de la loi sur l'ensemble du territoire. Si chaque juge du fond délivrait sa propre interprétation de la loi, il y aurait une entrave manifeste au principe fondamental d'égalité de tous les citoyens devant la loi proclamé dès 1789 à l'article 1^{er} de la DDHC. La technique de cassation conduit ainsi à établir une cour souveraine au sommet de l'ordre juridictionnel et chargée d'assurer la cohésion et l'uniformité dans l'application et l'interprétation de la loi. La cour souveraine est ainsi un « interprète authentique » de la loi dans le sens kelsenien du terme³⁹¹, l'interprétation authentique étant, dans un système donné, « celle qui s'impose, celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets »³⁹². Il convient néanmoins de rappeler ici que « authentique » ne signifie pas « exclusive » et « le fait qu'il y ait interprétation authentique n'implique donc pas qu'il y ait une seule interprétation authentique, ni que toutes les interprétations authentiques soient les mêmes »³⁹³. En ce sens, l'ensemble des juges de l'ordre juridictionnel sont des interprètes authentiques du système. Néanmoins, la spécificité de l'interprétation délivrée par la cour souveraine, en l'absence de référé législatif et d'instance au-dessus d'elle habilitée à invalider ses décisions, est qu'elle est une interprétation qui ne peut être contestée juridiquement et qui est, de ce point de vue, définitive. L'interprétation que délivre la cour souveraine s'impose définitivement dans l'ordre juridique, afin de permettre la cohésion et l'uniformité du droit.

³⁸⁹ A cet égard, l'article L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire dispose que « la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf dispositions législatives contraires ».

³⁹⁰ J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile, op. cit.*, p. 2.

³⁹¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 453 : « Si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces normes. L'interprétation est donc un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit ».

³⁹² M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *op. cit.*, p. 342.

³⁹³ X. MAGNON, *Théorie(s) du droit, op. cit.*, p. 58.

140. Conséquences de la cassation sur la création de précédents. Le développement de la technique de cassation en France à partir du XIXe siècle a un impact décisif sur la création des précédents juridictionnels par les cours souveraines. Le fait de confier à la cour souveraine pour rôle principal de se prononcer dans l'abstrait sur le respect objectif du droit et de délivrer l'interprétation authentique exclusive des normes générales et abstraites, afin de remplir son rôle de « cour régulatrice », donne une double portée au précédent qu'elle édicte. Premièrement le précédent est général et détaché, dans une certaine mesure, des circonstances factuelles. Deuxièmement, ce précédent est essentiellement prescriptif et directif : il est une prescription adressée aux juges du système sur la façon dont il convient d'appliquer le droit. De ce point de vue, la technique de cassation constitue l'élément procédural majeur expliquant l'origine du caractère législatif du précédent en France.

L'office précédentiel des cours souveraines n'est cependant pas entièrement déterminé par la cassation, ne serait-ce que parce que le Conseil constitutionnel, disposant d'un pouvoir précédentiel évident, n'intervient pas en cassation. Il faut donc désormais évoquer les cas de création de précédents en dehors de cette fonction de cassation.

§ 2 – L'exercice de l'office précédentiel en dehors de la fonction de cassation

141. Il serait excessif d'affirmer que le précédent en France est exclusivement un « précédent de cassation ». Les précédents adoptés par les cours souveraines ne le sont pas tous dans le cadre d'une procédure de cassation. Cela se constate spécifiquement pour le Conseil d'État qui, à la différence de la Cour de cassation, ne tient pas son pouvoir normatif exclusivement de son office de cassation. S'il n'y a pas identité entre création de précédent et office de cassation, l'on note toutefois une influence historique notable de la technique de cassation sur la façon de construire les précédents et sur l'office précédentiel des cours souveraines en France. En effet, l'on retrouve devant toutes les cours souveraines les mêmes éléments caractéristiques et fondateurs de l'office de cassation : contrôle de nature abstraite et interprétation authentique privilégiée voire exclusive. L'on peut ainsi identifier des précédents établis par le Conseil d'État à l'occasion de compétences de premier ressort ou d'appel ainsi qu'une préparation à la création de précédents dans le cadre des avis contentieux (A). En outre, un tel constat se vérifie d'autant plus devant le Conseil constitutionnel qui, d'une part, n'exerce aucune fonction de cassation et, d'autre part, intervient dans le cadre d'un contrôle de nature

abstraite (B). En dernier lieu, il apparaît que les avis contentieux, devant la Cour de cassation et le Conseil d'État, constituent un terrain propice à la préparation des précédents (C).

A – L'office précédentiel du Conseil d'État en dehors de sa fonction de cassation

142. Compétences de premier et dernier ressort ou d'appel. Il ne sera abordé ici que le cas du Conseil d'État, les attributions contentieuses de juge du fond confiées à la Cour de cassation étant trop marginales pour présenter un intérêt substantiel³⁹⁴. Depuis l'avènement de la justice administrative déléguée en 1872³⁹⁵ et avec l'abandon de la théorie dite du « ministre-juge »³⁹⁶ en 1889³⁹⁷, le Conseil d'État devient juge administratif de droit commun. Ce statut de juge de droit commun est par la suite confirmé par l'ordonnance du 31 juillet 1945³⁹⁸. Les différentes réformes de la justice administrative à partir de 1953 lui font progressivement perdre ce statut. Le décret du 30 septembre 1953³⁹⁹ institue les tribunaux administratifs comme juge

³⁹⁴ Parmi les rares exemples, l'on peut citer : le décret n° 74-1184 du 31 décembre 1974, qui prévoit que la Cour de cassation peut connaître des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les décisions de son propre bureau et des assemblées générales des cours d'appel relatives à l'inscription d'experts sur les diverses listes, nationales ou locales, d'experts ; le décret n° 2008-522 du 2 juin 2008, codifié à l'article R 411-4 du code de l'organisation judiciaire, qui prévoit que « la Cour de cassation connaît des recours contre les décisions prises en matière disciplinaire à l'encontre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ». À ce titre, elle est juge d'appel des décisions disciplinaires prises par le Conseil de l'Ordre des avocats aux Conseils.

³⁹⁵ Art. 9 de la loi du 24 mai 1872 : « Le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ».

³⁹⁶ F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, *op. cit.*, p. 86 : « En fonction de cette théorie, indubitablement consacrée par la jurisprudence depuis la Restauration et admise par la doctrine jusqu'aux années 1860, la décision prise par un ministre, sur la réclamation d'un particulier invoquant à son profit un droit, ou statuant spontanément sur le contenu d'un droit, est un véritable jugement. Le recours formé contre elle a, dès lors, le caractère d'un appel ».

³⁹⁷ CE, 13 déc. 1889, *Cadot*, S. 1892, 3, p. 17, note Hauriou, concl. Jagerschmidt.

³⁹⁸ Art. 32 de l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, *JO* 1^{er} août 1945, p. 4770 : « Le Conseil d'État statuant au contentieux est le juge de droit commun en matière administrative ; il statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives ; il est juge d'appel des décisions rendues par les juridictions administratives de premier ressort ; il connaît des recours en cassation dirigés contre des décisions de juridictions administratives rendues en dernier ressort ».

³⁹⁹ Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif, *JO*, 1^{er} octobre 1953, p. 8593.

administratif de droit commun et la loi du 31 décembre 1987⁴⁰⁰ institue les cours administratives d'appel comme juge d'appel de droit commun. Même si le Conseil d'État est devenu essentiellement juge de cassation, il a néanmoins conservé une compétence d'attribution non négligeable en premier et dernier ressort et en appel⁴⁰¹. Ainsi, le Conseil d'État connaît notamment en premier ressort, aux termes de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, « des recours dirigés contre les ordonnances du Président de la République et les décrets » ou encore « des recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres ainsi que contre les actes des ministres qui ne peuvent être pris qu'après avis du Conseil d'État »⁴⁰². La compétence d'appel du Conseil d'État est plus résiduelle et ne concerne plus que « les appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs rendus sur les recours sur renvoi de l'autorité judiciaire ainsi que sur les litiges relatifs aux élections municipales et cantonales »⁴⁰³. Le Conseil d'État intervient également, ce qui présente un contentieux assez substantiel, en appel des ordonnances rendues par les tribunaux administratifs dans le cadre de la procédure de référé-liberté⁴⁰⁴.

143. Elaboration de précédents en tant que juge du fond. Le fait que la cour souveraine soit amenée à statuer au fond, en premier ressort ou en appel, n'empêche pas qu'elle exerce ici aussi un office précédentiel. Ainsi, nombre de précédents célèbres élaborés par le Conseil d'État après 1953 l'ont été dans le cadre de sa compétence de premier ressort. Le fait que le juge statue au fond n'altère pas l'aspect général et abstrait du précédent adopté, cela étant en grande partie dû au fait que le contrôle exercé est essentiellement objectif puisque portant sur la légalité objective d'ordonnances, de décrets ou d'arrêtés ministériels. Ainsi par exemple dans l'arrêt *Canal*⁴⁰⁵, le Conseil d'État considère que les ordonnances adoptées par le président de la République, dans le cadre de l'habilitation de la loi du 13 avril 1962, demeurent des actes

⁴⁰⁰ Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987, *JO*, 1^{er} janvier 1988, p. 7.

⁴⁰¹ V. not. : P. GONOD, *Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 1-12 ; L. TOUVET, « Compétence du Conseil d'État – Attributions contentieuses », *JCl Administratif*, LexisNexis, Fasc. 1070.

⁴⁰² L'article R. 311-1 CJA dresse une liste de treize chefs de compétence.

⁴⁰³ Art. R. 321-1 CJA.

⁴⁰⁴ Art. L. 521-2 CJA.

⁴⁰⁵ CE, ass., 19 oct. 1962, *Canal, Robin et Godot*, n° 58502, *Rec.*, p. 552 ; *AJDA* 1962, p. 612, chr. de Laubadère ; *JCP* 1963.II.13068 ; D. LABETOUILLE, « Et si l'arrêt *Canal* avait été différent ? », in. *Le dialogue des juges, mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, p. 617 ; M. GENTOT, « L'arrêt *Canal* : le Conseil d'État affirme son indépendance », *AJDA*, 2014, p. 90 ; *GAJA*, 21^e éd., n° 76, p. 509.

administratifs pouvant ainsi faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir. Ce précédent est élaboré, par définition, non pas dans le cadre d'une fonction de cassation mais dans le cadre du contrôle des ordonnances en premier ressort. Le précédent *Sarran*⁴⁰⁶, selon lequel la suprématie conférée aux traités internationaux par l'article 55 de la Constitution « ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle », a également été adopté dans le cadre de la compétence de premier ressort du Conseil d'État, suite une demande d'annulation d'un décret délibéré en Conseil des ministres. Il en va de même pour le précédent *Arcelor*⁴⁰⁷, par lequel le Conseil fournit un modèle de raisonnement à suivre lorsqu'il est demandé au juge administratif de contrôler la constitutionnalité d'actes réglementaires venant transposer dans l'ordre interne les dispositions précises et inconditionnelles des directives de l'Union européenne. Ce précédent est également adopté dans le cadre de la compétence de premier ressort du Conseil d'État, ayant à contrôler en l'occurrence un décret de transposition.

B – L'office précédentiel du Conseil constitutionnel

144. Contentieux abstrait. Il a déjà été posé précédemment que l'office précédentiel du Conseil constitutionnel réside dans le caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité exercé, *a priori* comme *a posteriori*. Le Conseil ayant, en effet, à se prononcer sur la conformité de dispositions législatives aux normes constitutionnelles, élabore essentiellement des « précédents d'interprétation » de la norme constitutionnelle. Celle-ci étant par nature générale et indéterminée, il dispose d'une large marge d'interprétation qui rejaillit sur son office précédentiel.

145. L'office précédentiel du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel n'est pas au sommet d'un ordre juridictionnel complexe mais est une juridiction spécialisée,

⁴⁰⁶ CE, ass., 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et autres*, n° 200286, 200287, *Rec.*, p. 369 ; *RFDA* 1998, p. 1081, concl. Maugué, note Alland ; *RFDA* 1999, p. 57, note Dubouis, Mathieu et Verpeaux ; *AJDA* 1998, p. 962, chr. Raynaud et Fombeur ; *Europe* mars 1999, p. 4, note Simon ; *RDP* 1999, p. 919, note Flauss ; *D.* 2000, p. 153, note Aubin.

⁴⁰⁷ CE, ass., 8 févr. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110, *Rec.*, p. 55 ; *RFDA* 2007, p. 384, concl. Guyomar ; *RTDE* 2007, p. 378, note Cassia ; *AJDA* 2007, p. 577, chr. Lenica et Boucher ; *Dr. adm.* mai 2007, étude Gautier et Melleray ; *Europe* mars 2007, p. 5, comm. Simon ; *JCP*, 2007.II.10049, note Cassia ; *JCP A.* 2007, p. 2081, note Drago ; *LPA* 28 févr. 2007, comm. Chaltiel ; *RTD civ.* 2007, p. 80, comm. Encinas de Munagorri ; *RMCUE* 2007, p. 335, comm. Chaltiel ; *JCP A.* 2007.I.166 ; *RFDA* 2007, p. 564, 578, 601 et 789, notes Levade, Magnon, Roblot-Troizier et Canedo-Paris.

extérieure aux ordres juridictionnels judiciaire et administratif. Suivant en cela les préconisations de Kelsen d'instaurer en Europe un modèle de justice constitutionnelle centralisé dans les mains d'une cour spécifique⁴⁰⁸, les constituants de 1958 ont établi une « juridiction située en dehors de l'appareil juridictionnel ordinaire [...] et indépendante de celui-ci »⁴⁰⁹. Le Conseil constitutionnel ne peut donc pas être présenté comme une « cour suprême »⁴¹⁰ qui serait placée hiérarchiquement au-dessus du Conseil d'État et de la Cour de cassation, l'introduction de la QPC ne changeant rien à ce constat⁴¹¹. Le Conseil constitutionnel ne peut être considéré comme juge de cassation mais dispose néanmoins d'un office précédentiel très important. Au fur et à mesure du développement de la justice constitutionnelle en France, le Conseil constitutionnel a développé son pouvoir normatif et a assumé de plus en plus son office précédentiel⁴¹², en raisonnant de plus en plus explicitement à partir de ses propres précédents⁴¹³. L'entrée en vigueur de la QPC en 2010 a considérablement accéléré et favorisé ce phénomène, d'un point de vue quantitatif, l'augmentation des recours étant l'occasion pour le Conseil constitutionnel de systématiser davantage son discours⁴¹⁴, mais aussi d'un point de vue plus substantiel, par l'examen des précédents du Conseil et du caractère nouveau de la question posée par les juges du fond⁴¹⁵. Les précédents adoptés par le Conseil

⁴⁰⁸ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *op. cit.*

⁴⁰⁹ L. FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 266-267 ; v. également : L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2016, pp. 7-34.

⁴¹⁰ X. MAGNON, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une "juridiction constitutionnelle", une "cour constitutionnelle" et une "cour suprême" ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », *op. cit.* : la cour constitutionnelle ne peut être en effet considérée comme garante de « l'unité d'application du droit dans un système juridictionnel décentralisé ».

⁴¹¹ Sur cette question, v. not. : M. GUILLAUME, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *JCP G*, n° 24, 11 juin 2011, n° 722 ; D. de BECHILLON, « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *op. cit.*

⁴¹² G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *op. cit.*, p. 265.

⁴¹³ Sur cette question, v. les deux thèses suivantes : S. LEBEDEL, *Le précédent dans les décisions des cours constitutionnelles. Etude comparée des expériences française, espagnole et italienne de justice constitutionnelle*, thèse, Toulon-Var, 2012 ; C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. Rousseau, Paris, LGDJ, Institut universitaire Varenne, 2016.

⁴¹⁴ W. MASTOR, « La QPC, une occasion de systématiser le discours du juge ? », in. *Question sur la question 3 : de nouveaux équilibres institutionnels ?*, *Id* (dir.), en collaboration avec X. Magnon, P. Esplugas, S. Mouton, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2014.

⁴¹⁵ Art. 23-2 et 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958.

constitutionnel disposent d'une autorité croissante⁴¹⁶, s'expliquant par différents facteurs : développement de l'État de droit et de la garantie juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux dont le Conseil est l'un des hérauts ; développement de la normativité de la norme constitutionnelle et de son importance « sociétale » ; mouvement de juridictionnalisation du Conseil à partir de 1971 tendant à en faire une véritable « cour constitutionnelle »⁴¹⁷.

C – Les avis contentieux devant le Conseil d'État et la Cour de cassation

146. Avis contentieux. Le Conseil d'État et la Cour de cassation sont dotés, à côté de leurs attributions contentieuses, de certaines attributions consultatives. Ainsi en ce qui concerne tout d'abord le juge administratif⁴¹⁸, l'article 12 de la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 habilite les juges du fond à saisir pour avis le Conseil d'État « avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges ». L'on désigne communément ces avis par l'oxymore « avis contentieux », même s'il serait plus exact, en rigueur de termes, de parler des « avis préalables à une décision juridictionnelle »⁴¹⁹. Une procédure analogue a ensuite été instituée dans l'ordre judiciaire⁴²⁰,

⁴¹⁶ V. not. : le dossier des *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* (n° 30, 2011) consacré à *L'autorité des décisions* du Conseil constitutionnel ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010 ; X. MAGNON, « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre "autorité" et "force" de chose jugée », *RFDA*, 2013, p. 859 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « De l'autorité et de l'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel. De quelques paradoxes de l'usage du formalisme et du pragmatisme juridiques », *Politeia, Les Cahiers de l'Association française des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel*, 2003, n° 4, p. 25.

⁴¹⁷ X. MAGNON, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *op. cit.*

⁴¹⁸ R. CHAPUS, « Les aspects procéduriers », *AJDA* 1988, p. 94 ; H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État », *RFDA* 2009, p. 895 ; A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990, p. 1439 ; J. GOURDOU, « L'avis du Conseil d'État sur une question de droit », in. *Mouvement du droit public, Mélanges F. Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 189 ; F. BRENET, A. CLAEYS, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence du droit positif », *RFDA* 2002, p. 525.

⁴¹⁹ H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État », *op. cit.*

⁴²⁰ A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP* 1992. I. 3576 ; L. CADIET, « L'attribution à la Cour de cassation d'une fonction consultative », *JCP* 1992. I. 3587 ; F. ZENATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992, chron. 247 ; P. CHAUVIN, « La saisine pour avis », in. *Rapport de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1993, p. 53 ; H.-M. DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *ADJA* 2001, p. 416.

par la loi du n° 91-491 du 15 mai 1991, aujourd'hui codifiée à l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire⁴²¹.

147. Potentiel précédentiel. Visant à connaître la position de la cour souveraine sur une « question de droit nouvelle », cette procédure de saisine pour avis constitue un formidable outil de prédiction et de préparation des précédents. L'office précédentiel des cours souveraines s'y exprime tout autant, quoiqu'à un autre niveau, que dans leurs fonctions contentieuses. L'enjeu pour la cour souveraine étant de prendre position sur une règle générale de jugement sollicitée par les juges du fond, donc de faire œuvre créatrice. Certes, un avis contentieux n'est pas au sens strict un jugement et un précédent ne peut émaner que d'un jugement. Néanmoins, un précédent est aussi une norme générale élaborée par la cour souveraine et servant de modèle de décision pour les juges dans les cas ultérieurs analogues. La fonction précédentielle de l'avis contentieux revêt alors tout son intérêt : si un avis contentieux ne peut être défini comme un précédent au sens strict, il est perçu et utilisé comme tel par les juges du fond, car bien que n'étant pas élaboré à l'occasion d'une office contentieux, il contient une norme générale de jugement élaborée par la cour souveraine.

L'office précédentiel des cours souveraines, qu'il s'exerce ou non dans le cadre d'une fonction de cassation, présente cependant la caractéristique d'être exclusivement entre les mains de la cour souveraine au sein de l'ordre juridictionnel concerné.

§ 3 – Un exercice exclusif de l'office précédentiel par la cour souveraine

148. Problématique soulevée au sein d'un ordre juridictionnel décentralisé. Parler d'exercice exclusif de l'office précédentiel par la cour souveraine consiste à dire qu'elle seule peut adopter des précédents dans son champ de compétences. Évoquer l'exclusivité de cet office suppose une éventuelle concurrence, au sein d'un ordre juridictionnel donné, dans la production de précédents. Une telle situation est à exclure d'emblée en ce qui concerne le Conseil constitutionnel, qui n'est pas au sommet d'un ordre juridictionnel décentralisé qui serait constitué d'un ensemble de juges constitutionnels de première instance et d'appel. L'autorité

⁴²¹ La formulation est la même que pour le Conseil d'État : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

de ses décisions est, en outre, assurée par l'article 62 de la Constitution, qui leur confère force de chose jugée à l'encontre des « pouvoirs publics » et de « toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Si le juge ordinaire peut parfaitement interpréter la Constitution, la compétence exclusive que détient le Conseil constitutionnel dans le contrôle de la validité des lois vis-à-vis de la Constitution, et son statut d'interprète authentique privilégié de la Constitution, présupposent l'exclusivité dans la production des précédents en matière constitutionnelle. La question est plus complexe pour le Conseil d'État et la Cour de cassation qui se situent chacun au sommet d'un ordre juridictionnel décentralisé, ce qui pose la question d'une éventuelle concurrence dans la production des précédents juridictionnels avec les juges du fond.

149. Absence de précédents créés par les juges du fond. Deux caractéristiques principales des juges du fond les empêchent de disposer d'un véritable office précédentiel : ils sont principalement juges « du fait » et n'ont qu'un ressort de compétences local. Étant juges du « fait », ils sont en effet confrontés à des problèmes concrets d'application du droit à des situations particulières, de qualification juridique des faits, etc. Ils interprètent évidemment les normes applicables et peuvent disposer d'un certain pouvoir créateur, mais là n'est pas leur office premier. Leur rôle est de trancher des litiges concrets et non de produire des normes générales de jugement ou de faire évoluer le droit. Par ailleurs, la limitation de leur ressort de compétence et leur multiplicité sur le territoire peut entraîner une série de divergences, d'autant que l'on peut relever « une tendance à la reproduction, à la stabilité, à la répétition ou à la cohérence, qui aboutira à ce qu'une cour d'appel (...) suive sa propre jurisprudence locale »⁴²². La culture juridique française, fondamentalement jacobine, dispose de deux versants : le centralisme et le légicentrisme. Le premier n'admet l'autorité d'un précédent que s'il s'applique à tous les citoyens de la même façon ; le second ne conçoit le précédent que comme la formulation d'une norme générale et abstraite sur le modèle de la loi⁴²³. Pour ces deux raisons, les juges du fond ne peuvent être considérés comme producteurs de précédents.

150. Production exclusive de précédents par la cour souveraine. Conséquence d'un office précédentiel essentiellement conçu sur le mode de l'office de cassation, la cour souveraine est, au sein de l'ordre juridictionnel concerné, le seul « juge du droit ». Juridiction

⁴²² P. DEUMIER, « Jurisprudence », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, § 17 ; *id.*, « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des cours suprêmes », *RTD civ.* 2011, p. 495.

⁴²³ Cf. *supra* : §§ 93-101.

nationale unique chargée d'assurer la cohésion dans l'application et l'interprétation du droit au sein de son ordre juridictionnel, elle est seule en capacité de produire de véritables précédents contraignants. Cette position a notamment été confirmée en droit positif par le Conseil constitutionnel dans sa décision *M. Ismaël A.*⁴²⁴ du 8 avril 2011. Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel est saisi par la Cour de cassation d'une QPC dirigée contre diverses dispositions législatives du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) ainsi que l'interprétation qui en avait été faite par la Cour nationale du droit d'asile (CNDA)⁴²⁵. Ces dispositions ayant déjà été contrôlées par le Conseil, la question se posait alors de savoir si, comme le soutenaient les requérants, l'interprétation délivrée par la CNDA pouvait constituer un changement de circonstance de droit de nature à justifier un réexamen. Le Conseil constitutionnel répond par la négative, au motif que « la jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'État ; qu'il appartient à ce dernier, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours » contesté en l'espèce. Le juge constitutionnel conclut ainsi que la jurisprudence de la CNDA « ne peut être regardée comme un changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées »⁴²⁶.

151. Rôle des juges du fond dans la production des précédents. Soutenant la conception selon laquelle la cour souveraine seule peut dégager des règles générales, il serait néanmoins excessif de considérer que les juges du fond ne jouent absolument aucun rôle dans l'élaboration des précédents. Ainsi, comme le rappelle P. Deumier, « les jurisprudences naissent au premier chef des juges du fond » qui « sont directement en prise avec les réalités sociales »⁴²⁷. Confrontés au droit tel qu'il vit concrètement, les juges du fond peuvent développer une certaine « prudence », une certaine habitude de juger dans un sens particulier, dictée par les nécessités sociales, sans pour autant formaliser explicitement cette habitude dans une règle

⁴²⁴ Décision n° 2011-120 QPC, 8 avril 2011, *M. Ismaël A.* [*Recours devant la Cour nationale du droit d'asile*] ; v. également : P. DEUMIER, « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des cours suprêmes », *op. cit.*

⁴²⁵ Dès les premières décisions QPC, le Conseil constitutionnel a en effet admis « qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ». V. not : Cons. const., déc. n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mme Isabelle D.* [*Adoption au sein d'un couple non marié*], cons. 2 ; déc. n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, [*Imposition due par une société agricole*], cons. 4 ; déc. n° 2010-96 QPC, 4 février 2011, *M. Jean-Louis L.*, [*50 pas géométriques*], cons. 4.

⁴²⁶ Cons. 9.

⁴²⁷ P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, § 24.

générale de jugement. C'est précisément ici qu'interviennent les cours souveraines qui, « par leur dimension doctrinale, sont plus éloignées des faits et moins sensibles au changement social »⁴²⁸. F. Zenati précise que « c'est principalement sous la pression des juges du fond qu'elles modifient leur interprétation, ce qui crée une tension structurelle entre elles et les juridictions inférieures », de sorte que « leur rôle est de mettre en forme herméneutique (...) le produit de la prudence judiciaire et non pas de produire une prudence suprême »⁴²⁹.

152. Différence avec le caractère « diffus » du *case-law*. Cette conception « exclusiviste » de la production des précédents en France ne se retrouve pas dans la même mesure au sein des systèmes de *common law*. En *common law*, la cour suprême n'est pas la seule à dégager des précédents. Cela s'explique par deux facteurs principaux : le caractère casuistique du *common law* et la sélection des affaires par la cour suprême. Premièrement, le caractère fondamentalement casuistique du précédent dans ces systèmes fait qu'il n'y a pas, *a priori*, de distinction entre arrêt d'espèce et arrêt de principe. Tout raisonnement sur des faits d'espèce et la solution fondée sur ces faits sont susceptibles de produire un précédent⁴³⁰. Il n'y a donc pas d'office précédentiel spécifique à la cour suprême lié à un office dont les juges inférieurs seraient dépourvus, à l'instar de la cassation en France. Il n'existe pas de procédure analogue à la procédure française de cassation, qui instituerait une cour au sommet de l'édifice juridictionnel pour ne se prononcer que sur le respect du droit par les juges du fond. Aussi l'office précédentiel est-il diffus dans l'ensemble du système juridictionnel et les cours des degrés inférieurs, notamment la *Court of Appeal* au Royaume-Uni⁴³¹ ou les différentes *Court of*

⁴²⁸ F. ZENATI, « La nature de la Cour de cassation », *BICC* 15 avril 2003, n° 575

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ Sur ce point, v. A. L. GOODHART, « Determining the Ratio Decidendi of a Case », *op. cit.*

⁴³¹ M. ZANDER, *The Law Making Process*, *op. cit.*, pp. 225-254. L'auteur aborde la question du caractère contraignant du précédent devant la civil division et la criminal division de la Court of Appeal, ainsi que devant les divisional courts et trial courts. Il y est notamment évoqué, s'agissant de la Court of Appeal, Civil division, la célèbre affaire *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd* de 1944, dans laquelle la Cour d'appel avait décidé qu'elle était liée par ses propres précédents, à l'instar de la Chambre des Lords depuis 1898. Sur cette décision, v. not. : R. N. GOODERSON, « The rule in *Young v. Bristol Aeroplane Co., Ltd.* », 10 *Cambridge Law Journal* (1950), p. 432. Même si, à l'instar de la House of Lords en 1966 dans son *Practice Statement*, la *Court of Appeal* a assoupli sa position par la suite, ce précédent révèle bien l'office précédentiel majeur dont elle dispose ; v. également : G. W. PATON, G. SAWER, « Ratio Decidendi and Obiter Dictum in Appellate Courts », 63 *Law Quarterly Review*, 1947, p. 461 ; G. F. PETER MASON, « *Stare Decisis* in the Court of Appeal », 19 *Modern Law Review* (1956), p. 136.

Appeal fédérales états-uniennes⁴³², sont à l'origine de nombreux précédents, qui s'imposent aux juges inférieurs tant que la cour suprême n'en a pas jugé autrement. Deuxièmement, les cours suprêmes ont la faculté de choisir les affaires qu'elles vont trancher et jugent de ce fait un nombre assez restreint d'affaires. Cela se traduit par la procédure de *permission to appeal* devant la Cour suprême du Royaume-Uni⁴³³ ou par le *writ of certiorari* devant la Cour suprême des États-Unis⁴³⁴. En cela, elles ne renvoient pas, comme les cours souveraines françaises, à un modèle de « cour régulatrice du droit »⁴³⁵ devant connaître de tous les pourvois dans l'intérêt objectif du respect du droit. La cour suprême de *common law* se saisit des affaires qu'elle juge importantes et sur lesquelles elle souhaite se prononcer pour trancher un point de droit non encore traité ou pour prendre position sur un débat sociétal. Cet office précédentiel plus rare de la Cour suprême laisse donc logiquement une plus grande part à celui des juges des cours inférieures. Il ne faut toutefois pas assimiler ce caractère « diffus » dans la production des précédents avec une absence de hiérarchisation dans l'importance des précédents. Ainsi comme le rappelle N. Duxbury, « plus une cour est élevée hiérarchiquement, plus le précédent est fort »⁴³⁶, de sorte que ce sont toujours les précédents de la cour suprême qui s'imposent en définitive, même en l'absence de monopole comme on le retrouve avec les cours souveraines en France.

⁴³² M. KELMAN, « The Force of Precedents in the Lower Courts », 14 *Wayne Law Review* (1967), p. 3 ; D. C. BRATZ, « *Stare Decisis* in Lower Courts : Predicting the Demise of Supreme Court Precedent », 60 *Washington Law Review* (1984), p. 87.

⁴³³ A. DUFFY-MEUNIER, « La régulation du contentieux devant la Cour suprême du Royaume-Uni », in. *La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes, Rapport du Club des juristes*, (https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/10/CDJ_Rapports-2014_Cours-supr%C3%A0mes_Oct.2014_Web.pdf), p. 136.

⁴³⁴ V. not. : E. ZOLLER, « La Cour suprême des États-Unis d'Amérique : Présentation », *NCCC* 1998, n° 5, p. 34 ; « Avantages et inconvénients du système américain de *writ of certiorari* », *RUDH* 2002, 7-8, p. 278 ; « La sélection des recours devant la Cour suprême des États-Unis », in. *La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes, Rapport du Club des juristes, op. cit.*, p. 64 ; E. N. GRISWOLD, « La Cour suprême des États-Unis », *RIDC* 1978, n° spéc. 30-1, p. 97, sp. pp. 101-103.

⁴³⁵ J. BORE, L. BORE, v° « Cour de cassation », in. *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, § 1.

⁴³⁶ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent, op. cit.*, p. 62 : « Generally speaking, the higher the court the stronger the precedent ».

CONCLUSION DU CHAPITRE II

153. L'ordre juridique français post-révolutionnaire a ainsi accouché d'un modèle spécifique d'organe juridictionnel, la cour souveraine. Cette cour souveraine est la seule à disposer de la faculté de produire des précédents au sens strict. En raison de sa genèse non-juridictionnelle et de la nature abstraite de son office, ainsi que de son rôle de « cour régulatrice » visant à assurer l'application uniforme du droit au sein de l'ordre juridictionnel qu'elle domine, la cour souveraine produit des normes générales et abstraites de nature législative.

CONCLUSION DU TITRE I

154. Le précédent dispose, autant d'un point de vue formel qu'organique, d'une nature éminemment législative. Comme la loi est une norme générale et abstraite formulée explicitement par un organe souverain spécifiquement habilité pour cela, le Parlement, de même le précédent est une norme générale et abstraite formulée explicitement par une cour souveraine. Le légicentrisme a non seulement produit une essence spécifiquement législative du précédent, mais a également donné naissance à un mode original de motivation et de rédaction des décisions de justice, qui constitue le lieu concret d'édition du précédent en France.

TITRE II

LA MOTIVATION, LIEU D'EXPRESSION DE LA NORMATIVITE DU PRECEDENT

155. Le précédent correspond à la justification que le juge donne à l'appui d'une solution, et qui fournit, pour la résolution des cas ultérieurs analogues, un modèle de décision et un outil de justification. Le précédent est donc concrètement identifiable dans la justification que le juge décide de faire apparaître en tant que fondement juridique de sa solution. C'est ainsi le choix d'une certaine justification par la cour souveraine, ayant vocation à être reprise ultérieurement, qui est normatif.

156. La motivation est donc le lieu privilégié d'expression de la normativité du précédent. Dans le cas français, cette motivation s'exprime cependant à deux niveaux. Premièrement, on la retrouve dans les motifs du jugement, qui, selon la tradition française de motivation, est une motivation laconique et concise (**Chapitre 1**). Cet aspect de la motivation à la française, elliptique et parfois insuffisante, aboutit à une situation problématique : puisque la normativité du précédent réside dans sa justification et que la justification est limitée par la concision traditionnelle des motifs, celle-ci se retrouve dans des sources annexes au jugement. Aussi a-t-on pu relever une tendance au développement et à l'explicitation du précédent adopté dans des commentaires institutionnels, communiqués de presse, rapports publics, etc. La motivation du juge, et donc la normativité même du précédent, se redéploient ainsi nécessairement à l'extérieur de la décision (**Chapitre 2**).

CHAPITRE I : L'IDENTIFICATION DU PRECEDENT DANS LES MOTIFS DU JUGEMENT

157. Les motifs : une justification normative. Le précédent, norme générale issue du jugement, réside dans les motifs de ce jugement. Les motifs constituent la justification de la décision prise par le juge et l'on soutiendra ici, avec N. MacCormick, que c'est précisément « en tant que raisonnement justificatif que les motifs sont normatifs »⁴³⁷. Préciser que toute motivation est une justification ne signifie toutefois pas que les *motifs* présentés dans la décision puissent être assimilés à l'ensemble des *mobiles* ayant présidé à la solution. Lorsqu'un juge doit prendre une décision, un nombre incalculable d'*éléments factuels* entrent en jeu, d'ordre juridique, psychologique, sociologique, politique, naturel, etc. Par-delà l'ensemble de ces mobiles, les motifs constituent le raisonnement que le juge décide de faire apparaître dans le jugement, afin de fonder et de justifier sa solution. Les motifs sont donc le produit d'un choix, donc d'un acte de volonté du juge et c'est en ce sens qu'ils constituent un *élément normatif*.

158. La motivation, « substance du droit » précédentiel. Si le précédent est identifiable dans les motifs, et que ces motifs, par leur fonction justificative, sont normatifs, il en résulte un lien très étroit entre motivation et développement d'un système précédentiel. Une évolution significative de la conception de la motivation marque l'époque contemporaine. D'un droit « d'autorité », l'on passe progressivement à un droit « de raison ». Le commandement strict et lapidaire ne suffit plus et l'État de droit exige transparence et justifications, non seulement à l'égard du juge mais aussi de l'administration et du législateur. Cette évolution se traduit, quoique de façon encore timide, par le développement de la motivation des cours souveraines en France. Longtemps dominée par l'*imperatoria brevitatis*, leur motivation tend à devenir plus pédagogique, plus discursive et, en définitive, plus normative. Comme le relevaient A. Touffait et A. Tunc dès 1974, « la motivation explicite (...) c'est l'autorité qui ne résulte plus de l'emploi d'une langue ésotérique et d'un refus de toute discussion, mais qui s'appuie sur la force d'idées, de sentiments, sur la vie elle-même »⁴³⁸. Par l'évolution de la motivation, l'on

⁴³⁷ N. MACCORMICK, « Why Cases Have Rationes and What These Are ? », in L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, *op. cit.*, p. 155.

⁴³⁸ A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487.

redécouvrir ainsi « la substance du droit »⁴³⁹ élaboré par les cours souveraines, et l'on se dirige vers un système précédentiel de plus en plus affirmé.

159. Plan. Le précédent, dans sa forme moderne, apparaît en même temps que la motivation substantielle des jugements. Il existe à cet égard, que ce soit en France ou dans les systèmes de *common law*, un lien historique très clair entre développement de la motivation des jugements et apparition d'un système précédentiel (**Section 1**). Une fois ce lien établi, il reste toutefois à déterminer sous quelle forme précisément la motivation du juge fait apparaître le précédent. La particularité française sur ce point réside dans la formulation du précédent dans des « motifs de principe » (**Section 2**).

⁴³⁹ W. MASTOR, *La substance du droit : plaider pour une nouvelle motivation des décisions de justice*, Paris, Dalloz, à paraître.

SECTION 1. L'APPARITION HISTORIQUE DU PRECEDENT AVEC LA MOTIVATION DES JUGEMENTS

160. Un système précédentiel ne peut se développer qu'en présence d'une certaine motivation des décisions de justice. Même si l'on peut, de façon ponctuelle, identifier des précédents dans des jugements dépourvus de motifs, il existe cependant un lien historique et causal entre développement de la motivation et apparition d'un système fondé sur les précédents (§ 1). Dans cette perspective, le fondement du précédent « à la française » découle de l'obligation de motiver les décisions de justice établie à la Révolution (§ 2).

§ 1 – Lien entre développement de la motivation des jugements et système précédentiel

161. Le lien, historique et causal, entre l'existence d'une motivation substantielle des jugements et le développement d'un système précédentiel apparaît de façon assez claire en Angleterre, de l'époque médiévale jusqu'au XIXe siècle (A). Cette évolution relativement linéaire ayant abouti à l'apparition de la doctrine du *stare decisis* britannique ne se retrouve pas dans la France d'avant la Révolution, où la motivation des décisions de justice, existant au XIIIe siècle, fut ensuite totalement abandonnée (B).

A – Développement de la motivation et doctrine du précédent obligatoire : le cas de l'Angleterre

162. T. Ellis-Lewis commence son incontournable « Histoire du précédent judiciaire » par ce constat : « L'histoire de la doctrine du précédent judiciaire est intimement liée à l'histoire du répertoire des jugements »⁴⁴⁰. La pratique consistant à raisonner et à s'appuyer sur des précédents, puis le développement plus tardif d'une théorie du précédent contraignant, ont en

⁴⁴⁰ T. ELLIS-LEWIS, « The History of Judicial Precedent », *op. cit.*, p. 207 : « The history of the doctrine of judicial precedent is intimately bound up with the history of law reporting ».

effet suivi l'évolution des techniques de répertoriage d'arrêts⁴⁴¹, permettant d'identifier de façon plus ou moins précise la justification du juge pour parvenir à la solution, c'est-à-dire sa motivation. Ainsi aux origines du *common law*, les recueils sont très sommaires et ne permettent pas d'identifier une quelconque motivation substantielle (1). Ce n'est que très tardivement, au XIXe siècle, que l'on voit apparaître une motivation fournie des jugements, accompagnant logiquement un renforcement du caractère contraignant des précédents (2).

1) Une longue absence de motivation substantielle

163. Les Records. De la conquête normande au XIe siècle jusqu'au XVIe siècle, l'on ne saurait identifier, dans le *common law* anglais en formation, de véritable motivation substantielle des décisions de justice. Les différents cas jugés par les juges itinérants de la Cour du Roi sont à l'origine consignés dans ce que l'on appelle des *records*⁴⁴², des recueils ou « archives »⁴⁴³. L'on en trouve la trace dès la période normande, H. Lévy-Ullmann rappelant d'ailleurs que « le soin pris par les premiers rois normands de dresser procès-verbal authentique de tous les actes passés au nom de la Couronne devint une tradition jalousement entretenue pendant plus de huit cents ans »⁴⁴⁴. Le contenu des records, très sommaire, contient un certain nombre d'indications formelles, à savoir principalement les noms et prétentions des parties, la date du procès, le verdict du jury après délibération et la solution rendue par la cour. Leur fonction est purement procédurale, l'objectif étant « de conserver au greffe de la Cour un procès-verbal suffisamment exact et détaillé de la procédure et de son aboutissement pour assurer l'autorité de la chose jugée et la perception des droits fiscaux engendrés par le procès »⁴⁴⁵. De ces éléments formels ne peuvent à l'évidence pas être extraits un dispositif et une motivation qui viendrait à son soutien.

164. Les Year Books. Une autre catégorie d'archives apparaît dans l'Angleterre médiévale, que l'on qualifie de *reports*. La première mention de la distinction entre *records* et

⁴⁴¹ Nous traduirons ici le terme anglais « reporting » par « répertoriage » et « reports » par « répertoires de jurisprudence », terme communément employé en France.

⁴⁴² Voir not. : H. LEVY-ULLMAN, *Le système juridique de l'Angleterre, op. cit.*, pp. 175-183.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 176.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 177.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 179.

reports se trouve dans les *Commentaries* de Sir William Blackstone⁴⁴⁶. Ces *reports* sont également appelés, pour la période médiévale⁴⁴⁷, des *Year Books* ou annuaires⁴⁴⁸. La « période des *Year Books* », dans l'histoire de la documentation judiciaire anglaise, s'étend de la fin du XIII^e siècle à 1535, date à laquelle s'ouvre l'ère des *Reports* de Plowden et Coke, de nature substantiellement différente et qui annoncent les *reports* modernes⁴⁴⁹. Les *Year Books* constituent une série de notes et de remarques sur un cas particulier, établies par des juristes de la cour pour leur propre usage. Holdsworth rappelle à ce sujet que les *Year Books* sont « écrits par des juristes pour des juristes »⁴⁵⁰. À la différence des recueils d'arrêt (*records*), les notes contenues dans les *Year Books* rapportent les faits pertinents de l'espèce et dans une certaine mesure, et jusqu'à un certain degré de précision et de fidélité⁴⁵¹, le raisonnement de la cour pour parvenir à sa solution. Il existe alors une certaine tendance, identifiable dans les *Year Books*, consistant à exposer le raisonnement du juge et à faire référence à des précédents.

165. Absence de théorie du précédent durant la période des *Year Books*. En dépit des références aux précédents, il convient néanmoins de rappeler que la théorie moderne du « précédent judiciaire est une théorie postérieure aux *Year Books* »⁴⁵² et l'on ne saurait parler à cette époque de précédent obligatoire et de règle du *stare decisis* clairement identifiables. Ellis-Lewis rappelle plusieurs facteurs présidant à ce constat : caractère oral des plaidoiries et transcriptions peu fidèles des débats, « rendant impossible la distinction entre *dicta* et *ratio*

⁴⁴⁶ S. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, London, John Murray, 1874, vol. I, p. 71, cité par H. Lévy-Ullmann in. *Le système juridique de l'Angleterre*, *op. cit.*, p. 175.

⁴⁴⁷ Les *Year-Books* sont les reports de l'époque médiévale. Il est toutefois important de ne pas confondre les deux notions, les *reports* modernes n'ayant plus rien à voir avec ce qu'étaient les *Year-Book* médiévaux.

⁴⁴⁸ Sur les *Year-Books*, de très nombreuses études historiques substantielles ont été menées. Nous nous bornerons à citer les principales, sur lesquelles nous nous sommes appuyé : T. ELLIS-LEWIS, « The History of Judicial Precedent », *op. cit.*, sp. pp. 215-224 ; *id.* « The History of Judicial Precedent II », 46 *Law Quarterly Review*, (1930) pp. 341-360 ; S. W. HOLDSWORTH, « The Year Books », 22 *Law Quarterly Review* (1906), pp. 266-284 et pp. 360-382.

⁴⁴⁹ T. ELLIS-LEWIS, « The History of Judicial Precedent IV », 48 *Law Quarterly Review* (1932), pp. 230-247 : cette quatrième partie de l'histoire de Ellis-Lewis est exclusivement consacrée à la période 1535-1765 et traite de façon très développée de l'impact des *Reports* de Plowden et Coke dans l'évolution de la doctrine du précédent.

⁴⁵⁰ S. W. HOLDSWORTH, « The Year Books », *op. cit.*, p. 266 : « The Year Books are the Law Reports of the Middle Ages, written by lawyers for lawyers ».

⁴⁵¹ T. ELLIS-LEWIS, « The History of Judicial Precedent », *op. cit.*, p. 217 : l'auteur précise que le caractère essentiellement oral et basé sur l'évocation des souvenirs des juges a « permis un certain nombre de libertés, de modifications, d'omissions ou de changements des arguments soulevés devant la Cour » (« The writing up of the notes from memory permitted of a liberal extension, omission or change in the arguments as used in Court »).

⁴⁵² *Ibid.*, p. 216.

decidendi »⁴⁵³ ; absence de solution systématiquement identifiable ; pouvoir discrétionnaire très important des juges à l'époque, ne concevant pas d'être liés par un précédent, etc. C'est le passage progressif de plaidoiries exclusivement orales à des plaidoiries de plus en plus souvent écrites au XVIe siècle qui a permis l'identification d'une certaine motivation substantielle et d'un raisonnement du juge et, partant, de précédents. Il apparaît en outre que le contenu des *Year Books* est essentiellement destiné aux étudiants et aux praticiens et, comme le relève J. Hanna, « durant la période des Year Books, les cas sont utilisés comme des preuves de la tradition judiciaire mais pas comme précédents »⁴⁵⁴. Ainsi, il ressort essentiellement de ces archives une tendance à relater certains éléments de la pratique judiciaire davantage qu'une véritable motivation permettant d'identifier clairement un précédent. La motivation des jugements telle qu'on la conçoit aujourd'hui n'apparaît qu'au XIXe siècle.

2) *Apparition d'une motivation substantielle véritablement identifiable au milieu du XIXe siècle*

166. Importance du tournant formaliste. Le XIXe siècle constitue un tournant essentiel dans le *common law* britannique, et ce à plusieurs niveaux étroitement imbriqués : tournant positiviste en théorie du droit sous l'influence de Bentham et Austin⁴⁵⁵ ; changement dans la compréhension de la théorie du précédent judiciaire⁴⁵⁶ ; modifications en profondeur du système judiciaire en 1832 puis surtout en 1873-1875 avec les *Judicature Acts*. Il se manifeste ainsi un passage de la théorie déclaratoire du précédent, considérant que le juge ne fait que découvrir et déclarer un droit déjà donné, à la théorie du *judge-made law*, estimant que c'est le juge qui fait véritablement œuvre créatrice en étant à l'origine des précédents. Le tournant positiviste en Angleterre entraîne ainsi un durcissement de la règle du précédent et une approche véritablement formaliste de l'objet « précédent ».

⁴⁵³ T. ELLIS-LEWIS, « The History of Judicial Precedent II », *op. cit.*, p. 354.

⁴⁵⁴ J. HANNA, « The Role of Precedent in Judicial Decision », 2 *Villanova Law Review* (1957), p. 374.

⁴⁵⁵ V. not. : N. DUXBURY, « English Jurisprudence Between Austin and Hart », 91 *Virginia Law Review* (2005), p. 1, sp. pp. 6-22 ; E. G. NALBANDIAN, « Early Legal Positivism : Bentham and Austin », 2 *Mizan Law Review* (2008), p. 147.

⁴⁵⁶ J. EVANS, « Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century », in L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 35.

167. Reproduction intégrale des motifs et *ratio decidendi*. Dès lors que l'on conçoit le précédent comme une règle de commandement établie par le juge, s'imposant à lui-même et aux juges inférieurs⁴⁵⁷, il devient indispensable d'identifier clairement cette règle. Dans ce contexte, les avancées techniques du XIXe siècle ont joué un rôle fondamental. N. Duxbury rappelle que l'évolution dans la reproduction des décisions au XIXe siècle n'est pas seulement due aux changements de conception chez les juristes mais aussi en grande partie au « développement du système de sténographie Pitman dans les années 1830 qui a rendu possible une reproduction plus ou moins mot à mot des opinions des juges »⁴⁵⁸. Fort logiquement, l'existence d'un contenu plus dense et la reproduction fidèle des arguments avancés par les juges pour parvenir à leur solution a profondément transformé l'appréhension du précédent. Il devient possible, à partir de ce moment-là, de raisonner sur le type de faits considérés comme déterminants par le juge, les arguments développés et les analogies à établir avec le cas présent. Concomitamment à l'avènement d'une motivation substantielle est donc apparue la distinction classiquement admise aujourd'hui entre *ratio decidendi* et *obiter dictum*⁴⁵⁹. Il est en effet bien plus aisé d'établir que tel ou tel motif vient davantage qu'un autre au soutien de la décision si l'ensemble des motifs, des débats et des arguments sont retranscrits.

B – La motivation des décisions de justice dans la France médiévale et d'Ancien Régime

168. Prémisses d'une motivation des jugements au XIIIe siècle. Dans son « Histoire du jugement motivé »⁴⁶⁰, T. Sauvel rappelle que l'on trouve des traces d'une certaine forme de motivation des décisions de justice en France dès le XIIIe siècle, à la fois par le biais des rôles (*rotuli*) contenant le procès-verbal d'une sentence rendue, mais aussi dans « de simples cahiers réunis en registres », contenant de façon plus informelle « non des extraits textuels mais

⁴⁵⁷ C'est la solution tirée du précédent de la Chambre de Lords, *London Tramways v. London County Council*, [1898] AC 375 ; v. également : PUGSLEY D., « London Tramways », 17 *Journal of Legal History* (1996), p. 172 ; La Chambre des Lords, qui se considérait liée par ses propres précédents, est revenue sur cette solution avec la *Practice Statement* de 1966 (1 *W.L.R.*, p. 1234).

⁴⁵⁸ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁵⁹ Cf. *infra* : §§ 199-204.

⁴⁶⁰ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *RDP* 1955, p. 5.

des notices, rédigées à leur guise par les greffiers »⁴⁶¹. Il est intéressant de relever qu'à la fin du XIII^e siècle, « le texte même des arrêts est transcrit sur ces registres, et ceux-ci peu à peu sont tenus, au même titre que les rôles, pour des pièces officielles »⁴⁶². Ces notices ne contiennent alors pas une simple transcription des prétentions des parties et de l'énoncé strict de la solution comme les *records* anglais, mais présentent le « *quia* explicatif »⁴⁶³, la raison qui a poussé la juridiction à trancher le litige dans tel sens.

169. Impossibilité d'en inférer des précédents. Les motifs tels que développés à cette époque sont cependant très éloignés des motifs modernes et ne correspondent absolument pas à notre conception actuelle de la motivation. Premièrement, il apparaît que le report de ces motifs dans les registres a « avant tout servi un but pratique dans l'intérêt de la cour, lui donnant ainsi un instrument lui permettant de vérifier les règles coutumières établies au fil de son contentieux »⁴⁶⁴. Il s'agit donc davantage d'une volonté de faciliter les procédures en fixant un « style » judiciaire particulier que d'établir un système de précédents appuyé sur une motivation substantielle des décisions. Deuxièmement, le recours aux motifs dans les décisions à cette époque demeure très largement une prérogative souveraine des cours, de sorte que « le motif, si fréquent qu'il soit, n'est pas une règle, une exigence de droit. La cour y a recours si elle veut et comme elle veut »⁴⁶⁵. Ainsi, les cours disposent d'une grande liberté dans la manière de reporter les motifs et dans l'opportunité de les évoquer ou non, ce qui rend délicate toute analogie avec la motivation moderne.

170. Disparition de la motivation au XIV^e siècle. Cette tendance à la motivation des sentences correspond cependant à une période relativement brève et connaît un net recul dès

⁴⁶¹ *Ibid*, p. 11.

⁴⁶² *Ibid*.

⁴⁶³ *Ibid*, p. 13.

⁴⁶⁴ A. WIJFFELS, « La motivation des décisions judiciaires », in. F Hourquebie, M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 150.

⁴⁶⁵ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *op. cit.*, p. 14

la fin du XIII^e siècle pour disparaître totalement au début du XIV^e siècle⁴⁶⁶. De la même manière que les origines de la volonté de motiver les sentences « restent cachées dans ce qu'il faut bien appeler, à toute époque et quelle que soit la juridiction, le "secret des délibérés" »⁴⁶⁷, la volonté de ne plus les motiver ne semble pas pouvoir être expliquée par un facteur unique et certain. Certains éléments d'explications peuvent toutefois être avancés. Parmi eux, on relève notamment l'influence notable à la Cour des juristes formés aux droits dits « savants », romain et canonique, qui s'opposent assez largement à la justification des sentences, dans la mesure où toute justification fournit des arguments pour contester la décision⁴⁶⁸. Cette influence s'est exercée également dans le cadre du « renvoi implicite »⁴⁶⁹ prononcé par la cour souveraine en qualité de juge d'appel, lorsqu'elle considère que le juge de première instance a « bien jugé » (*dicitur bene judicasse*). De façon plus générale, le XIV^e siècle voit le développement de la centralisation du pouvoir royal et l'affirmation de la souveraineté des juges. De ce fait, il apparaît que la volonté de ne pas motiver les décisions « doit plutôt être mise en rapport avec la préoccupation des cours supérieures de ne pas s'engager dans une voie qui eût pu les contraindre à s'en tenir à leurs propres précédents »⁴⁷⁰.

171. Absence de système précédeniel sous l'Ancien Régime. Dès le XIV^e siècle et jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, les décisions des cours souveraines ne contiennent pas de motifs venant justifier la décision prise. L'absence de motif rend, de ce point de vue, très difficile toute identification du précédent. Dans la mesure en effet où le précédent est conçu comme la norme générale extraite d'une décision particulière, l'existence d'une justification, plus ou moins détaillée, fournie par le juge à l'origine de cette décision constitue une aide

⁴⁶⁶ V. not. : Ph. GODDING, « Jurisprudence et motivation des sentences », in Ch. Perelman et P. Foiriers (dir.), *La motivation des décisions de justice*, *op. cit.*, p. 37 ; S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage ? », *RHD*, 2004, p. 171 ; *id.* « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit français : un usage controversé ? », in W. H. Bryson et S. Dauchy (dir.), *Ratio decidendi : guiding principles of judicial decisions, vol. 1, case law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, p. 87 ; J. HILAIRE, « Jugement et jurisprudence », *APD* 1994, vol. 39, p. 181 ; P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », *Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales : La motivation, t. III*, Limoges, 1998, Paris, 2000, p. 5.

⁴⁶⁷ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *op. cit.*, p. 18.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 22 : T. Sauvel mentionne le fait que « l'influence exercée alors sur l'esprit de bien des légistes par les règles du droit canonique ne pouvait que contribuer à faire écarter les motifs ».

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ A. WIJFFELS, « La motivation des décisions judiciaires », *op. cit.*, pp. 150-151.

précieuse et nécessaire à cette « généralisation ». Certains auteurs britanniques⁴⁷¹, notamment à la suite de Goodhart⁴⁷², ont relevé qu'en toute logique il pouvait y avoir *ratio decidendi*, c'est-à-dire précédent, en l'absence de motif dans le jugement⁴⁷³. En effet, en disposant uniquement du contexte factuel de l'espèce, des prétentions des parties et de la décision du juge, un juge inférieur ou un commentateur peut parfaitement inférer une norme générale de jugement même en l'absence de motif. Il demeure cependant évident que les motifs renseignent sur ce que le juge a considéré comme déterminant pour parvenir à sa solution et le précédent sera plus aisément extrait de la décision et de façon plus uniforme au sein de l'ordre juridictionnel en présence de motifs. En outre, plus une décision contient des motifs détaillés, plus le précédent sera reçu de façon uniforme. La motivation détaillée limite en effet les possibilités d'interprétations personnelles et divergentes des juges inférieurs et des commentateurs, ou du moins les rend plus visibles, et donc critiquables, lorsqu'elles adviennent néanmoins.

Ainsi, si l'on a pu constater une certaine tendance des juges médiévaux à se référer à des précédents ou à raisonner par analogie pour justifier leur solution⁴⁷⁴, l'absence de motifs dans les décisions des cours souveraines a rendu très difficile l'identification de précédents et le développement d'un système précédentiel structuré et pérenne. C'est une fois de plus à la Révolution française que l'on doit une évolution radicale en ce domaine.

§ 2 – L'émergence du précédent en France à la Révolution avec l'obligation de motiver les décisions de justice

L'apparition d'un système de précédent juridictionnel en France après la Révolution est relativement paradoxal. En effet, l'obligation de motiver les jugements, visant à l'origine à contrôler la bonne application de la loi par le juge (**A**), a finalement constitué le socle de son pouvoir normatif (**B**).

⁴⁷¹ V. not. : N. DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, *op. cit.*, p. 66 ; R. CROSS J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁷² A. L. GOODHART, « Determining the Ratio Decidendi of a Case », *op. cit.*, pp. 175-176.

⁴⁷³ Cf. *supra* : § 100.

⁴⁷⁴ V. sur ce point : A. SERGENE, « Le précédent judiciaire au Moyen-Âge », *op. cit.*

A – L’obligation de motiver, une exigence du légicentrisme révolutionnaire

L’apparition de la motivation est véritablement le fruit de la Révolution et n’était qu’une problématique anecdotique sous l’Ancien Régime (1). Le caractère obligatoire de cette motivation traduit en outre la volonté légicentriste de contrôler le juge (2).

1) Une demande limitée de motivation à la fin de l’Ancien Régime

172. Quasi-absence de revendications pour une motivation des jugements. Sous l’Ancien Régime, aucune ordonnance ou autre décision royale n’impose d’obligation de motiver les décisions de justice. La consécration d’une telle obligation, ou du moins une tendance vers davantage de motivation, ne semble pas constituer une revendication majeure de l’Ancien Régime et n’apparaît que dans les derniers mois précédant la Révolution. Seules quelques revendications ponctuelles dans le sens d’une motivation des cours souveraines peuvent être relevées à partir du XVI^e siècle. Ainsi T. Sauvel précise qu’« en 1560, au moment où les guerres de religion allaient éclater, les États généraux réunis à Orléans demandèrent la suppression des arrêts non motivés. Ce fut la noblesse, un peu sans doute par jalousie envers les gens de robe, qui en fit la demande »⁴⁷⁵. Quelques décennies plus tard, les États généraux de 1614 font une réclamation similaire, exigeant notamment que soient motivés les arrêts « donnés sur l’interprétation des coutumes et des points de droit » dans la mesure où, ici, « les motifs serviraient eux-mêmes de lois »⁴⁷⁶. Ces réclamations n’ont toutefois pas obtenu de réponse concrète de la part du pouvoir royal.

173. Apparition tardive de la question de la motivation. Il est clair que sous l’Ancien Régime, même dans ses dernières décennies, « le jugement sans motifs avait ainsi pour lui non seulement les parlements qui voyaient en lui un de leurs privilèges de cours souveraines (...) mais aussi l’opinion publique, puisque les philosophes si hostiles qu’ils fussent aux parlements ne songeaient pas à les critiquer sur ce point »⁴⁷⁷. Si une telle unanimité est vraie pour la matière

⁴⁷⁵ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *op. cit.*, p. 27.

⁴⁷⁶ G. PICOT, *Histoire des États généraux*, Paris, Hachette & Cie, 2^e éd., 1888, vol. 4, p. 466, cité par T. SAUVEL in. « Histoire du jugement motivé », *op. cit.*, p. 28.

⁴⁷⁷ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *op. cit.*, p. 36.

civile, elle doit cependant être nuancée en matière pénale, de nombreux juristes réclamant alors une motivation explicite eu égard au principe de légalité des peines et des sanctions. En dehors de cela, « la question de la motivation reste étrangement absente du débat des Lumières »⁴⁷⁸, à l'exception notable de Montesquieu qui, empreint de la culture précédente britannique observée durant son voyage, précise qu'il serait certainement opportun que les décisions de justice soient non seulement « conservées » mais aussi « apprises, pour que l'on y juge aujourd'hui comme l'on y jugea hier »⁴⁷⁹. L'auteur de l'*Esprit des lois* n'est cependant guère prolix sur la question et ne développe rien de plus sur la motivation en elle-même. Ce n'est en définitive que dans les dernières années, voire les derniers mois, de l'Ancien Régime que la question de la motivation des sentences est soulevée. Elle est en effet très présente dans les cahiers de doléances en 1788 et 1789, sous l'influence probable des « nombreux praticiens, notamment dans les juridictions subalternes, qui étaient suffisamment familiers de la littérature des arrêstistes pour être conscients des avantages à connaître les raisonnements et considérations sur lesquels les décisions étaient fondées, mais aussi des inconvénients de ne pas avoir directement accès aux véritables motifs des jugements »⁴⁸⁰. Aussi l'obligation de motiver les jugements s'impose-t-elle finalement assez naturellement à la Révolution⁴⁸¹.

2) Contenu de l'obligation de motiver : la motivation « contrôle »

174. Consécration de l'obligation de motiver. L'article 15 du titre V de la loi des 16 et 24 août 1790 est à première vue une disposition technique sur la présentation formelle des jugements. Il dispose que « la rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre parties ». La première doit contenir « les noms et les qualités des parties », la deuxième « les questions de fait et de droit qui constituent le procès », la troisième « les résultats des faits reconnus ou constatés par l'instruction, et *les motifs qui auront déterminé le jugement* »⁴⁸² et « la quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement ». Cette disposition contient ainsi la

⁴⁷⁸ P. TEXIER, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁷⁹ MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois, Livre VI, chap. I et IV*, cité par T. SAUVEL in. « Histoire du jugement motivé », *op. cit.*, p. 34.

⁴⁸⁰ A. WIJFFELS, « La motivation des décisions judiciaires », *op. cit.*, p. 152.

⁴⁸¹ V. sur ce sujet : C. BLERY, « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790 ? » *Histoire de la justice* 1991, p. 79.

⁴⁸² Nous soulignons.

toute première formulation explicite et détaillée de la forme des jugements et est en outre « la première à prononcer ce mot de motifs que nous essayons de rencontrer depuis si longtemps »⁴⁸³. Elle ne fait d'ailleurs pas uniquement référence aux motifs en général mais bien aux motifs ayant « déterminé le jugement ». Le parallèle avec la notion de *ratio decidendi*, raison de la décision, est évidemment opportun dans le cadre de ces réflexions. Cette disposition ne peut cependant être prise comme une obligation claire et directe de motiver les jugements. Une telle obligation se retrouve en revanche formulée explicitement dans l'article 208 de la Constitution de l'an III, qui dispose que les jugements « sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée ».

175. D'une « motivation-justification » à une « motivation-contrôle ». L'obligation de motiver posée à la Révolution peut apparaître assez équivoque quant à ses objectifs. Selon la conception classiquement admise sous l'Ancien Régime en France ou en *common law* jusqu'à aujourd'hui, la motivation est une justification du bien-fondé de la solution retenue, une entreprise de persuasion de la part du juge pour convaincre les destinataires de la décision, à commencer par les plaideurs. La motivation à partir de la Révolution est en revanche devenue un instrument, un moyen au service du projet légicentriste. Dans la mesure où l'on a imposé la loi comme source exclusive du droit, « le juge s'est vu dénier toute prétention à participer à la production des règles de droit et ses décisions ont été soumises à l'exigence de légalité »⁴⁸⁴. Comme le rappelle M. Troper, dans la conception révolutionnaire, « la fonction juridictionnelle consiste à trancher des litiges, mais exclusivement en appliquant une loi préalable »⁴⁸⁵. Dans ce contexte, il est évident que « les motifs ont (...) changé de fonction. De démonstration de la conformité de la décision à la justice, ils sont passés au statut de justification de sa conformité à la loi »⁴⁸⁶. Autrement dit, d'une fonction éminemment argumentative à l'origine, ils sont devenus un moyen pour le pouvoir central de contrôler la légalité des jugements. Cela explique d'ailleurs pourquoi « la notion des motifs a pour corollaire une autre notion, celle de la *cassation*, qui seule permet de contrôler et de sanctionner au besoin la légalité des jugements »⁴⁸⁷. Dans la

⁴⁸³ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *op. cit.*, p. 45.

⁴⁸⁴ F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1555.

⁴⁸⁵ M. TROPER, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », in *La théorie du droit, le droit et l'État*, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁸⁶ F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *op. cit.*

⁴⁸⁷ T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », *op. cit.*, p. 46.

continuité de cette logique, la loi du 28 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice prévoit la nullité des arrêts dépourvus de motifs⁴⁸⁸.

176. L'obligation de motiver aujourd'hui. L'obligation de motiver se retrouve aujourd'hui dans de nombreuses dispositions du droit positif français. Ainsi, pour la matière civile, l'article L. 455 du code de procédure civile dispose que « le jugement doit être motivé » ; pour la matière pénale, c'est l'article 485 al. 1er du code de procédure pénale qui pose que « tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif », l'al. 2 ajoutant que « les motifs constituent la base de la décision » ; plus laconiquement pour la matière administrative, l'article L. 9 du code de justice administrative dispose que « les jugements sont motivés » ; cette obligation pèse enfin sur le Conseil constitutionnel, en vertu de l'article 20 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 qui prévoit que « la déclaration du Conseil constitutionnel est motivée ». Bien-sûr, ces obligations ne concernent que les actes juridictionnels, l'obligation de motiver pouvant s'imposer à d'autres actes, notamment les actes administratifs⁴⁸⁹.

B – L'obligation de motiver, fondement paradoxal du précédent à la française

L'obligation de motiver les jugements posée à la Révolution, dans le but de contrôler l'application correcte de la loi par les juges, a eu pour conséquence le développement d'un certain raisonnement et d'un certain style judiciaire propre : un raisonnement judiciaire par syllogisme et un style formel et législatif spécifiquement français⁴⁹⁰.

177. Syllogisme. Le raisonnement qui émerge de cette obligation légicentriste de motiver les jugements est le syllogisme judiciaire, consistant à présenter le jugement comme le résultat d'un raisonnement déductif mathématique, selon lequel l'identification d'une prémisses

⁴⁸⁸ Art. 7, al. 2 : « Les arrêts qui ne sont pas rendus par le nombre de juges prescrit, ou qui ont été rendus par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou qui n'ont pas été rendus publiquement, ou qui ne contiennent pas les motifs, sont déclarés nuls ».

⁴⁸⁹ Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ; dispositions reprises à l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration.

⁴⁹⁰ V. not. : P. BRUNET, J.-L. HALPERIN, R. NOLLEZ-GOLDBACH (coord.), *Droit et Société* 2015/3, n° 91, Dossier : *Les styles judiciaires. Diversités des approches, nécessité des évolutions*, p. 465.

mineure, les faits, couplée à l'application d'une prémisse majeure, la loi, doit aboutir logiquement à une solution concrète pour chaque espèce. Par le développement du droit législatif et par l'application systématique de ce raisonnement, l'idéalisme révolutionnaire suggère que toute situation peut trouver sa qualification juridique dans une loi et que tout citoyen, dans n'importe quelle situation conflictuelle, peut se voir appliquer une disposition législative. Cela résume, d'ailleurs, de façon assez claire la définition de la liberté politique chez Montesquieu. La technique de cassation, visant à assurer le contrôle de la bonne application de la loi, a également favorisé le développement d'un formalisme rigoureux dans le raisonnement des juges du fond, assurant une diffusion efficace du raisonnement par syllogisme.

178. Style législatif. Le syllogisme judiciaire entraîne un formalisme particulier de la décision de justice. En effet, « cette méthode produit un style caractéristique, qui s'attache à l'art judiciaire français : des décisions courtes, économes de motifs, exemptes de développements pathétiques, écrites dans un style ferme et concis requis par une démarche essentiellement technique, bref, un style formel »⁴⁹¹. Le juge doit énoncer la règle législative applicable à la situation concrète portée devant lui, éventuellement en formulant l'interprétation à donner de celle-ci. Si dans les premières décennies du XIXe siècle, la Cour de cassation a pu parfois opter pour une motivation discursive et plus prolixe, son style concis s'est rapidement fixé au milieu du XIXe siècle pour devenir la norme durant tout le XXe siècle⁴⁹². La motivation étant essentiellement tournée vers l'énonciation et l'interprétation des règles législatives à appliquer, elle a finalement acquis les attributs de la loi, à savoir son caractère général, abstrait et concis.

179. Autonomisation des juges et conservation du style législatif. Afin d'assurer le contrôle de la bonne application de la loi et une interprétation uniforme de celle-ci par les juges, le pouvoir révolutionnaire a mis en place un système de référé législatif devant le Corps législatif, l'un facultatif et l'autre obligatoire à la suite de deux pourvois devant le Tribunal de cassation⁴⁹³. Ainsi l'interprétation de la loi a été, par ce moyen, centralisée dans les mains du législateur. Après différentes étapes d'autonomisation à l'égard du pouvoir législatif⁴⁹⁴, la Cour

⁴⁹¹ F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *op. cit.*

⁴⁹² Y. CHARTIER, « De l'an II à l'an 2000 : remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », in. *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 269.

⁴⁹³ V. sur ce point : Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, *op. cit.*

⁴⁹⁴ Cf. *supra* : §§ 107-118.

de cassation est devenue pleinement indépendante de celui-ci s'agissant de l'interprétation de la loi. Pleinement indépendante, la Cour n'en a pas moins conservé le raisonnement et le style hérités de la Révolution et de l'obligation de motiver. Cela débouche sur une situation particulière, selon laquelle « en imposant aux juges cette obligation et en réduisant les sources du droit à la loi, le droit intermédiaire a astreint les juges à construire juridiquement leurs raisons de juger et donc, paradoxalement, à l'encontre de ses principes, à créer, grâce à l'interprétation, un droit normatif à l'image de celui qu'ils sont tenus d'appliquer »⁴⁹⁵.

180. Paradoxe de la motivation. Voici enfin formulé le paradoxe de la motivation : d'un outil de contrôle entre les mains du pouvoir législatif, la motivation imposée au juge a finalement fait de celui-ci un second législateur. Plus généralement, « en voulant brider l'action des juges, la Révolution a en fait créé les conditions de leur émancipation »⁴⁹⁶, de sorte que, « initialement imposée pour contraindre le juge à appliquer la loi, la motivation devient le vecteur privilégié de l'expansion du précédent judiciaire »⁴⁹⁷. C'est donc dans les motifs que l'on trouve formulé le précédent en France. Reste néanmoins à déterminer précisément lesquels.

⁴⁹⁵ F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *op. cit.*

⁴⁹⁶ F. ZENATI-CASTAING, *La jurisprudence*, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

SECTION 2. LA FORMULATION DU PRECEDENT DANS LES « MOTIFS DE PRINCIPE »

181. Le précédent en France est identifiable dans les motifs de principe, qu'il s'agira en premier lieu d'identifier et de définir (§ 1). Ces motifs de principe sont la norme générale de jugement et constituent le fondement de la solution rendue par le juge. À cet égard, ils se distinguent clairement des autres normes générales éventuellement formulées et qui ne fondent pas la solution. L'étude de cette différence conduit à interroger la pertinence d'une distinction entre *ratio decidendi* et *obiter dictum* en France (§ 2). Dans cette perspective, les réformes récentes relatives à la rédaction et à la motivation des cours souveraines traduisent une évolution notable dans l'approche des « motifs de principe » (§ 3).

§ 1 – Définition des motifs de principe

Le motif de principe se manifeste de diverses manières en droit positif français (B), mais présente toujours la particularité d'être, de façon relativement paradoxale, une prescription présentée comme une justification (A).

A – Une prescription présentée comme une justification

182. **Le précédent est la formulation d'un principe dans les motifs.** Comme le soulignent M. Troper et Ch. Grzegorzcyk dans leur étude sur le précédent en France, celui-ci correspond fondamentalement à « la formulation d'un principe »⁴⁹⁸. Ainsi, pour qu'un jugement rendu par une cour souveraine puisse être retenu comme un précédent, celui-ci doit contenir un principe de jugement. Par « principe », l'on entend ici ce qui constitue la norme générale du jugement, qu'il s'agisse de l'interprétation donnée à une norme générale formelle du système juridique ou la « découverte », pour ne pas dire création, d'une norme générale en dehors de ces sources formelles. Le principe ainsi retenu, qui constitue le précédent, est la norme générale

⁴⁹⁸ M. TROPER, Ch. GRZEGORCZYK, « Precedent in France », in N. MacCormick, R. Summers, (ed.), *Interpreting precedents : a comparative study*, *op. cit.*, p. 127 : « Therefore, it is perfectly safe to say that, in France, what is really a precedent is the formulation of a principle ».

qui fonde et justifie le jugement rendu. À la différence de la norme individuelle et concrète qui figure dans le dispositif, revêtu de l'autorité de la chose jugée, la norme générale qui fonde la solution est énoncée dans les motifs. Il est alors possible, à partir de ces postulats, de proposer une définition du motif de principe.

183. Définition générale du motif de principe. Le motif de principe correspond au motif d'une décision de justice dans lequel est énoncée la norme générale retenue comme soutien de la décision édictée dans le dispositif. Il est d'ailleurs généralement fait référence à un « arrêt de principe » pour évoquer un arrêt dans lequel figure un précédent ainsi que de « motif soutien du dispositif »⁴⁹⁹ pour désigner ce lien. La notion de « motif de principe » recouvre cependant un paradoxe important : le lieu de la décision servant, *a priori*, à la *justification* de la décision, devient le lieu où figure une *prescription*. Il s'agit pourtant de deux fonctions clairement distinctes, ce qui fait apparaître un usage détourné des motifs dans le cas du précédent en France.

184. Fonction première des motifs : justification. Les motifs d'un jugement servent à fournir la justification de la solution retenue par le juge. Cette solution figure quant à elle dans le dispositif, seule partie du jugement bénéficiant de l'autorité de la chose jugée et donc contenant la norme juridique individuelle et concrète du jugement. Dans cette perspective, les motifs remplissent une fonction essentiellement argumentative et justificative : ils justifient la solution. Ce constat s'inscrit dans la définition fournie par N. MacCormick de la *ratio decidendi*, qu'il présente comme la décision d'un juge venant trancher un conflit entre des parties à l'instance, décision prise sur un point de droit et qui nécessite de ce fait une justification particulière⁵⁰⁰. En outre, N. MacCormick considère que c'est précisément « en tant que raisonnement *justificatif* que les motifs juridictionnels sont normatifs »⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Par ex. : Cons. const., déc. n° 62-18 L du 16 janvier 1962, [*Nature juridique des dispositions de l'article 31 alinéa 2 de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*], cons. n° 1 : « Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 62 in fine de la Constitution : "les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles" ; que l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même ».

⁵⁰⁰ N. MACCORMICK, « Why Cases Have Rationes and What These Are ? », in L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, *op. cit.*, p. 170 : « A ratio decidendi is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decisions in the case ».

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 155 : « For it is as *justificatory* reasoning that judicial opinions are normative ».

185. Contexte de découverte – contexte de justification. Il s'agit d'une distinction forgée dans le cadre de la philosophie de la connaissance et dont la paternité revient à H. Reichenbach⁵⁰², qui formalise cette distinction dans son ouvrage *Experience and Prediction*, paru en 1938⁵⁰³. Sa postérité sera par la suite très importante et dépassera assez largement le cadre assez strict donné par Reichenbach dans ses premiers écrits. Prise dans sa dimension épistémologique, cette distinction « est interprétée comme la distinction entre le processus de conception d'une théorie et la validation de cette théorie, c'est-à-dire la détermination de son fondement épistémique »⁵⁰⁴. Ainsi, le contexte de découverte renvoie à un processus factuel, à l'émergence empirique d'une théorie dans la pensée d'un scientifique. Le contexte de justification concerne la reconstruction *a posteriori* de cette émergence pour l'insérer dans un discours cohérent. De ce point de vue, l'étude de l'émergence d'un concept ou d'une théorie dans son contexte de découverte ne peut être en définitive « que le sujet de la psychologie, de la sociologie et des autres sciences empiriques »⁵⁰⁵, de sorte que la « philosophie de la connaissance, par contraste, est exclusivement concernée par le contexte de justification »⁵⁰⁶.

186. Les motifs : contexte de justification. Cette distinction a été reprise et employée par la science du droit. Ainsi S. Goltzberg la reprend à son compte dans son ouvrage sur *Les sources du droit*, rappelant « qu'en contexte de justification, le juge est censé présenter sa décision comme découlant d'une source. Le juge n'est pas tenu d'expliquer le mouvement qui l'a conduit *empiriquement* à sa décision (contexte de découverte). Il doit en revanche motiver sa décision en se fondant sur une base légale (contexte de justification) »⁵⁰⁷. Plus précisément dans le cadre de la motivation, M.-C. Ponthoreau, employant également les termes de « contexte décisoire » et

⁵⁰² C. GLYMOUR, F. EBERHARDT, v° « Hans Reichenbach » in. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2008 (<https://plato.stanford.edu/entries/reichenbach/>).

⁵⁰³ H. REICHENBACH, *Experience and Prediction : an analysis of the foundations and the structures of knowledge* (1938), Notre Dame (Ind.), University of Notre Dame press, cop. 2006.

⁵⁰⁴ J. SCHICKORE, v° « Scientific discovery », in. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014 (<https://plato.stanford.edu/entries/scientific-discovery/>).

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, Paris, PUF, Que-sais-je ?, 2^e éd., 2018, p. 14.

de « contexte justificatif »⁵⁰⁸, invite à appréhender les motifs juridictionnels dans leur contexte de justification et non pas de découverte. L'auteur précise en effet que « l'un amène le juge à rendre une décision tandis que l'autre le conduit à justifier cette décision »⁵⁰⁹. La prise d'une décision par un juge est déterminée par un nombre incalculable de paramètres et d'éléments factuels, que l'on ne saurait recenser de façon exhaustive, ni hiérarchiser selon leur rôle dans la détermination de la décision. De nombreux éléments psychologiques, cognitifs, sociologiques ou physiques peuvent déterminer la prise d'une décision sans que cela n'entre pour autant dans le champ d'analyse du juriste, nécessairement et inévitablement limité. De ces éléments empiriques « la motivation ne peut (...) rendre compte, puisqu'il s'agit d'une justification *ex post facto* »⁵¹⁰. Cela explique d'ailleurs pourquoi l'on fait historiquement la différence entre le délibéré et les motifs et que l'obligation de motiver n'aboutit pas à une violation du secret des délibérés. Les motifs juridictionnels sont ainsi le lieu de la justification, le lieu de la construction d'un certain discours venant légitimer la solution. De cette justification, de la façon d'argumenter, les juges suivants peuvent s'inspirer à titre d'exemple lorsque des problèmes analogues surviennent devant eux. Cette fonction première, demeurée assez intacte en *common law*, a connu en France un usage détourné.

187. Fonction détournée des motifs : prescription. La fonction des motifs juridictionnels en France, dans le cadre de l'élaboration de précédents, semble avoir clairement dépassé la seule fonction de justification. Le précédent étant conçu comme l'élaboration d'une norme générale et abstraite, de type législatif, la motivation déployée par la cour souveraine ne vise pas à présenter un raisonnement et une justification argumentée. La motivation vise en réalité à poser, de façon plus ou moins explicite et plus ou moins développée, une norme générale, autrement dit une prescription. Il semble toutefois y avoir un paradoxe à vouloir insérer une prescription dans une partie de la décision réservée à la justification, dans la mesure où, *a priori*, les prescriptions figurent dans le dispositif, lieu de la *décision* elle-même et non pas de sa *justification*. O. Pfersmann rappelle ce « dualisme-théorique » en vertu duquel, « d'un point

⁵⁰⁸ M.-C. PONTTHOREAU, « L'énigme de la motivation, encore et toujours l'éclairage comparatif », in F. Hourquebie, M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 6. : « D'un point de vue théorique, l'énigme tient au décalage entre deux contextes qui déterminent le raisonnement suivi par le juge : le contexte décisoire (ou contexte de découverte) et le contexte justificatif (ou contexte de justification) ».

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ *Ibid.*

de vue théorique, motifs et dispositifs sont de nature strictement distincte »⁵¹¹ car « la décision proprement dite et sa justification ne peuvent être la même chose »⁵¹². Selon ce dualisme théorique, le dispositif se conçoit comme une « concrétisation normative particularisante » et, à cet égard, il n'est « ni vrai ni faux puisqu'il n'établit pas de fait empirique mais pose une norme »⁵¹³. Les motifs sont en revanche des « actes par lesquels un organe présente les raisons juridiques pour lesquelles il arrive à une solution plutôt qu'à une autre. Un tel acte n'est pas normatif, justement pour autant qu'il donne les raisons de l'édiction d'une norme »⁵¹⁴. Édicter une norme, c'est-à-dire prendre une décision, dans les motifs de cette décision, relève donc manifestement du non-sens théorique. Reste toutefois à identifier la finalité pratique d'un tel paradoxe.

188. Fonction précédenielle – fonction juridictionnelle. D'après une certaine conception formelle et dynamique de l'ordre juridique et de la concrétisation normative, le juge, dans ses motifs, « n'interprète que pour poser une norme individuelle et concrète » de sorte que « l'interprétation de la norme générale est finalisée. Elle sert à poser une norme individuelle »⁵¹⁵. Dans le cadre de son office précédeniel, la motivation du juge n'est cependant pas exclusivement tournée vers la justification de la norme individuelle. Elle est, pour elle-même, création d'une norme générale et est tournée vers les juges inférieurs et les différents organes d'application du droit. Cela renvoie alors à la distinction classique selon laquelle la formulation de la norme générale dans les motifs exprimerait la fonction précédenielle du juge, alors que la décision établie dans le dispositif renverrait à sa fonction strictement juridictionnelle.

189. Contournement formel de l'interdiction des arrêts de règlement. L'article 5 du code civil interdit aux juges « de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Cette interdiction de prononcer des arrêts de règlement concerne le dispositif du jugement. En effet, le dispositif doit être le lieu de la décision, de la norme individuelle et concrète et donc de la chose jugée. Il n'est pas concevable d'étendre la

⁵¹¹ O. PFERSMANN, « Le problème des normes paratopiques », in. *Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées*, *op. cit.*, p. 560.

⁵¹² *Ibid.*, p. 559.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 560.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 561.

⁵¹⁵ X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, p. 92.

force obligatoire conférée à la chose jugée à une disposition d'ordre général, car il y aurait alors confusion des pouvoirs et le juge serait véritablement, au sens plein de ce mot, un législateur (ou un constituant s'agissant du juge constitutionnel). Il est donc formellement interdit par le système d'édicter des normes générales dans le dispositif. Rien n'est dit à propos des motifs, même si l'on a vu par ailleurs qu'il ne s'agissait pas exactement du lieu de la prescription mais de la justification. Il apparaît cependant que la formulation du précédent, norme générale et abstraite de jugement, dans les motifs de la décision est une façon de contourner *formellement* l'interdiction de l'article 5 du code civil tout en adoptant *matériellement* un arrêt de règlement. Or, la norme générale formulée n'est pas dotée de l'autorité de la chose jugée et d'une quelconque portée juridique au sens strict, dans la mesure où elle figure dans les motifs, mais l'on sait également qu'elle sera suivie comme une obligation par l'ensemble des juges inférieurs du système.

190. Une « déformalisation » de la décision de justice. En définitive, cette fonction détournée de la motivation visant à y insérer une prescription crée une certaine confusion dans les rapports entre motifs et dispositif. O. Pfersmann propose deux lectures de cette situation⁵¹⁶. Une première selon laquelle, « fonctionnellement, les motifs supporteurs ne seraient pas à proprement parler des *motifs* mais bien partie du dispositif textuellement inséré dans le corps des motifs »⁵¹⁷. Une seconde selon laquelle « les motifs "supporteurs" seraient bien des *motifs* et c'est la raison pour laquelle on les trouve là où ils sont effectivement développés, mais ils seraient *simultanément* aussi une partie du dispositif »⁵¹⁸. Dans les deux cas, la distinction logique entre l'explication et la décision rend théoriquement périlleuse toute tentative de conciliation. L'on se trouve face à ce que l'auteur appelle des « normes paratopiques », qu'il définit comme des normes « sans forme ou existant en dépit de toute régulation formelle »⁵¹⁹ et qui aboutit à une certaine « déformalisation » de la décision de justice et de la fonction de juger. Il apparaît en effet que selon cette confusion globalement admise aujourd'hui, le juge « pourrait se

⁵¹⁶ Son étude est consacrée à la question bien particulière des motifs soutiens du dispositif devant le Conseil constitutionnel français et à l'intégration de ces « motifs supporteurs » dans le dispositif lui-même. Nous l'appliquons néanmoins ici de façon plus générale à ce que nous avons appelé les « motifs de principe », quand bien même ils ne seraient pas explicitement repris dans le dispositif.

⁵¹⁷ O. PFERSMANN, « Le problème des normes paratopiques », *op. cit.*, p. 558.

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 563.

prononcer non seulement sur le cas soumis à son examen mais sur toute question qu'il considère comme pertinente en vue de trancher la question litigieuse proprement dite »⁵²⁰.

Les motifs de principe sont ainsi des normes générales introduites dans la décision de justice en dépit de la structure classique et formellement imposée par le système. Il s'agit formellement de motifs, mais matériellement de normes générales. Cette situation complexe et paradoxale traduit une fois de plus la difficulté d'aborder la question du précédent dans un système fondamentalement légicentriste. Le juge dispose d'un pouvoir normatif certain mais inavoué, pouvoir qu'il masque derrière les oripeaux de son obligation de motivation. Il s'agit maintenant de voir ce que sont concrètement ces motifs de principe dans le système français.

B – Identification des motifs de principe en droit positif français

1) La décision de principe faisant précédent

191. Décision de principe. Une décision dite « de principe » est une décision contenant un motif de principe dans le sens retenu précédemment. La décision (ou arrêt) de principe peut être définie, avec F. Terré, comme « un arrêt contenant un principe d'application générale appelé à régir d'autres cas analogues »⁵²¹. Il existe en France une acceptation assez large de la notion d'arrêt ou décision « de principe » pour désigner une décision de justice contenant un précédent. Cette notion se retrouve dans la plupart des ouvrages généraux d'introduction au

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 562.

⁵²¹ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2015, p. 285.

droit⁵²² ou dans les dictionnaires de vocabulaire juridique⁵²³, mais également dans la littérature spécialisée⁵²⁴. Par ailleurs, D. Lanzara, dans sa thèse sur le pouvoir normatif de la Cour de cassation, consacre des développements substantiels à l'arrêt « de principe », étayés par de très nombreuses illustrations contentieuses⁵²⁵. Cette notion apparaît également dans les différentes éditions des codes juridiques, dans lesquelles chaque disposition est annotée. Ces commentaires contiennent à la fois les principales notes et articles sur cette disposition ainsi que les différents arrêts de principe ayant concrétisé, explicité, interprété la disposition législative concernée⁵²⁶.

192. Décision d'espèce. À la décision de principe est généralement opposée la décision d'espèce, qui peut être définie comme « une décision que les juges ont rendu en prenant en considération les circonstances particulières de l'affaire et dont la motivation n'aura pas de grande portée juridique »⁵²⁷. Le terme « décision d'espèce » peut cependant paraître inopportun lorsque l'on se situe dans le cadre de contentieux objectifs, comme la cassation devant le Conseil d'État et la Cour de cassation ou le contrôle de constitutionnalité exercée par le Conseil constitutionnel. Il serait préférable de retenir une acception plus englobante et une définition négative. Ainsi, ce qui est communément appelé « décision d'espèce » fait plus généralement

⁵²² V. not. : B. BEIGNER, J.-R. BINET, A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *Introduction au droit*, Paris, LGDJ, 6^e éd., 2018, p. 214 : « Au sein des motifs, le caractère normatif de la décision résultera de la présence d'un attendu ou d'un considérant de principe » ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2017, p. 312 : « les juges posent (...) leur nouvelle proposition de droit par un *arrêt de principe*. Dans cette figure l'arrêt énonce une interprétation qui prend une formulation très générale » ; M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale au droit*, Paris, PUF, 2009, p. 111 : « La jurisprudence est ainsi (surtout celle de la Cour de cassation) source de règles générales. Les juges de la Haute Juridiction rendent (...) des arrêts dits "de principe", qui contiennent un "chapeau", c'est-à-dire l'énoncé d'une règle abstraite et donc généralisable » ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Lexis Nexis, 18^e éd., 2018, p. 191 : « On dira ainsi que sont des arrêts de principe tous les grands arrêts qui ont, pour la première fois, affirmé une solution ; ou qui sont revenus sur une solution précédemment acquise ».

⁵²³ V. not. : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, « Quadrige », 12^e éd., 2018, p. 807 : « Principe (décision de) : Décision de justice qui tranche, en son principe, une question de droit en général controversée, qu'il s'agisse de l'interprétation de la loi ou d'une création prétorienne » ; R. CABRILLAC, (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, Paris, Lexis Nexis, 10^e éd., 2018, pp. 172-173 : « Décision de principe : Décision de justice reposant sur une motivation générale et ferme, apportant une réponse nouvelle à une question juridique épineuse et dont l'influence, en raison de ces facteurs, est appelée à se manifester au-delà du cas particulier tranché ».

⁵²⁴ Ch. ATIAS, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP G.* 1984.I.3145.

⁵²⁵ D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 93-112.

⁵²⁶ Ainsi, pour prendre un exemple assez révélateur, l'article 1240 du code civil (ancien 1382) sur la responsabilité pour faute, contient, dans l'édition Dalloz 2019 annotée, non moins de quarante-deux subdivisions venant rappeler, sur différents thèmes, la ou les décisions de principe ayant fait application de cette disposition.

⁵²⁷ « Décision d'espèce » in R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, *op. cit.*, p. 172.

référence à une décision de justice qui ne crée pas un nouveau principe général de jugement. C'est une décision dépourvue de motif de principe, qui se contente de trancher le litige qui lui est soumis sans élaborer explicitement de norme générale de jugement pour parvenir à la solution. Sa portée est donc limitée à la seule autorité de la chose jugée et n'a pas vocation à rayonner au-delà du litige⁵²⁸. Cette distinction entre décision « de principe » et « d'espèce » est proprement impensable en *common law*. En effet, dans les systèmes de *common law*, toute décision est une décision « d'espèce » dans la mesure où les cours supérieures sont des cours suprêmes de pleine juridiction ayant à étudier l'ensemble de l'affaire dans toutes ses dimensions factuelles. Au-delà de ça, il est bien certain qu'il existe certaines décisions plus importantes que d'autres et ayant davantage vocation, selon la volonté des juges, à devenir un précédent venant modifier substantiellement l'ordre juridique. Néanmoins, il est possible que ces décisions ne bénéficient pas de la réception attendue, ou tout du moins pas dans le sens attendu. Par ailleurs, même des décisions que l'on appelle « d'espèce », *a priori* insignifiantes ou de faible importance, ont vocation à devenir des précédents. Il suffit pour ce faire que le raisonnement développé soit repris par les parties ou les juges dans des procès ultérieurs, pour justifier la solution par l'existence d'un précédent en ce sens ou pour justifier un *distinguishing*⁵²⁹ vis-à-vis d'un autre précédent.

2) *Attendus et considérants de principe*

193. Attendus de principe de la Cour de cassation. Jusqu'à une date récente⁵³⁰, il était admis que les motifs de la Cour de cassation étaient introduits par des « attendus » et les précédents identifiables dans des « attendus de principe ». L'attendu de principe est ce motif dans lequel figure la norme générale, le principe, qui fonde la solution. Il arrive généralement que la Cour le mette en avant dans un « chapeau », motif placé en tête de son arrêt, comme l'énoncé solennel de la règle appliquée en l'espèce. Par exemple, dans un arrêt du 20 février

⁵²⁸ Exception faite de la portée conférée aux décisions du Conseil constitutionnel par l'article 62 de la Constitution.

⁵²⁹ Cf. *infra* : § 286.

⁵³⁰ Le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation publié en avril 2017 sur le site de l'institution préconise la suppression des attendus, ou suggère de ne les conserver que pour la partie « motifs » :

<https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20sur%20la%20r%C3%A9forme%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf>

1917, *Veuve G. c. B.*⁵³¹, la chambre civile apporte quelques précisions d'interprétation en matière d'application de la loi dans le temps. Après avoir visé l'article 2 du code civil, elle énonce en chapeau : « Attendu que toute loi nouvelle régit, en principe, même les situations établies ou les rapports juridiques formés dès avant sa promulgation ; qu'il n'est fait échec à ce principe par la règle de la non-rétroactivité des lois formés dans l'article 2 du code civil qu'autant que l'application de la loi nouvelle porterait atteinte à des droits acquis sous l'empire de la législation antérieure ». De la même manière, plus récemment, dans un arrêt du 31 octobre 2012, *La Maison de Poésie c. Société des auteurs et compositeurs dramatiques*⁵³², la troisième chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée sur la question du caractère non-limitatif des droits réels. Après avoir visé les articles 544⁵³³ et 1134⁵³⁴ du code civil, la Cour, sans aucune autre précision, énonce le principe qui présidera à sa solution dès le premier attendu, dans une formulation générale et solennelle : « Attendu qu'il résulte de ces textes que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ». La troisième chambre tire ensuite dans son arrêt les conséquences de cette énonciation de principe formulée en « chapeau ». Cette « technique du chapeau » n'est toutefois pas systématique et l'on retrouve parfois l'attendu de principe au cœur de la motivation voire à la fin. Sont parfois formulés deux principes, l'un en chapeau et l'autre dans la suite du raisonnement ou à la fin, le premier étant un énoncé très général et le second le principe découlant de ce principe premier. Ainsi en 1988 par exemple⁵³⁵, la Cour énonce d'abord en chapeau que « le nom ne se perd pas par le non-usage » et en dernier attendu « que, si la possession loyale et prolongée d'un nom est propre à conférer à l'individu qui le porte le droit à ce nom, elle ne fait pas obstacle à ce que celui-ci, renonçant à s'en prévaloir, revendique

⁵³¹ Civ. 20 février 1917, *DP*. 1917.1.81, concl. Sarrut, note H. Capitant, *S.* 1917.1.73, note Lyon-Caen.

⁵³² Civ. 3^e, 31 octobre 2012, n° 11-16304, *D.* 2013., p. 53, note d'Avout et Mallet- Bricout, *JCP* 2012.II.1400, note Testu, *LPA* 16 janv. 2013. 11, note F.-X. Agostini, *RDC* 2013., p. 584, obs. Libchaber, *RTD civ.* 2013, p. 142, obs. Dross.

⁵³³ « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

⁵³⁴ Antérieurement à l'ordonnance du 1^{er} octobre 2016 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. » Ces trois alinéas, remaniés, figurent aujourd'hui respectivement aux articles 1103, 1193, et 1104 du code civil.

⁵³⁵ Civ. 1^e, 15 mars 1988, n° 85-17162, de *Saintecatherine c. Procureur général de Limoges*, *D.* 1988. 549, note J. Massip, *JCP* 1989.II.21347, note Agostini.

le nom de ses ancêtres, qu'il n'a pas perdu en raison de l'usage d'un autre nom par ses ascendants les plus proches ».

194. Considérants de principe. De la même manière que pour les attendus devant la Cour de cassation, les précédents dégagés par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel l'étaient généralement, jusqu'à de récentes évolutions⁵³⁶, dans un « considérant » de principe. Il ne se constate pas, devant ces cours souveraines, une technique formalisée de « chapeau » similaire à celle de la Cour de cassation. Il existe cependant la même volonté claire d'isoler un considérant pour y faire figurer la norme générale fondant la solution. Que ce soit par exemple pour donner une interprétation d'une norme générale, comme l'article 55 de la Constitution⁵³⁷, pour énoncer un principe général du droit⁵³⁸ ou un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR)⁵³⁹, pour préciser l'effet de ses décisions⁵⁴⁰ ou encore pour faire ouvertement œuvre prétorienne⁵⁴¹, les cours souveraines passent par le « considérant de principe », la mise à l'écart de la norme générale, du principe de jugement, dans un motif spécifique et clairement identifiable.

⁵³⁶ Cf. *infra* : § 212 et s.

⁵³⁷ Pour le Conseil constitutionnel : Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, *AJDA* 1975, note Rivéro ; *D.* 1975, p. 529, note Hamon ; *CDE* 1975, note Rideau ; *JCP G.* 1975, note Bey ; Pour le Conseil d'État : CE, ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *Rec.* p. 369 ; *RFDA* 1998, p. 1081, concl. Maugué, note Alland, et 1999, p. 57, notes Dubouis, Mathieu et Verpeaux, Gohin ; *AJDA* 1998, p. 962, chr. Raynaud et Fombeur ; *Europe* mars 1999, p. 4, note Simon ; *D.* 2000, p. 153, note Aubin ; *RDP* 1999, p. 919, note Flauss.

⁵³⁸ Par exemple : CE, ass., 29 juin 2001, *Berton*, n° 22260, *AJDA* 2001, p. 648, chron. Guyomar et Colin ; *Dr. Ouvrier* 2001, p. 484, note Saramito (principe général extrait d'une lecture des arrêts 1134 du code civil et L. 121-1 du code du travail impliquant « que toute modification d'un contrat de travail recueille l'accord à la fois de l'employeur et du salarié »).

⁵³⁹ Par exemple : Cons. const., n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, *Rec.* p. 8 ; *AJDA* 1987, p. 345, note J. Chevallier ; *RFDA* 1987, p. 287, note Genevois ; *RFDA* 1987, p. 301, note Favoreu ; *RDP* 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet ; *D.* 1988, p. 117, note Luchaire.

⁵⁴⁰ Cons. const., n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Christine D. [Pension de réversion des enfants]* : « en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ».

⁵⁴¹ CE, ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, *ADJA* 2007, p. 1577, chron. Lenica et Boucher ; *RFDA* 2007, p. 696, concl. Casas, p. 917, étude Moderne, p. 923, note Pouyaud, p. 935, étude Canedo-Paris ; *D.* 2007, p. 2500, note Capitant ; CE, ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, *Rec.*, p. 70, concl. Dacosta ; *RFDA* 2014, p. 425 ; *AJDA* 2014, p. 1035, chr. Bretonneau et Lessi ; *BJCP* 2014, p. 204, note Terneyre ; *BJCL* 2014, p. 316, note Fardet ; *CMP* mai 2014, p. 5, comm. Llorens et Soler-Couteaux ; *D.* 2014, p. 1179, note M. Gaudemet et Dizier ; *RDI* 2014, p. 344, note Braconnier ; *RDP* 2014, p. 1148, débat Seiller, Braconnier, Dacosta, p. 1175, note Janicot et Lafaix, p. 1198, note Rollin ; *RFDA* 2014, p. 438, note Delvolvé.

3) *Le cas particulier des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel*

195. L'intégration des « motifs supporteurs » dans le dispositif. L'article 62 al. 3 de la Constitution pose que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Cet article confère « force de chose jugée »⁵⁴² aux décisions du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire à ce qui est contenu dans le dispositif, mais pas aux interprétations énoncées dans les motifs, quand bien même ces motifs constitueraient le soutien nécessaire du dispositif. Dans certaines situations particulières cependant, le juge constitutionnel a pu justifier d'un intérêt à « sauver » une disposition législative de la censure par une interprétation conforme de celle-ci. Ici, il ne s'agit pas simplement de « motifs supporteurs »⁵⁴³ qui viendraient au soutien du dispositif mais bien d'une intégration formelle de ces motifs dans le dispositif. Par cette technique contentieuse dite des « réserves d'interprétation »⁵⁴⁴, le juge constitutionnel fait directement référence, dans son dispositif, au motif de principe soutien de la solution. Formellement, le Conseil précise que « sous la réserve énoncée au paragraphe (anciennement considérant) tant, telle disposition est conforme à la Constitution ». Cette simple mention permet ainsi à l'interprétation délivrée dans les motifs de bénéficier de la force obligatoire conférée par l'article 62 de la Constitution. Par ce biais, la disposition législative menacée de censure est « sauvée », l'interprétation conforme délivrée par le Conseil s'imposant « aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Il s'agit ainsi d'un cas exceptionnel de « confusion » des motifs et du dispositif, justifié par la nécessité de préserver, autant qu'il est possible, la loi.

⁵⁴² Pour une étude approfondie de la question, v. : X. MAGNON, « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre "autorité" et "force" de chose jugée », *RFDA* 2013, p. 859.

⁵⁴³ O. PFERSMANN, « Le problème des normes paratopiques », *op. cit.* p. 558.

⁵⁴⁴ Th. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris, Economica, 1997 ; A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999 ; M. DISANT, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2010.

4) *Des précédents sans motif de principe*

196. Les « petits pas ». Il est fréquent, s'agissant de la Cour de cassation, d'évoquer, à côté de la création de précédents par « arrêt de principe », la technique dite des « petits pas »⁵⁴⁵. Celle-ci consiste, pour le juge, à se garder « de généraliser sous forme de principe une interprétation qui sera d'abord éprouvée au gré des espèces »⁵⁴⁶. Le juge procède donc par expérimentation, par la « sédimentation »⁵⁴⁷ de différentes solutions pour parvenir à la solution la plus satisfaisante. Une telle technique n'est pas nécessairement spécifique à la Cour de cassation et se retrouve chez les autres cours souveraines. Il en va ainsi de la nature même de la prudence juridictionnelle en général, encourageant le juge à éviter toute proclamation de principe hâtive dont les conséquences pourraient échapper à son intention première ou ne pas produire les effets escomptés. L'art de juger doit aussi parfois se forger par « pointillisme », par petites avancées, de sorte que ces « arrêts successifs »⁵⁴⁸ peuvent contribuer à la création progressive d'une règle nouvelle. Dans de telles décisions, il est clair que « la motivation ne se distingue guère d'un arrêt à moindre portée normative, l'évolution du droit se détectant dans la répétition d'un changement des solutions sans consécration générale »⁵⁴⁹.

197. Les « petits pas » ne sont pas des précédents. Ces « arrêts successifs » ne constituent pas une sorte de décomposition du processus de création d'un précédent. En effet deux hypothèses générales sont envisageables : soit ces décisions successives contiennent chacune un principe de jugement, dans ce cas il s'agit simplement de plusieurs précédents révélant une orientation changeante et hésitante de la cour souveraine ; soit il s'agit de plusieurs décisions dépourvues de principe général solennellement énoncé dans un motif de principe, contenant simplement un raisonnement plus ou moins détaillé sur le litige soumis, et dans ce cas il n'y a pas de précédent. Dans cette seconde hypothèse, il arrive généralement que les « petits pas » aboutissent *in fine* à l'identification d'un principe général opportun pour le problème de droit soulevé, et « l'interprétation ainsi éprouvée est alors mûre pour sa

⁵⁴⁵ A. BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », in. *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIII, Toulouse, 1975, p. 26.

⁵⁴⁶ P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, § 18.

⁵⁴⁷ J.-L. BERGEL, « Le processus de transformation des décisions de justice en normes juridiques », *RRJ-DP* 1993, n° 4, p. 1055.

⁵⁴⁸ D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁴⁹ P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, § 70.

consécration sous forme d'arrêt de principe »⁵⁵⁰. Seul le dernier arrêt de principe sera alors tenu pour un précédent, puisqu'avant cela, la règle de jugement n'est pas fixée définitivement ni clairement identifiable.

198. Cas des précédents sans motifs de principe. Il peut arriver dans certaines hypothèses qu'une décision contienne un précédent, un principe de jugement clairement identifiable, sans pour autant que ce dernier ne figure explicitement dans un motif de principe. Nous nous bornerons ici à relever, à titre d'exemples, des décisions généralement très connues et d'une importance majeure. Premièrement, la décision *Liberté d'association*⁵⁵¹ est duale sur ce point : elle comporte d'une part une norme générale contenue classiquement dans un motif de principe, le PFRLR de liberté d'association⁵⁵², et d'autre part une norme générale implicite contenue dans le visa. En effet, en visant « la Constitution et notamment son préambule », le Conseil constitutionnel confère une valeur normative au Préambule et l'insère dans ce qu'il est convenu d'appeler, depuis cette décision, le bloc de constitutionnalité. Il s'agit là d'une norme générale fondamentale pour le système constitutionnel français et d'une norme bien constitutive d'un précédent. La norme générale découlant implicitement de ce visa pourrait être formulée ainsi : « le Préambule de la Constitution de 1958 dispose d'une valeur constitutionnelle ». Deuxièmement, par le précédent *Cadot*⁵⁵³, le Conseil d'État abandonne la théorie du ministre-juge et entérine le passage de la justice administrative retenue à une véritable justice administrative déléguée. Cet abandon n'est toutefois pas proclamé solennellement dans un motif de principe mais découle simplement du fait que le Conseil d'État a accepté de connaître du recours porté devant lui. En effet, le constat selon lequel « il est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'État de connaître » constitue, de fait, un abandon de la théorie du ministre-juge par lequel le Conseil d'État s'auto-institue juge de droit commun en matière de contentieux administratif. Ce précédent, fondateur du rôle contentieux du Conseil

⁵⁵⁰ P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, § 70.

⁵⁵¹ Cons. const., déc. n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, note J. Rivéro, *AJDA* 1971. 537 ; note A. Pizzorusso, *Il foro italiano* 1971 ; note F. Luchaire, *AJJC* 1991, n°VII-1991, p. 77 ; v. également : « Liberté d'association », in. L. Favoreu, L. Philipp, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, A. Roux, E. Oliva (dir.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 19^e éd., 2018, pp. 446-459.

⁵⁵² Considérant n° 2 : « Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ».

⁵⁵³ CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, *Rec.* 1148, concl. Jagerschmidt ; *D.* 1891.3.41, concl. ; *S.* 1892. 3. 17, note Hauriou ; J. CHEVALLIER « Réflexions sur l'arrêt Cadot » *Droits*, n° 9, 1989. 78.z

d'État, n'est pourtant qu'implicite. Troisièmement, le précédent *Jacques Vabre* de la Cour de cassation⁵⁵⁴ répond à la même problématique. Nulle part dans l'arrêt n'est proclamé le principe selon lequel le juge judiciaire est compétent pour contrôler la conformité des lois aux conventions internationales. La Cour se contente de rappeler la supériorité normative des traités en vertu de l'article 55 de la Constitution et de conclure que c'est à bon droit que la cour d'appel a écarté une disposition législative contraire à une convention. Ici encore, la norme générale de compétence exprimée est implicite.

Réfléchir à l'identification, dans les décisions de justice, de « motifs de principe » venant fonder la solution, aboutit dans le même temps à séparer ces motifs de ceux qui n'ont pas directement conduit à la solution. Est ainsi posée, dans le système français, une distinction classique du *common law* : la distinction entre *ratio decidendi* et *obiter dictum*.

§ 2 – Sur la distinction entre *ratio decidendi* et *obiter dictum* en France

Afin de mettre en perspective une éventuelle distinction possible entre *ratio decidendi* et *obiter dictum* en France, il est nécessaire de rappeler dans les grandes lignes la distinction originelle développée en *common law* (A). Ce retour permettra d'éclairer spécifiquement la réception récente par la doctrine française de la notion d'*obiter dictum* (B) et d'interroger en définitive la pertinence et l'opportunité d'un tel emprunt pour le système français (C).

A – Rappel de la distinction entre *ratio* et *obiter* en *common law*

199. *Ratio decidendi*. La *ratio decidendi* correspond littéralement à la « raison de la décision », c'est-à-dire au principe qui a conduit le juge à prendre telle décision plutôt que telle autre. Qu'elle soit formulée explicitement ou non, toute décision ayant à se prononcer sur un point de droit contient une *ratio decidendi*. Il existe, sur la question de l'identification de la *ratio*

⁵⁵⁴ Ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société des cafés Jacques Vabre et Société Weigel*, D. 1975. 497, concl. Touffait, JCP 1975.II.18180 bis, concl. Touffait, Gaz. Pal. 1975.2.470, concl. Touffait, Rev. crit. DIP 1975, p. 347, note Foyer et Holleaux ; JDI 1975, p. 801, note Ruzié.

decidendi, une littérature abondante qu'il serait fastidieux de citer et d'analyser intégralement⁵⁵⁵. Dans cette littérature foisonnante, il existe presque autant de définitions de la *ratio* que d'auteurs qui se sont proposés d'y réfléchir. Il demeure néanmoins opportun de restituer certains grands « moments » dans l'appréhension de cette notion, tout aussi délicate que fondatrice du *common law*, et retenir finalement une définition dans le cadre de cette étude.

200. Définition(s). Constatant la grande confusion de la doctrine juridique face à cette notion de *ratio decidendi*, N. Duxbury l'explique par différents éléments⁵⁵⁶ : il peut parfois être impossible de dissocier clairement *ratio decidendi* et *obiter dictum*, qui sont matériellement confondus dans la décision ; certaines décisions sont dépourvues de *ratio decidendi* identifiable, alors que d'autres peuvent en contenir plusieurs ; l'on ne sait pas si ce qui constitue réellement la *ratio decidendi* est ce que le premier juge en dit ou plutôt ce que les juges suivants lui font dire ; il peut être réducteur de considérer que la *ratio decidendi* est assimilable aux motifs ou aux raisons de la décision ; enfin, il faut distinguer identification et définition de la *ratio decidendi*, qui sont deux opérations intellectuelles clairement dissociées. Face à ces difficultés, de nombreux auteurs ont cependant entrepris de poser une définition de ce concept. L'enjeu d'une identification et d'une définition claires de la *ratio decidendi* est fondamentale dans les systèmes de *common law* dans la mesure où de l'identification précise de la *ratio* dépend l'identification de la règle qui s'imposera aux juges inférieurs. Les réflexions autour de la *ratio* ne constituent donc pas uniquement des querelles byzantines mais contiennent en réalité des enjeux pratiques essentiels.

201. Goodhart et l'identification de la *ratio*. Parmi les tentatives les plus remarquables, celle de A. L. Goodhart mérite une attention particulière. Dans un premier article

⁵⁵⁵ Pour une bibliographie limitative et orientée : R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, *op. cit.*, chapitre 2, « *Ratio decidendi* and *obiter dictum* », pp. 39-96 ; N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*, chap. 3 « *Precedents as reasons* », pp. 58-110 ; M. ZANDER, *The Law Making Process*, *op. cit.*, pp. 268-275 ; A. L. GOODHART, « Determining the *ratio decidendi* of a case », 40 *Yale Law Journal* (1930), p. 161 ; « The *ratio decidendi* of a case », 22 *Modern Law Review* (1959), p. 117 ; J. L. MONTROSE, « The *ratio decidendi* of a case », 20 *Modern Law Review* (1957), p. 587 ; A. W. B. SIMPSON, « The *ratio decidendi* of a case », 21 *Modern Law Review* (1958), p. 155 ; J. STONE, « The *ratio* of the *ratio decidendi* », 22 *Modern Law Review* (1959), p. 597 ; Ch. W. COLLIER, « Precedent and Legal Authority : a Critical History », *Wisconsin Law Review* (1988), p. 771 ; N. MACCORMICK, « Why Cases Have Rationes and What These Are », in L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, *op. cit.*, p. 155 ; G. MARSHALL, « What is Binding in a Precedent », in N. MacCormick and R. Summers (ed.), *Interpreting Precedents*, *op. cit.*, p. 503 ; R. G. SCOFIELD, « Goodhart's Concession : Defending *Ratio Decidendi* from Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century », 16 *King's College Law Journal* (2005), p. 311.

⁵⁵⁶ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*, pp. 69-76.

publié en 1930⁵⁵⁷, Goodhart suggère une méthode permettant de déterminer la *ratio decidendi* dans une décision, c'est-à-dire le principe qui a fondé la décision, méthode qu'il synthétise par les cinq règles suivantes : « 1) Le principe du cas ne peut être déterminé par les seuls motifs donnés dans la décision ; 2) Le principe ne peut être déterminé avec la règle posée dans la décision ; 3) Le principe n'est pas nécessairement identifié par la prise en compte de tous les faits établis de l'affaire couplée avec la décision du juge ; 4) Le principe du cas est établi par la prise en compte a) des faits traités par le juge comme pertinents, et b) de sa décision fondée sur ces faits ; 5) Dans la détermination de ce principe, il est également nécessaire d'établir quels faits ont été tenus par le juge comme non pertinents, car le principe du cas peut dépendre aussi bien de leur exclusion que de leur inclusion »⁵⁵⁸. Sa proposition ayant fait l'objet d'un certain nombre de critiques substantielles, principalement de la part des Pr. Montrose⁵⁵⁹, Simpson⁵⁶⁰ et Stone⁵⁶¹, Goodhart a publié en réponse une nouvelle étude explicative en 1959⁵⁶². Sa thèse initiale ne change pas sur le fond mais il en explicite et développe certains aspects pour clarifier sa position et répondre aux différentes critiques lui ayant été adressées. Sa position se résume en définitive en ces termes : c'est dans la mise en avant « des faits pertinents, explicite ou implicite, par le ou les juges »⁵⁶³ ainsi que par « la conclusion du juge fondée sur ces faits que la *ratio decidendi* d'un cas peut être identifiée »⁵⁶⁴.

202. Définition retenue. Comme le souligne N. Duxbury, identifier et définir la *ratio decidendi* sont deux choses fondamentalement différentes. Si l'on trouve aisément chez Goodhart la technique d'identification, il est plus difficile d'en extraire une définition générale.

⁵⁵⁷ A. L. GOODHART, « Determining the *ratio decidendi* of a case », *op. cit.* ; article repris dans son ouvrage *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge University Press, 1931, pp. 1-26.

⁵⁵⁸ A. L. GOODHART, « Determining the *ratio decidendi* of a case », *op. cit.*, p. 182 : « The rules for finding the principle of a case can, therefore, be summarized as follows : 1) The principle of a case is not found in the reasons given in the opinion ; 2) The principle is not found in the rule of law set forth in the opinion ; 3) The principle is not necessarily found by a consideration of all the ascertainable facts of the case and the judge's decision ; The principle of the case is found by taking account (a) of the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them ; 5) In finding the principle it is also necessary to establish what facts were held to be immaterial by the judge, for the principle may depend as much on exclusion as it does on inclusion ».

⁵⁵⁹ J. L. MONTROSE, « The *ratio decidendi* of a case », *op. cit.*

⁵⁶⁰ A. W. B. SIMPSON, « The *ratio decidendi* of a case », *op. cit.*

⁵⁶¹ J. STONE, « The *ratio* of the *ratio decidendi* », *op. cit.*

⁵⁶² A. L. GOODHART, « « The *ratio decidendi* of a case », *op. cit.*

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 123.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 120.

Bien que parfaitement satisfaisante sur le plan de l'identification, la définition qui pourrait en être extraite semble en effet trop technique. Il lui sera ainsi préféré la définition proposée par R. Cross et J. W. Harris, qui ne s'en éloigne cependant guère de façon substantielle mais est plus synthétique. Selon Cross et Harris, « la *ratio decidendi* d'un cas est toute règle de droit explicitement ou implicitement considérée par le juge comme une étape nécessaire pour parvenir à sa conclusion, eu égard au raisonnement adopté »⁵⁶⁵. Pour N. MacCormick en outre, « la *ratio decidendi* est une décision prise par un juge, explicitement ou implicitement, et qui est suffisante pour établir un point de droit soulevé dans les arguments des parties au litige, point de droit sur lequel une décision était nécessaire à la justification de la solution de l'affaire »⁵⁶⁶. Il paraît en effet opportun de compléter la définition de Cross et Harris par celle-ci, car elle y ajoute la notion de justification, élément fondamental de l'approche théorique et dogmatique de MacCormick et dans laquelle cette étude s'inscrit⁵⁶⁷. Une fois la notion de *ratio decidendi* définie dans ses grandes lignes, il est désormais possible d'aborder en contrepoint son pendant « négatif », *l'obiter dictum*.

203. *Obiter dictum*. Pouvant se traduire littéralement par « dit en passant », l'expression *obiter dictum* renvoie à un élément de la motivation d'une décision de justice, de l'argumentation développée par le juge, qui n'est pas directement tournée vers la solution de l'affaire. *L'obiter dictum* renvoie ainsi à une sorte de motivation incidente ou accessoire dans le cadre précis de l'espèce concernée. *L'obiter dictum* peut à cet égard revêtir différentes formes. Il peut s'agir notamment d'éléments « non nécessaires à la solution, ou sans rapport avec les faits de l'espèce, ou dirigés vers une question qu'aucune des parties n'avait soulevée »⁵⁶⁸. Cross et Harris insistent en outre sur la différence de degrés pouvant exister entre d'une part « les *dicta* sans rapport avec l'affaire dans laquelle on les trouve » et, d'autre part, « ceux qui traitent d'une question secondaire liée à l'affaire, bien qu'ils ne soient pas inclus dans la *ratio decidendi* »⁵⁶⁹. Cette distinction se retrouve notamment sous la plume de M. Zander, qu'il formalise par une

⁵⁶⁵ R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, *op. cit.*, p. 72 : « The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him ».

⁵⁶⁶ N. MACCORMICK, « Why Cases have Rationes and What These Are », *op. cit.*, p. 170.

⁵⁶⁷ N. MACCORMICK, « Why Cases have Rationes... » *op. cit.*, p. 171 : « It must be noticed that the *ratio* on this view is a function of a judge's decision and of the justification offered by that judge in the opinion he/she states supporting it ».

⁵⁶⁸ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁶⁹ R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, *op. cit.*, p. 81.

distinction terminologique : il y aurait d'un côté les *judicial dicta* qui seraient liés de façon incidente à l'affaire en litige et d'un autre côté les *obiter dicta* qui renverraient à des motifs totalement disjoints de la solution et ne pouvant y être rattachés que de façon artificielle⁵⁷⁰. Cette distinction n'est cependant que peu employée, les auteurs utilisant généralement l'expression *obiter dictum/dicta* pour les deux acceptions.

204. Distinction fondamentale du *common law*. La distinction entre *ratio decidendi* et *obiter dictum* est une distinction fondamentale du *common law* et « il est difficile aujourd'hui d'imaginer un *common lawyer* qui ne serait pas familier de cette distinction »⁵⁷¹. Elle est véritablement constitutive du système précédentiel britannique et, dans une certaine mesure également, états-unien⁵⁷². Toute l'appréhension du précédent, conçu comme l'émanation d'un contexte factuel précis et d'un raisonnement judiciaire détaillé repose sur cette distinction et sur la nécessité d'identifier ce qui est et ce qui n'est pas la *ratio*, pour savoir précisément ce qui lie et ce qui ne lie pas le juge pour l'avenir. En effet, une fois que l'on a affirmé que la *ratio* est la décision sur un point de droit, prise en considération des faits pertinents de l'espèce et nécessaire à la solution du litige, il reste à s'accorder sur le contenu exact à donner à ces différents termes. Quels faits retient-on comme pertinents ? Que signifie exactement *pertinent* ? Jusqu'à quel degré peut-on affirmer que le raisonnement est *nécessaire* à la solution ? Autant d'interrogations qui expliquent pourquoi la littérature de *common law* et les différentes notes relatives à une décision « importante » abondent de réflexions sur cette distinction.

Cette distinction très spécifique aux systèmes précédentiels de *common law* se retrouve cependant de plus en plus employée par la doctrine juridique française, spécifiquement par l'émergence d'études consacrées aux *obiter dicta*.

⁵⁷⁰ M. ZANDER, *The Law Making Process*, *op. cit.*, p. 268 : « Dicta or judicial dicta is the term used when they relate to a matter in issue in the case ; obiter dicta are dicta that are more peripheral ».

⁵⁷¹ N. DUXBURY, *The Nature Authority of Precedent*, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁷² Cette distinction se retrouve aux États-Unis sous l'expression *holding* pour *ratio decidendi* et *dictum* pour *obiter dictum*.

B – Un recours accru à la notion d'*obiter dictum* en France

Il ne s'agit pas ici d'entrer dans le détail de la réception de cette notion d'*obiter dictum* en France, qui mériterait des développements excédant l'objet et le cadre de cette étude, ni de se livrer à une analyse détaillée de la pratique des *obiter* en France, travail déjà remarquablement mené dans deux thèses récentes⁵⁷³. Il convient simplement de présenter l'existence d'un véritable tournant doctrinal au début des années 2010 sur la question (1°), avant d'interroger l'opportunité de l'emploi de ce terme pour le système français (2°).

1) *Le constat d'un intérêt récent pour la notion : le tournant des années 2010*

205. Prémises. Le début des années 2010 constitue un tournant dans la littérature doctrinale française sur la question des *obiter dicta*. Certes, la notion est connue depuis fort longtemps mais l'emploi spécifique de ce terme pour désigner le motif d'une décision de justice non nécessaire à la solution du litige demeurait assez rare jusqu'alors. Au-delà de quelques références à cette notion dans des notes ou commentaires, il n'y a pas d'étude substantielle sur les *obiter dicta* en France avant les années 2000-10. Ainsi par exemple, la notion figure dans le titre de la thèse soutenue par Ph. Blacher en 1998, à propos de *l'obiter dictum* « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »⁵⁷⁴, mais elle disparaît cependant dans le titre de la version publiée en 2001⁵⁷⁵. La thèse ne contient pas de développements substantiels spécifiques à cette notion d'*obiter dictum*. De telles réflexions sont toutefois menées par l'auteur dans un article paru en 2000⁵⁷⁶, constituant ainsi l'amorce et les prémisses d'une réflexion de fond sur les *obiter dicta* en France. Très tôt paraissent également des études en droit international et européen, spécialement consacrées aux *obiter dicta*, l'une à

⁵⁷³ M. LANNON, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, préface de Maryse Deguegue, Paris, Dalloz, 2016 ; S. HORTALA, *Les obiter dicta de la Cour de cassation : étude de la jurisprudence civile*, thèse dactyl., Toulouse, Université Toulouse 1 Capitole, 2017.

⁵⁷⁴ Ph. BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : étude sur l'obiter dictum : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »*, thèse dactyl., Montpellier, 1998.

⁵⁷⁵ Ph. BLACHER, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »*, Paris, PUF, 2001.

⁵⁷⁶ Ph. BLACHER, « *L'obiter dictum* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *REDP* 2000, vol. 12, n° 3, p. 897.

propos de la Cour de justice des communautés européennes⁵⁷⁷ et l'autre de la Cour internationale de justice⁵⁷⁸.

206. Tournant. Ce n'est qu'à partir de la fin des années 2000 que l'on peut relever une évolution doctrinale notable sur la question des *obiter dicta*, avec la parution d'études substantielles ou de contributions de colloque consacrées à la question et même, plus récemment, la soutenance et la publication de thèses de doctorat. Dès 2009, une étude de L. Coutron sur le style des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne⁵⁷⁹, consacre d'importants développements à la notion d'*obiter dictum*. L'auteur considère en effet que l'adoption par la Cour de justice d'une « motivation plus étoffée (...) conduit à s'intéresser à la distinction entre la *ratio decidendi* et l'*obiter dictum* »⁵⁸⁰. L'*obiter* y est présenté comme des « développements non nécessaires au règlement du litige », sorte de « laisser-aller » pouvant « se révéler fâcheux au moment de déterminer la portée réelle d'un arrêt »⁵⁸¹. L'année suivante à Toulouse, s'est tenu un colloque intitulé « La pédagogie au service du droit » dont les actes ont été publiés en 2011⁵⁸². Deux études y sont spécifiquement consacrées aux *obiter dicta* : l'une de M. Deguegue pour le Conseil d'État⁵⁸³, l'autre de A. Vidal-Naquet pour le Conseil constitutionnel⁵⁸⁴. C'est quasiment au même moment que paraît l'étude de S. Tournaux relative à l'*obiter dictum* de la Cour de cassation⁵⁸⁵. Doivent enfin être notées deux thèses récentes consacrées à la question : la thèse de M. Lannoy sur les *obiter dicta* du Conseil d'État statuant au

⁵⁷⁷ C. CHARRIER, « L'*obiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE* 1998, n° 1-2, p. 79.

⁵⁷⁸ A. ORAISON, « Réflexions générales sur la nature des *obiter dicta* enchâssés dans les décisions de justice rendues par la Cour internationale de justice. Le cas de l'*obiter dictum* contenu dans l'arrêt *Barcelona Traction* du 5 février 1970 (Une inflorescence de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature contentieuse au même titre que les opinions individuelles et dissidentes ?) », *RRJ-DP* 2002, p. 1923.

⁵⁷⁹ L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD eur.* 2009, p. 643.

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² Ph. RAIMBAULT, M. HECQUARD-THERON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso éditions.

⁵⁸³ M. DEGUERGUE, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », in. Ph. Raimbault, M. Hécquard-Théron (dir.), *La pédagogie au service du droit*, *op. cit.*, p. 229.

⁵⁸⁴ A. VIDAL-NAQUET, « La pratique des *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in. *La pédagogie au service du droit*, *op. cit.*, p. 247.

⁵⁸⁵ S. TOURNAUX, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011, p. 45.

contentieux soutenue en 2014 et publiée en 2016⁵⁸⁶ ainsi que la thèse de S. Hortala relative aux *obiter dicta* de la Cour de cassation soutenue en 2017⁵⁸⁷.

2) Réflexions sur l'opportunité de cet emprunt terminologique

207. Les risques d'un emprunt : l'assimilation trompeuse avec le *common law*.

La France ne connaît pas la distinction entre *ratio decidendi* et *obiter dictum* dans son sens strict, telle que présentée précédemment. En effet, cette distinction est tout à fait spécifique à la compréhension du pouvoir judiciaire, à la motivation et au style des décisions de justice en *common law*. Le juge y raisonne à partir des faits de l'espèce, propose un raisonnement fourni et le précédent n'émerge pas nécessairement de la formulation d'un principe comme le précédent en France. La *ratio decidendi* est établie en analysant le raisonnement du juge et les faits qu'il a décidé de traiter comme pertinents pour parvenir à sa solution. En France, la structure de la motivation des cours souveraines est globalement peu discursive et ne permet pas d'identifier un tel raisonnement. Partant de ce constat, il n'est pas possible de concevoir en France une telle distinction, et ce en raison de la motivation brève et de type prescriptif adoptée par les cours souveraines. Dans ce contexte, l'emprunt terminologique d'*obiter dictum*, et accessoirement de *ratio decidendi*, peut être trompeur car il pourrait suggérer de prime abord qu'il s'agit d'*obiter* de même nature que ceux de *common law*.

208. Spécificité de l'*obiter dictum* en France. Les différents travaux consacrés aux *obiter dicta* ces dernières années ont parfaitement souligné cette particularité française, se gardant de voir dans l'identité sémantique une identité de nature. Ainsi M. Lannoy, dans son chapitre consacré aux « définitions négatives de l'*obiter dictum* »⁵⁸⁸, prend soin de distinguer clairement le *common law* anglais avec la situation du Conseil d'État sur la question de la *ratio decidendi* et des *obiter dicta*. L'auteur fonde la spécificité du cas français sur le fait que d'une part la *ratio decidendi* est le fruit de « considérants de principe » formulés « *ab initio* et *in abstracto* »⁵⁸⁹ et « au sein desquels peuvent coexister des *rationes decidendi* et des *obiter dicta* »⁵⁹⁰. Quant à la question

⁵⁸⁶ M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, *op. cit.*

⁵⁸⁷ S. HORTALA, *Les obiter dicta de la Cour de cassation : étude de la jurisprudence civile*, *op. cit.*

⁵⁸⁸ M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, *op. cit.*, pp. 139-180.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 159.

⁵⁹⁰ *Ibid.*

spécifique des *obiter*, l'auteur précise qu'il ne peut y avoir d'identité avec le *common law* dans la mesure où, d'une part, les jugements en France ne comprennent pas d'opinions séparées⁵⁹¹, lieu privilégié de leur expression dans le système britannique, et, d'autre part, les *obiter* en France sont pourvus d'une autorité jurisprudentielle certaine⁵⁹², à la différence du *common law*. Dans le même sens, S. Hortala rend compte de cette spécificité dans sa thèse, affirmant dès l'introduction que « la définition de l'*obiter dictum* en *common law* méritera d'être approfondie afin de mieux la distinguer de la notion en droit français ; une terminologie identique n'emportant pas indispensablement une seule et même signification »⁵⁹³. L'*obiter dictum* en France est en effet une notion autonome et ne peut s'apparenter à son homonyme de *common law*.

209. Identification. Une fois sa spécificité établie, il reste à présenter sommairement la façon dont l'*obiter dictum* français peut être défini, par contraste avec le *common law*. L'*obiter dictum* est ainsi présenté comme « une opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif, indication occasionnelle qui, à la différence des motifs même surabondants, ne tend pas à justifier la décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une question autre que celles que la solution du litige en cause exige de trancher »⁵⁹⁴. L'appréhension de l'*obiter dictum* en France demeure très liée à la compréhension du pouvoir normatif de type législatif des cours souveraines. Puisque l'on considère que le précédent, la *ratio decidendi*, figure dans un motif de principe qui fonde la solution, l'*obiter* serait, par contraste, un motif de principe qui ne fonde pas la solution, autrement dit « un aparté non nécessaire à la résolution d'un litige »⁵⁹⁵. Il y a donc, dans un premier temps, une définition négative de l'*obiter dictum*, comme celle du *common law*. De ce point de vue, il apparaît clairement qu'il n'est pas un « motif décisif »⁵⁹⁶, qu'il est un motif « qui ne tend pas à justifier la décision judiciaire rendue »⁵⁹⁷, il n'est pas un « motif supporteur »⁵⁹⁸ et ne

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 172.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 175.

⁵⁹³ S. HORTALA, *Les obiter dicta de la Cour de cassation : étude de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁹⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*, p. 699.

⁵⁹⁵ M. DEGUERGUE, « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 235.

⁵⁹⁶ M. LANNOY, *op. cit.*, p. 169.

⁵⁹⁷ S. TOURNAUX, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *op. cit.* p. 51.

⁵⁹⁸ O. PFERSMANN, « Le problème des normes paratopiques », *op. cit.* p. 558.

constitue pas un « soutien nécessaire du dispositif »⁵⁹⁹. Constatant, au sujet du Conseil constitutionnel, que l'*obiter dictum* se caractérise « par son inutilité à la solution rendue », A. Vidal-Naquet le distingue, non seulement des motifs décisifs, mais aussi « des motifs supplémentaires ou des motifs surabondants qui dérogent à la règle traditionnelle de l'économie de moyens »⁶⁰⁰. Outre cette approche négative, les différents travaux étudiés ont proposé une définition positive de l'*obiter*, généralement fondée sur la conjugaison d'un critère formel et d'un critère matériel. Ainsi M. Lannoy considère que « ce qui définit formellement l'*obiter dictum* du Conseil d'État, c'est sa formulation dans un acte contentieux »⁶⁰¹ tandis que ce qui le définit matériellement, « c'est son caractère superflu pour la solution contentieuse »⁶⁰². La même distinction est opérée dans l'étude de S. Tournaux, qui évoque comme critère formel « une règle de droit énoncée par la décision »⁶⁰³ et comme critère matériel « une règle de droit énoncée hors du cadre du litige »⁶⁰⁴.

210. Fonctions. Au-delà de son objet, l'*obiter dictum* est également étudié dans sa dimension fonctionnelle. Ainsi, selon L. Coutron, les *obiter dicta* seraient susceptibles « de remplir une fonction normative, exploratoire ou de justification »⁶⁰⁵. Cela est parfois exprimé par une simple distinction binaire, entre « fonction normative » et « fonction pédagogique »⁶⁰⁶. M. Lannoy évoque une distinction entre la fonction juridictionnelle et jurisprudentielle des *obiter dicta* du Conseil d'État⁶⁰⁷. Cela évoque, sous réserve de nuances, la distinction fondamentale entre d'une part une fonction d'ordre normatif, ayant une vocation prescriptive à l'égard de

⁵⁹⁹ Sur cette question, v. not. : J. NORMAND, « L'étendue de la chose jugée au regard des motifs et du dispositif », *BICC*, hors-série, n° 3, 2004 ; J. HERON, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », in. *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 131 ; C. BOUTY, « Chose jugée », in. *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, § 500-512 ;

⁶⁰⁰ A. VIDAL-NAQUET, « La pratique des *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 252.

⁶⁰¹ M. LANNOY, *op. cit.*, p. 182.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 204.

⁶⁰³ S. TOURNAUX, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 51.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁰⁵ L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 650.

⁶⁰⁶ S. TOURNAUX, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *op. cit.* pp. 63-66. C'est également la distinction que retient en substance M. Deguegue, en précisant que l'*obiter* peut « d'une part, anticiper des questions qui se poseront dans l'avenir avec certitude – et le juge est le mieux placé pour les connaître –, d'autre part, faire œuvre pédagogique, voire doctrinale, pour clarifier des définitions ou des distinctions ».

⁶⁰⁷ M. LANNOY, *op. cit.*, pp. 225-230.

situations autres que celle en litige, et d'autre part une fonction que l'on peut qualifier de « doctrinale », « justificatrice » ou « pédagogique », et dont l'objectif est d'éclairer une position antérieure, de justifier une interprétation particulière, sans pour autant avoir de valeur normative directe. La fonction « exploratoire » évoquée par L. Coutron fait à cet égard figure d'intermédiaire, dans la mesure où « un motif prétendument exploratoire peut tout aussi bien être appréhendé comme un motif pré-normatif, en ce sens qu'il accédera à la normativité s'il est repris ultérieurement dans une autre affaire »⁶⁰⁸.

211. Signification de ce changement terminologique. Le mouvement doctrinal qui vient d'être présenté, faisant apparaître un recours de plus en plus fréquent aux notions d'*obiter dictum* et, plus accessoirement, de *ratio decidendi*, traduit une évolution certaine de l'approche du pouvoir normatif du juge et est fondamentale pour comprendre le changement de discours à son sujet. Jusqu'à la fin du XXe siècle, un grand nombre d'auteurs, à l'instar de Cross et Harris⁶⁰⁹, affirment à raison que la distinction entre *ratio* et *obiter* constitue un trait tout à fait spécifique au raisonnement des juristes du *common law*. Ces derniers sont en effet habitués aux raisonnements à propos de cette distinction, et ce en raison du développement au XIXe siècle de la doctrine du précédent obligatoire (*binding precedent*)⁶¹⁰ et d'une acception stricte de la règle coutumière *stare decisis*. Il est en effet crucial de déterminer la *ratio decidendi* (et, négativement, ce qui est *obiter*) afin de savoir ce qui s'impose juridiquement. La motivation fournie et le raisonnement centré sur les faits ont en outre favorisé un certain type de raisonnement, spécifiquement britannique, pour isoler la *ratio decidendi*. L'affirmation selon laquelle cette distinction constitue un point de différence majeur entre *common lawyers* et juristes continentaux semble devoir être nuancée et discutée aujourd'hui. Il existe une certaine prise de conscience, par les cours souveraines, de leur pouvoir normatif, qui semble de plus en plus assumé. Cela se traduit tout particulièrement par une motivation enrichie, un style plus discursif et parfois plus pédagogique.

Cette évolution de la motivation des cours souveraines et de la compréhension de leur pouvoir normatif fournit indéniablement aux juges inférieurs et aux commentateurs des

⁶⁰⁸ L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 651.

⁶⁰⁹ R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in English law*, *op. cit.*, p. 49 : « continental discussions on the subject of judicial decisions do not share the pre-occupation of writers on Anglo-American jurisprudence with the method of distinguishing *ratio decidendi* from *obiter dictum* ».

⁶¹⁰ J. EVANS, « Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century », *op. cit.*

décisions un matériau plus dense à analyser et, partant, favorise le développement d'un certain raisonnement précédentiel qui, bien que spécifiquement français, se rapproche par certains aspects des méthodes développées en *common law*. Les études consacrées aux *obiter dicta* sont l'un des symptômes principaux de cette évolution. Les récentes réformes de la motivation et du style de rédaction des décisions des cours souveraines n'ont fait que confirmer cette tendance.

§ 3 – *L'impact des récentes réformes de la rédaction et de la motivation des décisions des cours souveraines*

212. Une tradition de brièveté remise en cause. Il est généralement admis que la tradition française de motivation des décisions de justice est marquée la brièveté. Les travaux de F. Malhière sont sur ce point tout à fait éclairants et mettent en évidence le fait que « la rédaction des décisions est (...) étroitement liée à la conception que les juges se font de leur fonction »⁶¹¹. Il apparaît que dans un système fondamentalement légicentré comme l'a été le système français des deux derniers siècles, « la conception restrictive de la motivation (...) procède d'une vision restrictive de l'office du juge, corollaire de la magnification de la loi »⁶¹². Il convient toutefois de relever dans cette perspective quelques réformes récentes des cours souveraines qui, sans être révolutionnaires, ne sont cependant pas anodines. Ces réformes seront étudiées exclusivement pour leur volet consacré au style rédactionnel et à la motivation des décisions des cours souveraines. Si l'on a pu observer une lente évolution, accompagnée d'un processus d'expérimentation pour le Conseil d'État (**A**) et la Cour de cassation (**B**), la réforme du Conseil constitutionnel s'est faite de façon plus brutale et, semble-t-il, artificielle (**C**).

⁶¹¹ F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris, Dalloz, 2013, p. 9.

⁶¹² J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in. S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, *op. cit.*, p. 227.

A – Le Conseil d’État

213. Une « tradition de concision structurée ». Le Conseil d’État a employé tout au long du XXe siècle une motivation très laconique, selon les canons de l’*imperatoria brevitatis*⁶¹³. Ce style concis, aux formulations parfois ésotériques, a fait l’objet de nombreuses critiques, le Doyen Vedel lui reprochant notamment de rendre le droit administratif inaccessible et peu démocratique⁶¹⁴. Comme le rappelle G. Bigot, le Conseil d’État « (a)yant à régler les conflits du droit et du pouvoir, s’inscrivant dans le cadre d’une *politique* jurisprudentielle, sa science doit pour partie demeurer la science camérale des princes qui gouvernent »⁶¹⁵. Longtemps cette exigence de concision a été associée à la rigueur formelle du raisonnement développé par le Conseil d’État, entraînant ce que J. Petit appelle « la tradition de la concision structurée »⁶¹⁶. Il peut toutefois aisément être objecté qu’il n’y a là aucun lien logique entre ces deux exigences, et qu’un raisonnement fourni peut être parfaitement clair et rigoureux, de même qu’un raisonnement concis peut être obscur et source de confusion. Les exemples de « grands arrêts » se livrant à un tel laconisme⁶¹⁷, voire mutisme⁶¹⁸, sont très nombreux. Cette tradition s’est

⁶¹³ Sur le sujet, v. not. : M.-C. PONTTHOREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP* 1994, p. 747 ; J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », in. S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public, op. cit.*, p. 213, sp. pp. 224-228 ; D. RIBES, « La motivation des décisions du Conseil d’État », in. F. Hourquebie, M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles, op. cit.*, p. 183 ; V. DONIER, « Style et structure des décisions du Conseil d’État : vers une évolution culturelle ? », in. F. Hourquebie, M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles, op. cit.*, p. 197.

⁶¹⁴ G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979-1980, n° 31, p. 31.

⁶¹⁵ G. BIGOT, « Histoire de la motivation en droit public français », in. S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public, op. cit.*, p. 58.

⁶¹⁶ J. PETIT, « La motivation des décisions du juge administratif français », *op. cit.*, p. 224.

⁶¹⁷ Pour des exemples particulièrement évocateurs : CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, n° 30701, *Rec.*, p. 909, concl. Blum ; *D.* 1916.3.35, concl. ; *S.* 1917.3.15, concl. ; *RDP* 1914, p. 145, note Jèze ; CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, n° 92004, *Rec.*, p. 151 ; *Dr. soc.* 1951, p. 168, concl. Letourneur, note Rivero ; *S.* 1951.3.81.

⁶¹⁸ CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, *Rec.*, p. 155, concl. David ; *D.* 1875.3.18, concl. ; *GCJA*, vol. 1, n° 13, concl. ; CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec.*, p. 190, concl. Frydman ; concl., *JCP* 1989.II.21371, *RFDA* 1989, p. 812, *RTD eur.* 1989, p. 771, *RGDIP* 1989, p. 1041, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 125 ; *RUDH* 1989, p. 262 ; *Gaz. Pal.* 12- 14 nov. 1989, obs. Chabanol ; *RDP.* 1990, p. 801, note Touchard ; *AFDI* 1989, p. 91, comm. Rambaud ; *RFDA* 2014, p. 985, note Labetoulle.

longtemps matérialisée sur le plan du style rédactionnel par le recours à la « phrase unique »⁶¹⁹ et au considérant de principe elliptique.

214. Évolution vers un style « pédagogique ». À partir du début des années 2000, la motivation des décisions du Conseil d'État s'est progressivement et considérablement enrichie, le juge administratif suprême se livrant à un style plus discursif, didactique⁶²⁰ et ouvertement pédagogique⁶²¹. Sont ainsi apparus de plus en plus de motifs dans lesquels le Conseil d'État, sans nécessairement « créer une règle nouvelle (...), se sert de la motivation pour remédier à une controverse juridique et édicter ainsi une mode d'emploi à l'attention de l'administration »⁶²² et des juges fond. Ce constat est également valable « lorsque le Conseil d'État fait œuvre prétorienne [et] indique à l'administration et aux juges du fond comment mettre en œuvre la nouvelle construction »⁶²³. Attestent notamment de cette évolution les grandes constructions jurisprudentielles en matière de contentieux des contrats administratifs, du précédent *Tropic*⁶²⁴ au précédent *Tarn et Garonne*⁶²⁵, en passant par les deux précédents « biterrois »⁶²⁶. Par ces arrêts, le Conseil d'État a notamment créé *ex nihilo* un nouveau recours

⁶¹⁹ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif* (reprod. fac-similé de l'édition de 1972), Paris, LGDJ, 2014, p. 85.

⁶²⁰ Ch. ALONSO, « La motivation didactique des décisions juridictionnelles du Conseil d'État », in. Ph. Raimbault, M. Hécquard-Théron (dir.), *La pédagogie au service du droit*, *op. cit.*, p. 161.

⁶²¹ D. BOTTEGHI, « L'ambition pédagogique du juge administratif », in. Ph. Raimbault, M. Hécquard-Théron (dir.), *La pédagogie au service du droit*, *op. cit.*, p. 153.

⁶²² V. DONIER, « Style et structure des décisions du Conseil d'État : vers une évolution culturelle ? », *op. cit.*, p. 206.

⁶²³ P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, § 72.

⁶²⁴ CE, ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, *ADJA* 2007, p. 1577, chron. Lenica et Boucher ; *RFDA* 2007, p. 696, concl. Casas, p. 917, étude Moderne, p. 923, note Pouyaud, p. 935, étude Canedo-Paris ; *D.* 2007, p. 2500, note Capitant ; CE, ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn- et- Garonne, Rec.*, p. 70, concl. Dacosta ; *RFDA* 2014, p. 425 ; *AJDA* 2014, p. 1035, chr. Bretonneau et Lessi ; *BJCP* 2014, p. 204, note Terneyre ; *BJCL* 2014, p. 316, note Fardet ; *CMP* mai 2014, p. 5, comm. Llorens et Soler- Couteaux ; *D.* 2014, p. 1179, note M. Gaudemet et Dizier ; *RDI* 2014, p. 344, note Braconnier ; *RDP* 2014, p. 1148, débat Seiller, Braconnier, Dacosta, p. 1175, note Janicot et Lafaix, p. 1198, note Rollin ; *RFDA* 2014, p. 438, note Delvolvé.

⁶²⁵ CE, ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn- et- Garonne, Rec.* 70, concl. Dacosta ; *RFDA* 2014, p. 425 ; *AJDA* 2014, p. 1035, chr. Bretonneau et Lessi ; *BJCP* 2014, p. 204, note Terneyre ; *BJCL* 2014, p. 316, note Fardet ; *CMP* mai 2014, p. 5, comm. Llorens et Soler-Couteaux ; *D.* 2014, p. 1179, note M. Gaudemet et Dizier ; *RDI* 2014, p. 344, note Braconnier ; *RDP* 2014, p. 1148, débat Seiller, Braconnier, Dacosta, p. 1175, note Janicot et Lafaix, p. 1198, note Rollin ; *RFDA* 2014, p. 438, note Delvolvé.

⁶²⁶ CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers I, Rec.* p. 509, concl. Glaser ; concl., *BJCP* 2010, p. 138, *RFDA* 2010, p. 506 ; *AJDA* 2010, p. 142, chr. Liéber et Botteghi, et 2011, p. 665, chr. Lallet et Domino ; *RDP* 2010, p. 553, note Pauliat ; *RFDA* 2010, p. 519, note Pouyaud ; CE, sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers II, Rec.*, p. 117, concl. Cortot- Boucher ; *RFDA* 2011, p. 507, concl., 518, note Pouyaud ; *AJDA* 2011, p. 670, note Lallet ; *DA* 2011, n° 46, note Brenet et Melleray ; *JCP A.* 2011, p. 2171, note Linditch.

de plein contentieux pour les tiers au contrat administratif, détaillant et précisant quels tiers étaient concernés, dans quelles conditions ils pouvaient former ce recours et quel était l'office du juge du contrat. Ces arrêts, particulièrement révélateur de ce mouvement, contiennent des motifs très longs, détaillés, explicatifs, dans lesquels la phrase unique est déjà, de fait, abandonnée. Ces mêmes considérants « mode d'emploi » se retrouvent dans de nombreuses autres décisions à la même époque, comme par exemple : la décision *Association AC !*⁶²⁷, relative à la modulation dans le temps des effets des arrêts du juge administratif ; la décision *APREI*⁶²⁸, qui reprend, à l'aune des problématiques contemporaines, les critères de définition du service public établis par l'arrêt *Nary*⁶²⁹ en 1963 et en étend la définition ; la décision *Commune d'Aix-en-Provence*⁶³⁰ sur la gestion d'un service public déléguée par une collectivité territoriale à une personne privée.

215. Réforme (2012-2018) – un objectif de simplification. C'est dans ce contexte de profondes mutations qu'intervient la publication, en avril 2012, d'un rapport du groupe de travail présidé par Ph. Martin et relatif à la rédaction des décisions de la juridiction administrative⁶³¹. Ces travaux constituent le marqueur d'une prise de conscience, de la part du juge administratif suprême, d'une certaine tendance à la complexification du droit, couplée à une exigence croissante de transparence, que la phrase unique traditionnelle et le considérant de principe classique ne peuvent satisfaire. Aussi le rapport reconnaît-il dès ses premières lignes que si le mode de rédaction classique « présente d'importantes qualités, en termes notamment de rigueur et de précision du raisonnement, il ne permet peut-être plus au juge administratif de rendre compte le plus clairement possible à un public plus large de l'application

⁶²⁷ CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, Rec. p. 197 ; *RFDA* 2004, p. 438, étude Stahl et Courrèges, et 454, concl. Devys ; *AJDA* 2004, p. 1049, comm. Bonichot, et 1183, note Landais et Lenica ; *DA* juill. 2004, note Lombard, et août-sept. 2004, note Dubos et Melleray ; *JCP G* 2004.II.10189 ; *JCP A*. 2004, p. 1826, note Bigot.

⁶²⁸ CE, sect., 22 juillet 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, Rec. p. 92 ; *AJDA* 2007. 793, chron. Lenica et Boucher ; *RFDA* 2007, p. 803, note Boiteau ; *RDS* 2007, p. 499, concl. Verot.

⁶²⁹ CE, sect., 28 juin 1963, *Nary*, Rec. p. 401, *AJDA* 1964, p. 491, note de Laubadère ; *RDP* 1963, p. 1186, note Waline.

⁶³⁰ CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec. p. 155, *AJDA* 2007, p. 1020, chron. Lenica et Boucher et p. 1153, tribune Richer ; *DA* 2007, n° 95, note Bazex et Blazy ; *RDP* 2007, p. 1367, note Bui-Xuan ; *JCP A*. 2007, p. 2111, note Karpenschif et p. 2125, note Linditch.

⁶³¹ En ligne sur le site du Conseil d'État : http://www.conseil-etat.fr/content/download/1690/5098/version/1/file/rapport_redaction_decisions_juradm_2012.pdf

qu'il fait d'un droit toujours plus complexe »⁶³². Parmi les propositions les plus marquantes en matière de style et de motivation, l'on peut relever notamment l'abandon de la phrase unique et des considérants afin de privilégier un style plus direct (proposition n° 14) ou le recours à des titres et sous-titres en présence de plusieurs moyens (proposition n° 17). La publication de ce rapport a ainsi ouvert une période d'expérimentation, visant à mettre à l'épreuve ces diverses propositions. À l'issue de cette période, un autre groupe de travail présidé par B. Stirn a publié le 10 décembre 2018 un « *vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative »⁶³³. Il peut être relevé, avec F. Melleray que cette réforme, très attendue, « apparaît finalement modeste (modestie ne rimaient pas nécessairement avec inutilité) » de sorte que « l'évolution la plus notable est sans doute la généralisation du style direct et l'abandon du considérant remplacé par une formule générique introduisant les motifs de la décision »⁶³⁴. Le président Stirn souligne que ce *vade-mecum* « s'inscrit dans un objectif de meilleure compréhension des décisions, à la fois par une rédaction plus accessible et par un enrichissement de la motivation »⁶³⁵. En matière de motivation, l'enrichissement est toutefois advenu bien avant l'amorce de la réforme, de sorte qu'il semble que l'apport fondamental de cette dernière réside finalement dans « l'accessibilité et l'intelligibilité de la jurisprudence auprès d'un public non spécialisé »⁶³⁶, bien davantage que dans un bouleversement de la motivation des décisions du juge administratif suprême. La motivation du Conseil d'État a en effet évolué, dès le début des années 2000, d'une façon relativement spontanée et cette réforme en a simplement pris acte, en venant encadrer et « officialiser » cette évolution.

B – La Cour de cassation

216. Le maintien de la concision jusqu'à la réforme. S'il apparaît que les premiers arrêts du Tribunal de cassation, puis ceux de la Cour de cassation jusqu'au milieu du XIXe

⁶³² *Ibid.*, p. 6.

⁶³³ En ligne sur le site du Conseil d'État : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/149628/1515101/version/1/file/Vade-mecum-Redaction-decisions-de-la-juridiction-administrative.pdf>.

⁶³⁴ F. MELLERAY, « Le *vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative », *JCP G.* n° 1-2, 14 janvier 2019, p. 75.

⁶³⁵ B STIRN, « Entretien », *JCP A.* n° 51-52, 26 décembre 2018, p. 931.

⁶³⁶ F. MELLERAY, *op. cit.*

siècle, revêtent un style relativement didactique⁶³⁷, l'on remarque que la concision s'impose progressivement à partir des années 1860, pour dominer ensuite toute l'histoire de l'institution. Dès 1974 cependant, A. Touffait et A. Tunc appellent de leurs vœux une « motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation »⁶³⁸, voyant dans une motivation lapidaire et « ésotérique » un risque d'incertitude quant à l'application du droit, une atteinte à la sécurité juridique et d'une façon plus générale, une pente favorable à une certaine forme d'arbitraire du juge et en dernière instance une contradiction avec l'exigence de justice. La concision, qui trouve également ses défenseurs⁶³⁹, s'est globalement maintenue à la Cour de cassation jusqu'à de très récentes évolutions. Parmi les arguments avancés en faveur du maintien de ce style⁶⁴⁰, il y a notamment l'idée qu'une motivation brève, à l'instar du législateur, est un gage d'autorité, et que ce style découle logiquement de l'office de cassation et du raisonnement par syllogisme.

217. Facteurs d'évolution. Plusieurs facteurs ont contribué à faire évoluer la situation à la Cour de cassation sur le plan de la motivation et du style : l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme exigeant une motivation plus enrichie pour justifier des revirements de jurisprudence⁶⁴¹ ; le développement du rôle de la Cour en matière de protection des droits fondamentaux, impliquant « une motivation adaptée à un raisonnement pétri de proportionnalité »⁶⁴² ; une certaine prise de conscience d'un pouvoir normatif de plus en plus important et assumé. D'une façon plus générale, à ces différents éléments s'ajoute également

⁶³⁷ V. sur ce point l'étude de Y. CHARTIER, « De l'an II à l'an 2000 : remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », *op. cit.*

⁶³⁸ A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *op. cit.*

⁶³⁹ V. not. : A. BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », *op. cit.* ; H. CROZE, « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181 ; J. GHESTIN, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, chron. 2239 ; Ph. MALAURIE, « Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété », *D.* 2017, p. 768.

⁶⁴⁰ Pour un exposé et une discussion critique de ces divers arguments, voir tout particulièrement : P. Deumier, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », en ligne sur le site de la Cour de cassation (<https://www.courdecassation.fr/IMG//Repenser%20la%20motivation%20des%20arr%C3%AAts%20de%20la%20Cour%20de%20cassation,%20par%20Pascale%20Deumier.pdf>) ; Conférence reprise dans une version allégée au *Recueil Dalloz*, 2015, p. 2022.

⁶⁴¹ CEDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c/ ex-République Yougoslave de Macédoine*, req. n° 36815/03 ; CEDH, 30 août 2011, *Boumaraf c/ France*, req. n° 32820/08 ; CEDH, 9 janv. 2007, *Arnolin c/ France*, req. n° 20127/03 ;

⁶⁴² P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *op. cit.*

le fait qu'en tant que « société de la transparence, la société contemporaine est également une société attachée à la rationalisation : le pouvoir et l'autorité ne suffisent plus à légitimer le commandement juridique ; une certaine défiance exige que la nécessité et la pertinence de celui-ci soient justifiées »⁶⁴³. Bénéficiant pendant une très longue période de l'autorité attachée à la loi, les arrêts de la Cour de cassation pouvaient, et devaient, être elliptiques. Les exigences contemporaines de l'État de droit sont néanmoins portées vers davantage de raisonnement, de justification, vers une motivation enrichie. Dans ce contexte, il est apparu nécessaire de repenser le style de rédaction et la motivation des arrêts de la Cour de cassation.

218. Le rapport d'avril 2017. Une réforme a ainsi été entreprise par le président B. Louvel à partir de 2015. Parmi les objectifs affichés figure notamment la volonté d'avoir « un effet sur la motivation [des] arrêts, fortement encore inspirée par la brièveté légaliste, et qui devrait alors s'enrichir de considérations plus développées sur le contexte, nécessaire à l'appréciation de la proportionnalité »⁶⁴⁴. Parmi les différents travaux du groupe de réflexion, ceux relatifs à la question spécifique de la motivation ont été menés par P. Deumier⁶⁴⁵. Au terme de ces travaux, le « Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation » a été publié sur le site de la Cour en avril 2017⁶⁴⁶. Le rapport propose notamment « d'adopter l'utilisation de la motivation enrichie pour : les revirements de jurisprudence, la réponse à une question juridique de principe, lorsqu'il est répondu à l'évocation de la violation d'un droit ou d'un principe fondamental, lorsqu'est exercé un "contrôle de proportionnalité", lorsque l'arrêt présente un intérêt pour l'unification de la jurisprudence et le développement du droit, ainsi que pour les questions préjudicielles » (proposition n° 33)⁶⁴⁷. Cette réforme ne concerne donc pas l'ensemble des arrêts de la Cour de cassation mais uniquement « les plus importants », ceux qui traitent d'affaires considérées comme étant « au cœur de la mission normative de la Cour de cassation »⁶⁴⁸. Une autre proposition marquante et symbolique concerne la suppression des « attendus », à l'instar de la suppression des considérants du Conseil d'État. Le rapport propose, pour tous les arrêts, soit « de supprimer les attendus »

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 13.

⁶⁴⁴ B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *Dalloz actualités*, 25 juin 2015.

⁶⁴⁵ P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *op. cit.*

⁶⁴⁶ <https://www.courdecassation.fr/IMG///Rapport%20sur%20la%20r%C3%A9forme%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf>

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 152.

⁶⁴⁸ P. DEUMIER, « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.* 2017, p. 1783.

(proposition n° 32), soit de « maintenir "l'attendu" uniquement pour la partie "motifs" » (proposition n° 32 bis)⁶⁴⁹.

Les préoccupations du rapport sont globalement les mêmes que celles du groupe de travail du Conseil d'État : adoption d'un style moins formel et plus direct, accompagné d'un certain enrichissement de la motivation, du moins pour les décisions les plus importantes. De même que pour le juge administratif suprême après la publication du premier rapport en 2012, le rapport d'avril 2017 relatif à la Cour ouvre une période d'expérimentation permettant d'éprouver la validité ou l'opportunité des propositions. Il s'agit là d'une différence majeure avec le Conseil constitutionnel, qui a décidé de réformer son style et sa motivation d'une façon plus brutale et immédiate.

C – Le Conseil constitutionnel

219. Un laconisme fidèle à la tradition française. Dans la continuité de la conception historique de la motivation des cours souveraines, il n'est guère surprenant de constater que « les décisions du Conseil constitutionnel, reprenant la forme traditionnelle des arrêts du Conseil d'État, sont marquées par l'*imperatoria brevitatis*. La reprise du style concis de la juridiction administrative s'explique par le fait que les premiers membres du Conseil constitutionnel étaient des conseillers d'État »⁶⁵⁰. Ancien membre de l'institution, G. Canivet affirme très clairement que « la décision du Conseil constitutionnel n'est pas (...) une décision de rhétorique explicative »⁶⁵¹. Dans cette « motivation », jugée souvent trop laconique⁶⁵², il apparaît que « le juge constitutionnel ne justifie pas »⁶⁵³, de sorte que « l'on ne sait jamais pourquoi le Conseil constitutionnel a retenu telle ou telle interprétation, telle ou telle solution, ni sur quoi il appuie

⁶⁴⁹ « Rapport... », *op. cit.*, p. 157.

⁶⁵⁰ W. MASTOR, « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », in. S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, *op. cit.*, p. 250.

⁶⁵¹ G. CANIVET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in. S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, *op. cit.*, p. 237.

⁶⁵² V. not. : F. ROLIN, « Pour un "discours sur la méthode" du contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception », *AJDA* 2010, p. 2384 ; W. SABETE, « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA* 2011, p. 885.

⁶⁵³ X. MAGNON, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 1004.

ses choix. L'on ne sait pas plus quels sont les différents possibles dans l'interprétation des normes en présence comme dans la solution à apporter au litige né de leur confrontation, y compris ceux qui n'ont pas été retenus par le juge, et les choix de société comme les solutions envisageables, auxquels est confronté le juge »⁶⁵⁴.

220. Une réforme par un communiqué de presse du président. Confronté à cette « exigence démocratique de mieux motiver »⁶⁵⁵, le Conseil constitutionnel a également été porté par le sens de l'histoire juridictionnelle contemporaine, pour une certaine réforme de son style et de sa motivation. Ainsi, dans un entretien au journal *Le Monde* du 18 avril 2016, le président du Conseil Laurent Fabius, nouvellement institué, déclarait : « La juridictionnalisation implique [...] d'améliorer encore la motivation de nos décisions : sans dériver vers des rédactions fleuves, nous devons éviter les affirmations qui seraient insuffisamment argumentées. (...) Tout en conservant l'ossature et la précision indispensables au raisonnement juridique, nous allons nous efforcer de rendre plus accessibles nos décisions, notre vocabulaire, notre style »⁶⁵⁶. La réforme ainsi annoncée a ensuite été actée par un simple communiqué de presse du président, à l'occasion de la publication de deux décisions QPC, communiqué informant que « le Conseil constitutionnel a décidé de moderniser le mode de rédaction de ses décisions. Ce nouveau mode de rédaction a pour objectifs de simplifier la lecture des décisions du Conseil constitutionnel et d'en approfondir la motivation. Ce mode de rédaction s'appliquera désormais à l'ensemble des décisions rendues par le Conseil constitutionnel »⁶⁵⁷. Le moyen employé est relativement étonnant. Là où les deux autres cours souveraines ont eu recours à la « voie longue », par la constitution d'un groupe de réflexion, la publication d'un rapport et une phase d'expérimentation des propositions dégagées, le Conseil constitutionnel, par l'intermédiaire de son président, décide de réformer la motivation des décisions de façon unilatérale et soudaine, sans période d'expérimentation. Un esprit quelque peu taquin pourrait en outre relever l'ironie d'annoncer un enrichissement de motivation par un communiqué aussi bref et non motivé.

221. L'apport mineur de la réforme. L'annonce d'un enrichissement de la motivation, évidemment souhaitable et attendu, fait cependant apparaître, pour le juge constitutionnel, un

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 1005.

⁶⁵⁵ W. MASTOR, « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 251.

⁶⁵⁶ « Laurent Fabius présente ses projets pour le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 18 avril 2016.

⁶⁵⁷ Communiqué de presse publié sur le site du Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqu%C3%A9/communiqu%C3%A9-du-pr%C3%A9sident-du-10-mai-2016>.

défi considérable sur le plan pratique et institutionnel. Comme le souligne P. Wachsmann, « compte tenu des délais que la Constitution lui impartit pour statuer (un mois, voire huit jours en DC, trois mois en QPC), le Conseil constitutionnel ne pourra faire face à ce défi qu'en étoffant sensiblement le service juridique qui, sous les ordres de son secrétaire général, travaille pour lui »⁶⁵⁸. L'observation des décisions ayant fait suite au communiqué montre que la réforme rejoint dans les grandes lignes celles des deux autres cours souveraines, par l'intention de simplification d'un vocabulaire technique et désuet, par l'abandon des considérants⁶⁵⁹ et de la phrase unique, préférant une motivation selon un style plus direct. Si l'on constate ainsi des changements significatifs quant à la forme, par la suppression des visas et des considérants, la motivation sur le fond n'a cependant que peu évolué, de sorte que « les familiers de la jurisprudence du Conseil n'ont pas à redouter le vertige de la nouveauté »⁶⁶⁰. Il convient toutefois de n'être point impatient, de telles évolutions s'inscrivant généralement dans le temps long et devant se confronter à l'expérience et la maturation. Ainsi N. Belloubet rappelle que « la progression vers une motivation plus dense est une exigence permanente. Le Conseil constitutionnel en est parfaitement conscient. Si l'évolution semble parfois peu allante ou trop pointilliste, il ne faut pas perdre de vue que la construction jurisprudentielle du Conseil veut éviter les contradictions ou les brusques inversions. Elle témoigne avant tout de la recherche d'une stabilité juridique dans le long terme »⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ P. WACHSMANN, « Ôtez ces considérants que je ne saurais voir », *D.* 2016, p. 1553.

⁶⁵⁹ F. MALHIÈRE, « Le considérant est mort ! Vive les décisions du Conseil constitutionnel ? », *Gaz. Pal.*, n° 19, 24 mai 2016, p. 11 ; « Adieu aux considérants ! ; Note sous cons. const., 10 mai 2016, décision n° 2016-539 QPC », *Gaz. Pal.* n° 25, 5 juillet 2016, p. 36.

⁶⁶⁰ P. WACHSMANN, *op. cit.*

⁶⁶¹ N. BELLOUBET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *NCCC* 2017, n° 55-56, p. 7.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

222. Le développement, à partir de la Révolution, d'une motivation adaptée aux nécessités légicentristes a produit un lieu particulier d'expression du pouvoir normatif des cours souveraines. Le précédent, au sens strict, est en effet contenu dans des motifs dits « de principe », qui contiennent généralement la formulation explicite du principe de jugement. Dans ces motifs de principes, du moins jusqu'à de récentes évolutions, le juge s'exprime traditionnellement dans un style concis, se voulant essentiellement compendieux. Il peut cependant arriver que ce style apparaisse elliptique ou lacunaire, lorsqu'il s'agit de saisir toute la portée du principe dégagé ou appliqué. Pour tenter de gérer la contradiction d'un pouvoir normatif réel avec une motivation devant en dire le moins possible, les cours souveraines ont dû redéployer leur motivation en dehors du jugement.

CHAPITRE II : LE REDEPLOIEMENT DE LA NORMATIVITE DU PRECEDENT AU-DELA DU JUGEMENT

223. Dans un système précédentiel fondé sur une motivation concise, la normativité des précédents tend à dépasser le cadre formel du jugement. Par son office précédentiel, la cour souveraine pose une norme générale de jugement applicable aux cas ultérieurs analogues. La brièveté des motifs, en dépit des évolutions récentes, entraîne cependant une certaine carence dans la justification du nouveau principe adopté et, partant, une limite dans sa normativité. En effet, dans ce domaine, la normativité est tributaire de la justification : plus la norme générale est explicitée et justifiée, plus elle bénéficie d'une réception uniforme par les juges du fond. La normativité des précédents ne pouvant ainsi, dans un système précédentiel encore pétri de contradictions legalistes, se développer pleinement dans la décision elle-même, elle tend naturellement à se déployer en dehors de celle-ci. La normativité du précédent, en dehors des motifs, est ainsi fondée sur deux éléments complémentaires : la *diffusion* et l'*explication*.

224. D'une part, il existe en effet une certaine stratégie de communication des précédents par les cours souveraines, visant à la mise en avant des décisions les plus importantes, à la hiérarchisation des précédents et à la multiplication des supports et relais des décisions (**Section 1**). D'autre part, puisqu'il serait vain de diffuser, selon cette stratégie, un précédent obscur, les cours ont également développé une tendance au commentaire de leurs propres décisions, traduisant par là-même une volonté de maîtrise institutionnelle de l'interprétation des précédents (**Section 2**).

SECTION 1. L'IMPORTANCE DE LA DIFFUSION DES DECISIONS POUR LA NORMATIVITE DU PRECEDENT

Le développement des nouveaux moyens de communication a favorisé l'évolution de la communication des cours souveraines et a permis d'assurer une diffusion élargie et méthodique des précédents (§ 1). La diffusion des décisions par les cours souveraines fait en outre apparaître une certaine hiérarchisation de celles-ci, certaines décisions ayant davantage vocation que d'autres à devenir des précédents (§ 2).

§ 1 – *L'évolution de la communication des cours souveraines*

L'évolution de la communication des cours souveraines passe par un renforcement, sur le plan institutionnel, du rôle et des attributions des services de documentation, de recherche et de communication (A), ainsi que, sur le plan matériel, par une multiplication des moyens de communication (B).

A – Le développement des services de documentation des cours souveraines

225.Cour de cassation – Service de documentation, des études et du rapport (SDER). La loi du 23 juillet 1947⁶⁶² institue « au siège de la cour de cassation un fichier central contenant, sous une série unique de rubriques, les sommaires de tous les arrêts rendus par ladite cour »⁶⁶³. Par la création de ce fichier central, le SDER, « certes sous une forme et une dénomination qui n'étaient pas encore celles d'aujourd'hui (...), était né »⁶⁶⁴. Le fichier devient officiellement le SDER avec la loi du 4 août 1956⁶⁶⁵. Au gré des réformes et des évolutions

⁶⁶² Loi n° 47-1366 du 23 juillet 1947 modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation.

⁶⁶³ Art. 10.

⁶⁶⁴ Y. MASSART, A. LACABARATS, « Le service de documentation des études a 60 ans », *BICC* 15 juillet 2007, n° 665.

⁶⁶⁵ Loi n° 56-780 du 4 août 1956 portant ajustement des dotations budgétaires reconduites à l'exercice 1956.

technologiques successives, « le service a vu (...) ses effectifs augmenter et se diversifier en même temps que ses missions »⁶⁶⁶. L'article R. 433-2 du code de l'organisation judiciaire fixe les attributions du SDER. Outre son assistance à la fonction contentieuse de la Cour, notamment par « le classement méthodique de tous les pourvois » et la mise « en mémoire informatique (des) moyens de cassation » (alinéa 1^{er}), le SDER dispose d'attributions essentiellement documentaires. L'alinéa 2 de l'article R. 433-2 précise en effet que le SDER « participe à la conception des moyens de traitement automatisé de données jurisprudentielles mis en œuvre par la Cour de cassation ». En ce sens, il est rappelé sur le site internet de la Cour que ce service « contribue au développement de la politique jurisprudentielle de la Cour par la publication et la diffusion, notamment par la voie électronique, des arrêts de la Cour de cassation auprès des juridictions »⁶⁶⁷. Le SDER publie notamment les bulletins mensuels des chambres civiles et criminelle ainsi que le rapport annuel de la Cour de cassation, informant sur l'activité de la Cour et contenant une présentation et une analyse des décisions les plus importantes de l'année.

226. Conseil d'État – Section du rapport et des études (SDE) et Centre de recherche et de diffusion juridique (CRDJ). Le décret du 30 juillet 1963⁶⁶⁸ relatif à la réforme du Conseil d'État, crée la Commission du Rapport⁶⁶⁹, qui deviendra, avec le décret du 24 janvier 1985⁶⁷⁰, une véritable section administrative du Conseil d'État⁶⁷¹. C'est aujourd'hui l'article R. 123-2 du code de justice administrative qui la compte parmi les cinq sections administratives du Conseil d'État. L'article R. 123-5 dispose en outre que la SDE « prépare le rapport d'activité que le Conseil d'État établit chaque année ». Publié à la Documentation française, « ce rapport a un contenu triple : il fait le point des activités contentieuses et administratives du Conseil d'État au cours de l'année écoulée ; il attire l'attention des pouvoirs publics sur les difficultés rencontrées par les justiciables dans l'exécution des décisions des

⁶⁶⁶ Y. MASSART, A. LACABARATS, « Le service de documentation des études a 60 ans », *op. cit.*

⁶⁶⁷ https://www.courdecassation.fr/institution_1/presentation_2845/etudes_rapport_30996.html.

⁶⁶⁸ Décret n° 63-766 du 30 juillet 1963 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance 45-1708 du 31 juillet 1945 relative à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État (art. 3).

⁶⁶⁹ A. ROBLOT-TROIZIER, « La genèse de la Section du rapport et des études : la Commission Noël et les décrets de 1963 », *RFDA* 2015, p. 221.

⁶⁷⁰ Décret n° 85-90 portant création de la Section du rapport et des études du Conseil d'État.

⁶⁷¹ B. SEILLER, « Le développement : de la Commission du rapport à la Section du rapport et des études », *RFDA* 2015, p. 231.

juridictions administratives ; il étudie une question de fond sur laquelle il propose des orientations de la pratique administrative voire des modifications de dispositions législatives ou réglementaires »⁶⁷². Par ailleurs, il existe au Conseil d'État le Centre de recherche et de diffusion juridique, créé en 1953⁶⁷³. Composé de trois membres de l'institution, maîtres des requêtes ou auditeurs, le CRDJ, qualifié par B. Stirn de « meilleur compagnon de la jurisprudence »⁶⁷⁴, est notamment en charge de la rédaction de la chronique à l'*AJDA*, du « fichage » de certains arrêts importants et de leur analyse sur le site du Conseil ainsi que du « signalement »⁶⁷⁵ aux présidents de sections des affaires importantes méritant une communication particulière, par la voie notamment du communiqué de presse. La présence au sein du Conseil d'État de la SDE et du CRDJ est ainsi tout à fait décisif dans le cadre de la mise en avant des précédents et de leurs rôles. Sur le plan de la recherche, de l'édition et de la communication, cela constitue un puissant renfort à la normativité des précédents du Conseil d'État.

227. Conseil constitutionnel – les services sous l'autorité du Secrétaire général. À la différence des deux autres cours souveraines, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un service centralisé de documentation chargé de l'ensemble des attributions relatives à la recherche et à la mise en avant des précédents. Ces différentes attributions sont réparties en plusieurs services du secrétariat général du Conseil. Ainsi le décret du 13 novembre 1959⁶⁷⁶ institue le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, « nommé par décret du président de la République, sur proposition du président du Conseil constitutionnel ». L'article 2 alinéa 1^{er} du même décret dispose que « sous l'autorité du président, le secrétaire général dirige les services administratifs du Conseil constitutionnel ». Ces différents services sont au nombre de six : un service juridique, un service de la documentation, un service de la communication, un service des relations extérieures, un service administratif et financier et un service informatique.

⁶⁷² <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/Conseiller/La-section-du-rapport-et-des-etudes/L-elaboration-du-rapport-annuel-et-des-etudes>

⁶⁷³ V. not. : X. DOMINO, A. BRETONNEAU, E. BOKDAM-TOGNETTI, J. LESSI, « Que fait le centre ? », *AJDA* 2014, p. 81 ; J.-M. SAUVE, « 60 ans du CRDJ et de la chronique *AJDA* », *AJDA* 2014, p. 73.

⁶⁷⁴ B. STIRN, « Le meilleur compagnon de la jurisprudence », *AJDA* 2014, p. 87.

⁶⁷⁵ X. DOMINO *et alii*, « Que fait le centre ? », *op. cit.*

⁶⁷⁶ Décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel.

B – Les différents moyens de communication des précédents

1) *Le rôle des sites internet*

228. Développement des sites internet des cours souveraines. L'apparition des sites internet des cours souveraines a changé radicalement la diffusion et le commentaire des précédents par l'institution elle-même. Chaque cour souveraine dispose en effet d'un site internet, sur lequel sont notamment publiées ses décisions, avec une mise à jour quasi-instantanée. Cette configuration a considérablement changé l'appréhension des précédents sur un plan documentaire. Le processus de publication et de mise en avant étant autrefois assez largement maîtrisé par les éditeurs privés et la doctrine, il n'existait pas de moyen, hormis pour les professionnels, d'avoir accès aux décisions des cours souveraines. Il y avait en outre une publication tout à fait partielle des décisions de justice⁶⁷⁷. De plus, la publication dans des bulletins, recueils ou aux rapports annuels, pouvait faire apparaître un écart significatif entre la date de la décision et sa publication. Depuis l'avènement d'internet comme relai de la documentation juridique, les sites des cours souveraines sont devenus le lieu privilégié d'identification des décisions adoptées par ces dernières. Sur les trois sites, il y a des rubriques spécifiquement consacrées aux décisions rendues par la cour souveraine. Les sites contiennent également une fonction recherche, avec un certain nombre de critères discriminants, afin de chercher une ou plusieurs décisions précises. Il existe également un classement selon les thèmes, les formations de jugement ou le type de décision rendue. Ainsi le site de la Cour de cassation dispose d'un onglet contenant les « arrêts classés par rubriques », où l'on retrouve une centaine d'entrées possible : cession de créance, contrat d'entreprise, expropriation, mesures d'instruction, propriété littéraire et artistique, etc. De la même manière, les tables analytiques du Conseil constitutionnel fournissent une classification régulièrement actualisée des décisions du Conseil selon les grands thèmes et les diverses normes constitutionnelles appliquées et interprétées⁶⁷⁸. La publication des décisions sur les sites internet des cours souveraines a ainsi permis que les décisions soient publiques et d'accès immédiat. Antérieurement à l'avènement de cette communication des précédents, on constate que « la publication est partielle, (...) »

⁶⁷⁷ Sur cette question, v. not. : A. DUNES, « La non-publication des décisions de justice », *RIDC* 1986, vol. 38, p. 757.

⁶⁷⁸ L. BRAU, « Le site internet du Conseil constitutionnel au service de la recherche de jurisprudence », *NCCC* 2011, n° 30.

incomplète et peu fiable »⁶⁷⁹. Ce « point faible de la documentation juridique »⁶⁸⁰ a été comblé, en partie, par le développement des sites internet des cours souveraines, dont elles usent désormais de façon systématique et organisée.

2) *Les différents relais de diffusion des précédents*

229. Le choix d'un support particulier. Il convient de préciser à titre liminaire que l'ensemble des décisions des cours souveraines sont consultables sur le site *Légifrance*. L'étude des différents relais de communication utilisés par les cours souveraines présente un intérêt en termes de « politique jurisprudentielle » ou, dira-t-on ici, « précédentielle ». Ces différentes techniques font en effet apparaître les choix des cours souveraines de mettre en avant tel précédent ou tel autre, en privilégiant tel ou tel support selon l'objectif.

230. La publication des précédents dans des bulletins, mensuels et recueils. S'agissant de la Cour de cassation, l'article R. 433-4 du code de l'organisation judiciaire dispose que « le service de documentation et d'études établit deux bulletins mensuels, l'un pour les chambres civiles, l'autre pour la chambre criminelle, dans lesquels sont mentionnés les décisions et avis dont la publication a été décidée par le président de la formation qui les a rendus. Le service établit des tables périodiques ». Sont ainsi publiés chaque mois sur le site de la Cour de cassation *le Bulletin des arrêts des chambres civiles* et *le Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*. À côté de ces deux bulletins, la Cour publie également *le Mensuel du droit du travail*, reprenant les décisions les plus importantes rendues par la chambre sociale. Les arrêts du Conseil d'État considérés comme étant les plus importants sont publiés au *Recueil des décisions du Conseil d'État, statuant au contentieux*, plus communément appelé *Recueil Lebon*.

231. Les tables analytiques. Le Conseil constitutionnel publie l'ensemble de ses décisions sur son site internet. La fonction recherche permet de rechercher une décision en particulier, ou de rechercher une décision selon son type (QPC, DC, LP, LOM, etc.) ou sa date de publication. À côté de cette publication « brute » des décisions, les décisions sont également résumées et présentées de façon synthétique par le Secrétaire général dans des tables analytiques. Ces tables sont ordonnées selon un classement thématique très détaillé, et sur

⁶⁷⁹ A. DUNES, « La non-publication des décisions de justice », *op. cit.*, p. 758.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

chaque subdivision donnée figurent les différentes solutions dégagées par le Conseil constitutionnel. Outil très précieux pour la recherche précédente, ces tables sont publiées sur le site de l'institution et mises à jour chaque année. Le résumé de chaque solution est présenté par le Secrétaire général. Le Conseil d'État dispose également, sous un autre nom, de tables analytiques, publiées sur son site internet, dans la rubrique « Décisions, avis et publications », sous-rubrique « Jurisprudence ». Cette sous-rubrique contient des analyses des décisions du Conseil d'État (bimensuel) et du Tribunal des conflits (mensuel) qui ont fait l'objet d'une publication au *Recueil Lebon*. Ces « analyses », établies par le CRDJ, sont classées par thèmes et contiennent un résumé de la portée de la décision et un rappel du principe dégagé par la cour souveraine.

232. Les lettres d'actualités et bulletins d'information. Les cours souveraines peuvent également passer par le biais de lettres d'actualité ou de bulletins d'information pour mettre en avant certains précédents. La Cour de cassation publie deux fois par mois le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* (BICC), dans lequel peuvent figurer la présentation de précédents, des études doctrinales ou les versions écrites de communications tenues à la Cour. Sa dimension est donc à la fois précédente, en ce sens qu'il présente, à l'instar des tables analytiques, les principales décisions rendues et classées par thèmes, mais également doctrinale, puisque l'on y trouve des contributions et des études doctrinales de fond. Dans le même sens, le Conseil d'État publie depuis 2003, et exclusivement en ligne sur son site depuis 2016, la « Lettre de la justice administrative ». Un exemplaire paraît généralement tous les deux mois, exception faite de la période estivale, de sorte qu'il y a en principe cinq « lettres » par an. Cette lettre expose les décisions les plus importantes adoptées durant les deux derniers mois et le principe qu'ils consacrent. Elle informe également sur la tenue de journées d'études, de congrès ou de conférences touchant à la justice administrative, ainsi que de la nomination des magistrats administratifs des TA et CAA et des conseillers d'État. Son contenu est toutefois purement informatif et n'est pas aussi substantiel ni aussi développé que celui du *BICC*.

233. Les rapports annuels. Les trois cours souveraines publient chaque année un rapport d'activité, abordant des questions aussi bien contentieuses que consultatives ou administratives. Ce rapport d'activité doit être distingué, pour le Conseil d'État et la Cour de cassation, de l'étude annuelle publiée à la Documentation française qui, même si elle peut rendre compte de certains précédents, présente néanmoins une dimension plus doctrinale et

demeure limitée à un thème particulier⁶⁸¹. Le rapport annuel de la Cour de cassation⁶⁸² est divisé en trois parties principales : la première contient des « suggestions de modifications législatives ou réglementaires » apparues nécessaires à la Cour dans l'exercice de sa mission de cour régulatrice ; la deuxième, consacrée à la « jurisprudence de la Cour », reprend et présente succinctement les principaux arrêts de l'année ; la troisième partie traite de « l'activité de la Cour », avec notamment une étude statistique de son activité juridictionnelle, un état de l'activité du SDER, des relations internationales de la Cour ainsi que des diverses manifestations, colloques, conférences, congrès, organisés dans l'institution. Le rapport annuel du Conseil d'État⁶⁸³, consacré non seulement au Conseil d'État mais à l'ensemble des juridictions administratives, se scinde quant à lui en trois parties, l'une relative à l'activité juridictionnelle, l'autre à l'activité consultative, plus importante devant le Conseil d'État que devant la Cour de cassation, et la dernière traite des « études, débats, partenariats » ainsi que de la « coopération européenne et internationale » du juge administratif⁶⁸⁴. Le rapport annuel du Conseil constitutionnel ne répond pas à une classification aussi établie mais contient systématiquement, à l'instar des deux autres cours, la présentation des principales décisions de l'année, le plus souvent en matière de contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori*, ainsi que les actualités internationales et les principaux événements liés à l'institution.

234. Les communiqués de presse. C'est à partir de la fin des années 1990, dès l'apparition des sites internet des cours souveraines, que celles-ci ont pris l'habitude de publier des communiqués de presse informant de l'adoption, du contenu et de la portée d'une décision. L'objectif de ces communiqués est notamment de faire connaître la portée d'une solution au grand public, au-delà du cercle des juristes initiés. Dans une étude relative à la pratique du communiqué de presse devant la chambre sociale de la Cour de cassation⁶⁸⁵, F. Guiomard a

⁶⁸¹ Par exemple, pour la Cour de cassation : *Le juge et la mondialisation : dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 2017 ; *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 2018 ; Pour le Conseil d'État : *Simplification et qualité du droit*, Paris, La Documentation française, 2016 ; *Puissance publique et plateforme numériques : accompagner l'« ubérisation »*, Paris, La Documentation française, 2017 ; *La citoyenneté : être (un) citoyen aujourd'hui*, Paris, La Documentation française, 2018.

⁶⁸² Pour le rapport 2017 : <https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport2017.pdf>.

⁶⁸³ V. à ce sujet : P. MBONGO, O. RENAUDIE, *Le rapport public annuel du Conseil d'État : entre science du droit et discours institutionnel*, Paris, éd. Cujas, 2010, coll. Actes et études.

⁶⁸⁴ Pour le rapport 2018 : <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/184000286.pdf>.

⁶⁸⁵ F. GUIOMARD, « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *RDT* 2006, p. 222.

systematisé trois types de communiqué, systématisation que l'on peut aisément étendre aux autres chambres de la Cour⁶⁸⁶ ainsi qu'au Conseil d'État⁶⁸⁷ et au Conseil constitutionnel : premièrement le « communiqué synthétique », qui résume et paraphrase les éléments essentiels de la décision « sans ajouter aucune information qui lui soit extérieure »⁶⁸⁸ ; deuxièmement le « communiqué pédagogique », qui « ne se contente plus de résumer la décision de justice, mais donne des éléments qui permettent au lecteur d'en comprendre le sens et la portée »⁶⁸⁹ ; troisièmement le « communiqué rhétorique » par lequel l'institution peut « avancer des arguments supplémentaires destinés à convaincre du bien-fondé de la décision adoptée »⁶⁹⁰. Les communiqués à vocation uniquement pédagogique n'ont que peu d'utilité pour le redéploiement de la normativité du précédent dans la mesure où ils n'ajoutent rien à la compréhension de la solution. Principalement tournés vers le grand public et les différents relais médiatiques intéressés, ces communiqués « sont d'un faible intérêt pour le juriste, ne lui apprenant rien qu'il n'ait pu savoir par sa connaissance de la langue »⁶⁹¹ de la cour souveraine. Les communiqués d'une nature plus « rhétorique » ou explicative peuvent en revanche se révéler très utiles pour éclairer la solution retenue par le juge et contribuer ainsi à renforcer la normativité du précédent. Même si le communiqué n'est, en lui-même, pas normatif, cela « ne l'empêche en rien de participer à ce processus de construction » du précédent, dans la mesure où « il s'ajoute à l'interprétation du texte par l'interprète authentique sur le support officiel ; en ombre, il donne l'interprétation de l'interprétation par l'interprète authentique sur un support officieux »⁶⁹². Le précédent *KPMG*⁶⁹³ du Conseil d'État, érigeant la sécurité juridique en

⁶⁸⁶ V. not. : P. DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.* 2006, p. 510 ; « Création du droit et rédaction des arrêts de la Cour de cassation », *op. cit.* ; E. SCHOLASTIQUE, « L'image d'une cassation : l'arrêt *Metaleurop* », in. *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 503.

⁶⁸⁷ O. RENAUDIE, « Les communiqués de presse du Conseil d'État : outil pédagogique ou support de communication », in. Ph. Raimbault, M. Hécquard-Théron (dir.), *La pédagogie au service du droit*, *op. cit.*, p. 293.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ *Ibid.*

⁶⁹¹ P. DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *op. cit.*

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres*, *Rec.* p. 154 ; *RFDA* 2006, p. 463, concl. Aguila, note Moderne ; *BJCP* 2006, p. 173, concl., note Terneyre ; *AJDA* 2006, p. 841, trib. Mathieu, p. 897, trib. Melleray, p. 1028, chr. Landais et Lenica ; *D.* 2006, p. 1191, note Cassia ; *Europe* mai 2006, p. 9, note Simon ; *JCP G.* 2006, p. 1229, obs. Plessix, p. 1343, note Belorgey.

principe général du droit, fournit un exemple particulièrement révélateur du rôle déterminant du communiqué de presse et est souvent invoqué à ce titre⁶⁹⁴. Dans cette affaire, la seule lecture de l'arrêt ne permet pas, de façon certaine, de déduire que le Conseil d'État consacre un nouveau PGD. Le Conseil rappelle simplement qu'il « incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ». En l'absence de telles mesures transitoires, le Conseil estime que les dispositions du décret attaqué « sont contraires au principe de sécurité juridique » et conclut ainsi à l'annulation du décret. Si un lecteur averti de la jurisprudence du Conseil peut y déceler la consécration d'un nouveau PGD, rien n'est cependant explicitement posé dans l'arrêt et la portée de cette solution demeure finalement très incertaine. Le communiqué de presse, intitulé « Reconnaissance en droit interne d'un principe de sécurité juridique », est immédiatement venu dissiper toute possibilité de doute.

L'étude de la communication des précédents dans le détail fait en outre apparaître une volonté des cours souveraines de hiérarchiser leurs décisions en fonction de leur importance, certaines ayant davantage vocation que d'autres à constituer des précédents.

§ 2 – *La hiérarchisation des précédents*

Les cours souveraines, dans la diffusion de leurs précédents, retiennent une certaine gradation dans l'importance donnée aux décisions rendues (**A**), les plus importantes pouvant même être intronisées par la doctrine au rang des « grands arrêts » (**B**).

A – La hiérarchisation dans la publication des précédents

235. Les mentions « P.B.R.I. » dans les arrêts de la Cour de cassation. Comme le souligne R. Libchaber, il apparaît dès le début des années 2000 que la normativité et l'importance des décisions rendues par la Cour de cassation passent par un certain « effet de

⁶⁹⁴ V. not. : O. RENAUDIE, « Les communiqués de presse du Conseil d'État : outil pédagogique ou support de communication », *op. cit.*, p. 298 ; M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, *op. cit.*, p. 186.

promotion » relevant de « la politique de communication de la formation qui a rendu l'arrêt »⁶⁹⁵. Ainsi, « les arrêts qui contiennent des éléments dont la Cour souhaite accroître l'audience connaissent une série d'instructions, destinées à faire largement savoir ce que la Cour en pense »⁶⁹⁶. Cela se traduit concrètement par une série de sigles⁶⁹⁷ figurant en page de garde de la décision et renseignant sur la publication qui lui sera donnée et, par voie de conséquence, sur la portée normative de celle-ci : P, B, R et I⁶⁹⁸. La mention « P » signifie que l'arrêt est publié au *Bulletin civil* ou au *Bulletin criminel*, accompagné d'un sommaire, d'un titrage et éventuellement d'un « chaînage des précédents »⁶⁹⁹. L'ajout de la mention « B » (P+B) signifie que l'arrêt est également publié au *Bulletin d'information de la Cour de cassation*. Les arrêts considérés comme étant d'une importance encore supérieure sont intégrés et analysés au *Rapport annuel* de la Cour (P+B+R). Enfin, la mention « I » signifie que la décision fait l'objet d'une communication spéciale sur le site internet de la Cour de cassation, généralement accompagnée d'un communiqué de presse, « lorsque cette décision est attendue du public ou des médias et est susceptible d'attirer leur attention »⁷⁰⁰. Ces choix de publication sont liés à ce que A. Lacabarats appelle « l'intérêt normatif de la décision »⁷⁰¹. Selon cet ancien directeur du SDER, un tel intérêt s'attache notamment « à la décision qui précise la portée d'une règle de droit ; à celle qui amorce ou consacre une jurisprudence nouvelle ; à celle qui infléchit ou modifie une solution ancienne ; à celle qui rappelle des principes acquis, afin qu'ils ne soient pas perdus de vue ou pour montrer l'attachement de la Cour à des solutions controversées »⁷⁰². Ayant fait l'objet de la communication la plus large possible, « les arrêts P.B.R.I. peuvent difficilement échapper à un juriste vigilant »⁷⁰³.

236. La hiérarchisation des arrêts du Conseil d'État. Les arrêts du Conseil d'État font également l'objet d'une gradation dans leur diffusion. Dans une étude « sur la hiérarchie

⁶⁹⁵ R. LIBCHABER, « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », *RTD civ.* 2002, p. 604.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ V. not. P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, § 82.

⁶⁹⁸ Voir la présentation faite à ce sujet sur le site de la Cour de cassation : « Hiérarchisation des arrêts (P.B.R.I.) », https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/hierarchisation_arrets_p.b.r.i._22450.html.

⁶⁹⁹ X. HENRY, « Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le *Bulletin civil* », *BICC* 1^{er} juin 2004, n° 599.

⁷⁰⁰ A. LACABARATS, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 889.

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*

des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux »⁷⁰⁴, le président Genevois rappelle l'importance, pour un arrêt, outre la formation de jugement qui l'a rendu, de son éventuelle publication au *Recueil Lebon*. Il précise sur ce point que la décision de publier ou non l'arrêt « relève du président de la formation de jugement qui peut opter dans le sens soit d'une publication intégrale, soit d'une mention aux tables analytiques du *Recueil*, soit d'une absence de toute publication »⁷⁰⁵. Il y aurait donc trois degrés dans la communication d'un arrêt du Conseil d'État : décision non publiée ; décision mentionnée et analysée aux tables du *Recueil Lebon*, que l'on retrouve dans les tables analytiques publiées sur le site ; décision publiée intégralement au *Recueil Lebon*. En dehors de cette gradation, le Conseil d'État n'utilise pas, à la différence de la Cour de cassation, de système de sigles indiquant le degré de publication donnée à la décision qu'il rend. Il existe cependant, implicitement, la même gradation en pratique. La publication au *Lebon* des décisions présentant un intérêt substantiel sur un point de droit correspond à la publication aux *Bulletins* (P+B). Par ailleurs, les décisions considérées comme les plus importantes, selon les critères d'appréciation du Conseil d'État, figurent dans le *Rapport annuel* (équivalent du « R »). Il est également intéressant de relever que le Conseil d'État dispose, sur son site internet, d'une rubrique intitulée « Sélection des décisions faisant l'objet d'une communication particulière »⁷⁰⁶. Aucune précision n'est fournie pour expliquer ce qui justifie cette « communication particulière », ni en quoi elle consiste exactement. L'on retrouve toutefois ici la mention « I » des arrêts de la Cour, avec une mise en avant de décisions qui, par leur aspect sociétal ou leur intérêt spécifique pour le « grand public », méritent une communication spécifique sur internet, généralement accompagnée d'un communiqué de presse. S'y retrouvent également des affaires médiatisées comme les décisions *Diendonné*⁷⁰⁷, les décisions relatives aux crèches de Noël dans les établissements publics⁷⁰⁸ ou encore les

⁷⁰⁴ B. GENEVOIS, « Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux », *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 245.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 250.

⁷⁰⁶ <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere>.

⁷⁰⁷ CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, n° 374508 ; CE, ord., 10 janvier 2014, *SARL Les Productions de la Plume et M. Diendonné M'Bala M'Bala*, n° 374528.

⁷⁰⁸ CE, sect., 9 novembre 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 395122 ; CE, sect., 9 novembre 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223.

ordonnances relatives à l'usage des lanceurs de balle de défense à l'occasion des manifestations des « gilets jaunes »⁷⁰⁹.

237. Absence de hiérarchisation devant le Conseil constitutionnel. Il n'existe pas de hiérarchisation similaire opérée par le service de communication du Conseil constitutionnel. Toutes les décisions sont publiées indistinctement sur le site internet du Conseil et référencées aux *Tables*, sans sélection ni mise en avant particulière. La seule communication particulière dont les décisions du Conseil constitutionnel font l'objet, dans le cadre de l'institution, reste celle du *Rapport annuel*. Le *Rapport* n'a cependant pas nécessairement pour objectif de recenser l'ensemble des précédents au sens large mais uniquement les décisions ayant eu un rayonnement médiatique particulier ou ayant apporté un changement substantiel dans la politique précédenielle de l'institution.

238. Précédents non publiés. Selon la logique des choix de publication opérés par les formations de jugement du Conseil d'État et de la Cour de cassation, il est tout à fait possible que certaines décisions ne fassent l'objet d'aucune publication. Cela ne signifie toutefois pas nécessairement qu'elles ne seront pas diffusées. Ainsi il existe un sigle « D » pour les décisions de la Cour de cassation qui ne sont pas publiées au *Bulletin* mais qui sont cependant diffusées sur le site *Légifrance*. Il en va de même pour les décisions du Conseil d'État inédites au *Lebon*, même si ces dernières ne disposent pas de sigle indiquant leur diffusion. La question se pose alors de savoir si une décision ayant échappé à toute publication et à toute mise en avant par la formation de jugement et le service de communication de la cour souveraine concernée peut devenir un précédent. Un tel cas de figure est *a priori* difficilement concevable dans le système français, dans la mesure où il a été établi que les précédents sont des normes générales volontairement et explicitement posées par les cours souveraines et faisant l'objet d'une communication spéciale pour asseoir leur normativité. Bien que relativement rare, cette hypothèse n'est toutefois pas inenvisageable et a pu effectivement se présenter. Ainsi, dans une note relative à un arrêt non publié de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 juin 2010⁷¹⁰, P. Deumier pose la question de savoir si les arrêts non publiés peuvent avoir un

⁷⁰⁹ CE, ord., 1^{er} février 2019, *Union départementale du Paris du Syndicat de la Confédération Générale du Travail*, n° 427386, n° 427380, n° 427418.

⁷¹⁰ Cass. Com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, *D.* 2010, p. 2481, note Mazeaud, p. 2485, note Genicon ; *D.* 2011, p. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD. civ.* 2010, p. 782, obs. B. Fages.

« intérêt », autrement dit « une portée normative »⁷¹¹. La normativité d'un arrêt dépend en effet, d'une part, de la volonté du juge qui en est à l'origine et, d'autre part, de sa réception par les juges du fond et par la doctrine. Si les cours souveraines peuvent faire connaître leur intention de donner un rayonnement important à un arrêt par une communication étendue, rien n'empêche toutefois qu'un arrêt contienne un précédent en l'absence de toute communication développée, avec une « simple » diffusion sur *Légifrance*. L'arrêt de la chambre commerciale du 29 juin 2010 correspond à un cas assez rare de « dissonance » entre la Cour et la doctrine, cette dernière ayant en effet choisi « sciemment de donner à [cet arrêt] une amplification différente de l'intention normative de la Cour de cassation »⁷¹². Dans son étude de 1992, B. Genevois précise également qu'« il peut advenir que des décisions novatrices ne soient pas pour autant mentionnées au Recueil »⁷¹³, citant deux exemples à l'appui de cette affirmation⁷¹⁴.

239. Hypothèse exceptionnelle tendant à disparaître. Comme l'a relevé le président Genevois, si ces décisions non publiées contiennent effectivement un précédent, « elles n'échappent pas alors à la doctrine »⁷¹⁵. Le rôle des commentateurs est en effet ici essentiel pour donner au précédent une diffusion et une interprétation. Notons cependant que l'hypothèse d'un arrêt contenant un précédent et n'étant pas publié, hypothèse déjà relativement rare auparavant, devrait tendre à se réduire voire à disparaître progressivement. Le renforcement des attributions des services de documentation et de communication des cours souveraines, l'extension de leurs supports de communication, l'immédiateté des publications ainsi que la systématisation de la communication par le biais des sites internet a conduit à une véritable politique de communication organisée des cours souveraines. Cette politique, couplée avec un pouvoir normatif croissant, devrait rendre l'hypothèse d'un précédent non publié relativement rare. La seule hypothèse envisageable demeurant toutefois, comme pour l'arrêt de la chambre commerciale précité, celle d'un précédent établi « involontairement » par la cour souveraine, puis relayé et interprété par la doctrine. L'on demeurerait alors, dans ce cas, dans l'attente d'une confirmation explicite de ce précédent par une proclamation plus solennelle

⁷¹¹ P. DEUMIER, « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », *RTD civ.* 2011, p. 87.

⁷¹² *Ibid.*

⁷¹³ B. GENEVOIS, « Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux », *op. cit.*, p. 251.

⁷¹⁴ CE, 7 juin 1957, *Condamine*, RDP 1958, p. 98, note Waline ; CE, 9 octobre 1989, *Fédération des sociétés pour l'étude, la protection et l'aménagement de la nature dans le Sud-Ouest*, RJE 1990, p. 257.

⁷¹⁵ *Ibid.*

avant de le considérer comme véritablement établi, la décision antérieure faisant à cet égard plutôt figure de « petit pas »⁷¹⁶ dans la construction du précédent ainsi officiellement proclamé.

Au-delà de la publication par la cour souveraine elle-même, et à la frontière entre création du précédent et réception doctrinale, le niveau le plus élevé dans la hiérarchie pour un précédent réside certainement dans sa « consécration » en tant que « grand arrêt ».

B – Les grands arrêts : une « codification » doctrinale des précédents les plus importants

240. Apparition des « grands arrêts ». Dès 1934, le professeur H. Capitant décide de publier, en annexe de son *Cours élémentaire du droit civil*, les *Grands arrêts de la jurisprudence civile*⁷¹⁷. Dans la préface à cette première édition⁷¹⁸, il fait part de son objectif « de mettre les étudiants et tous ceux qui s'intéressent au Droit civil en contact direct avec la Jurisprudence »⁷¹⁹ en opérant une sélection des principaux arrêts de la Cour de cassation qui « ont mis fin à une controverse ou inauguré une nouvelle interprétation »⁷²⁰. Ces grands arrêts de la jurisprudence civile seront ensuite réédités par F. Terré et Y. Lequette à partir de 1995. Cette version moderne connaît, en 2015, sa treizième édition⁷²¹. Cette initiative de H. Capitant et l'emploi de l'expression « grand arrêt » a fait florès en France. Dès 1956 paraît en effet chez *Sirey* la première édition des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, à l'initiative de R. Cassin et de M. Waline⁷²², ouvrage dont la rédaction fut confiée à P. Weil et M. Long, rejoints ensuite par G. Braibant⁷²³. Cette initiative eut une importante postérité, l'ouvrage connaissant, en 2017, sa

⁷¹⁶ Cf. *supra* : §§ 196-197.

⁷¹⁷ H. CAPITANT, A. COLIN, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile : supplément au Cours élémentaire de droit civil d'A. Colin et H. Capitant*, Paris, Dalloz, 1934.

⁷¹⁸ Préface reproduite in. F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1*, Paris, Dalloz, 13^e éd., 2015.

⁷¹⁹ *Ibid.*

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.*

⁷²² M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1956.

⁷²³ G. BRAIBANT, « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *AJDA* 2006, p. 1428.

vingt-et-unième édition⁷²⁴. Les « grands arrêts » ont donc initialement concerné le droit civil et le droit administratif, entendus dans une acception large et généraliste. Dans la même optique ont également été publiées en 1975, par L. Favoreu et L. Philip, les *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*⁷²⁵, précisément au moment où le droit constitutionnel, après l'extension de son bloc de constitutionnalité en 1971⁷²⁶ et de ses modalités de saisine en 1974⁷²⁷, prend un tournant significativement contentieux et s'intéresse de plus en plus au juge constitutionnel et à sa jurisprudence. En 2018 est parue la dix-neuvième édition de ces *Grandes décisions*⁷²⁸.

241. Développement éditorial et spécialisation. L'idée de rassembler dans un ouvrage didactique les arrêts les plus importants d'une discipline a ensuite connu un processus d'extension et de spécialisation. Ainsi la collection « Grands arrêts » des éditions *Dalloz* publie désormais, par exemple, les grands arrêts (ou grandes décisions) du droit administratif des biens⁷²⁹, du contentieux administratif⁷³⁰, du droit de l'environnement⁷³¹, du droit des libertés fondamentales⁷³², de la jurisprudence internationale⁷³³, du droit de la santé⁷³⁴, de la procédure pénale⁷³⁵, de la propriété intellectuelle⁷³⁶, du droit international pénal⁷³⁷, de la jurisprudence

⁷²⁴ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 21^e éd., 2017.

⁷²⁵ L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1975.

⁷²⁶ Décision n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*.

⁷²⁷ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution.

⁷²⁸ L. FAVOREU, L. PHILIP, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, E. OLIVA, A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 19^e éd., 2018.

⁷²⁹ C. CHAMARD-HEIM, F. MELLERAY, R. NOGELLOU, P. YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2018.

⁷³⁰ J.-C. BONICHOT, P. CASSIA, B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 6^e éd., 2018.

⁷³¹ Ph. BILLET, J.-M. FEVRIER, G. KALFLECHE, A. LAGET-ANNAMAYER, I. MICHALLET, E. NAIM-GESBERT, J.-B. SEUBE, *Les grands arrêts du droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2017.

⁷³² BIOY X., BURGORGUE-LARSEN L., DEUMIER P., DUPRE DE BOULOIS X., *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2019.

⁷³³ J.-L. ITEN, R. BISMUTH, C. CREPET DAIGREMONT, G. LE FLOCH, A. DE NANTEUIL, *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Paris, Dalloz, 2018.

⁷³⁴ C. ESPER, P. SARGOS, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2016.

⁷³⁵ J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2016.

⁷³⁶ M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2015.

⁷³⁷ A. CASSESE, D. SCALIA, V. THALMANN, *Les grands arrêts de droit international pénal*, Paris, Dalloz, 2010.

fiscale⁷³⁸, du droit du travail⁷³⁹, et même de la Cour suprême des États-Unis⁷⁴⁰. Dans le même sens, les Presses universitaires de France publient, dans la collection « Themis », les grands arrêts du droit de l'Union européenne⁷⁴¹ et de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁴², ainsi que les grandes décisions du droit administratif⁷⁴³ et du droit constitutionnel⁷⁴⁴.

242. Définition. Dans la préface de la première édition des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, R. Cassin et M. Waline entendent regrouper et présenter les arrêts « qui ont déterminé un progrès, une évolution ou un revirement durable de la jurisprudence sur un point important ou au moins notable »⁷⁴⁵. Constatant par ailleurs qu'« il n'y a pas de définition certaine et juridique du "grand arrêt" », G. Braibant précise cependant qu'« un grand arrêt doit intervenir sur un champ important du droit. Il se caractérise par l'importance intrinsèque de la question qu'il tranche. C'est aussi un arrêt grand par ses conséquences, susceptible de susciter des réformes ou des modifications dans l'administration ou dans la société »⁷⁴⁶. L'auteur ajoute que « l'arrêt peut être grand aussi par l'importance de son innovation, parce qu'il pose un principe nouveau ou applique un principe traditionnel à des matières nouvelles »⁷⁴⁷. Ainsi le grand arrêt se caractérise donc par une décision de la cour souveraine susceptible de modifier substantiellement le droit applicable devant elle, décision qui prend acte et concrétise une évolution juridique et/ou sociétale importante.

⁷³⁸ D. CYRILLE, O. FOUQUET, B. PLAGNET, P.-F. RACINE, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2009.

⁷³⁹ J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2008.

⁷⁴⁰ E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010.

⁷⁴¹ M. KARPENSCHIF, C. NOURISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, Paris, PUF, Thémis, 3^e éd., 2016.

⁷⁴² F. SUDRE, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, G. GONZALEZ, A. GOUTTENOIRE, F. MARCHARDIER, J.-P. MARGUENAUD, L. MILANO, H. SURREL, D. SZYMCZAK, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, Thémis, 8^e éd., 2017.

⁷⁴³ J.-F. LACHAUME, H. PAULIAT, S. BRACONNIER, C. DEFFIGIER, *Droit administratif : les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, Thémis, 17^e éd., 2017.

⁷⁴⁴ M. VERPEAUX, P. DE MONTALIVET, A. ROBLLOT-TROIZIER, A. VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel : les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, Thémis, 2^e éd., 2017.

⁷⁴⁵ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. VII.

⁷⁴⁶ G. BRAIBANT, « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *op. cit.*

⁷⁴⁷ *Ibid.*

243. Distinction entre grand arrêt et précédent. Selon cette définition, se pose inévitablement la question des liens entre la notion de grand arrêt et celle de précédent ou de décision de principe. Ces deux notions semblent devoir être clairement distinguées selon un critère matériel, tenant à l'importance et l'impact sociétal et/ou juridique de la décision ainsi que sa mise en avant par la doctrine. La notion de précédent est en effet plus large que celle de grand arrêt. Le précédent est un principe de jugement, une norme générale extraite de la décision particulière et applicable pour les cas ultérieurs analogues. Il est parfaitement possible que cette norme générale n'ait qu'un impact mineur sur l'ordonnement juridique et la matière en question, et ne concerne aucune question spécifiquement « sociétale ». De ce point de vue, tout précédent n'est pas forcément un grand arrêt, en revanche tout grand arrêt est nécessairement un précédent. Cette position s'écarte notamment de celle de M. Lannoy qui, dans sa thèse, prend soin de distinguer ces deux notions selon un critère formel, estimant qu'« un "grand arrêt" au fond ne prend pas nécessairement la forme d'une décision de principe : tout dépend – en plus de la teneur du principe juridique – de son énonciation expresse »⁷⁴⁸. Si certains grands arrêts ne contiennent pas de principe explicitement formulé, il s'agit néanmoins d'un précédent, donc d'une décision de principe, quand bien même le principe en question n'est pas explicitement posé⁷⁴⁹. Il existe aussi bien des précédents que des « grands arrêts » sans formulation explicite d'un principe, ce qui ne peut donc servir de critère discriminant entre les deux notions. Il convient de rappeler en outre que, dans la perspective de l'évolution de la motivation des décisions des cours souveraines⁷⁵⁰, les décisions dépourvues de motifs de principe explicitement formulés tendent progressivement à disparaître. Il peut être ainsi souligné, avec M. Deguegue, un certain « renouveau des grands arrêts discursifs » dans lesquels les « raisonnements amplement motivés et explicatifs »⁷⁵¹ sont la règle et deviennent systématiques.

Une fois que la cour souveraine s'est assurée de la diffusion d'une décision « faisant précédent », elle doit encore éclairer les juges inférieurs et la doctrine sur la signification qu'il convient d'en retenir. Il apparaît ainsi, dans la politique des cours souveraines, une volonté de maîtrise institutionnelle dans l'interprétation et la réception des précédents.

⁷⁴⁸ M. LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, *op. cit.*, p. 162.

⁷⁴⁹ Cf. *supra* : §§ 196-198.

⁷⁵⁰ Cf. *supra* : §§ 212 et s.

⁷⁵¹ M. DEGUERGUE, « Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts ? », *RFDA* 2007, p. 254.

SECTION 2. LA MAITRISE PAR LA COUR SOUVERAINE DE L'INTERPRETATION DES PRECEDENTS

244. Les cours souveraines ont développé une certaine pratique tendant à maîtriser la réception pouvant être faite de leurs précédents. Cela traduit à la fois leur position de cour souveraine créatrice exclusive de droit précédentiel au sein de l'ordre juridique, mais est aussi la conséquence du caractère lapidaire de leur motivation. Ce redéploiement de la « doctrine » de la cour et des diverses positions officielles pouvant éclairer une solution se retrouve principalement dans la pratique du commentaire, par la cour elle-même, par l'intermédiaire de certains de ses membres, de ses précédents (§ 1). Les conclusions des rapporteurs publics et des procureurs généraux près le Conseil d'État et la Cour de cassation, s'ils ne constituent ni la position « officielle » de la cour, ni, par définition, un commentaire de celle-ci, sont toutefois très utiles et très fréquemment mobilisés pour éclairer la position du juge (§ 2). Ce discours annexe des cours souveraines, s'il constitue un renfort de normativité et leur permet de maîtriser l'interprétation de leurs précédents, conduit, dans le même mouvement, à limiter le développement d'un discours doctrinal critique sur ces derniers (§ 3).

§ 1 – *La pratique des commentaires institutionnels du précédent*

La cour souveraine commente ses propres décisions, par le biais de certains de ses membres ou de ses services de documentation et de recherche. Ces commentaires institutionnels peuvent être « officiels », dans le sens qu'ils sont relayés directement par la cour, à l'instar des commentaires du Secrétaire général du Conseil constitutionnel ou des notes explicatives de la Cour de cassation (A). Ces commentaires institutionnels peuvent également revêtir un aspect plus « officieux », comme en témoigne l'exemple de la chronique des conseillers d'État à l'*AJDA* (B).

A – Les commentaires officiellement institutionnels

245. **Les revues officielles des cours souveraines.** Avant d'aborder la question spécifique des commentaires des précédents par des membres de l'institution, il apparaît

opportun d'évoquer la question des revues officielles des cours souveraines. Cela traduit en effet de façon assez remarquable la volonté d'une maîtrise doctrinale du discours de la cour souveraine par l'institution elle-même. Ainsi ont été créés en 1996 les *Cahiers du Conseil constitutionnel*, devenus *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* en 2010, revue trimestrielle ayant vocation à fournir « une information complète sur le droit constitutionnel et l'activité du Conseil constitutionnel »⁷⁵². Cette revue a elle-même été remplacée en septembre 2018 par la revue semestrielle *Titre VII*, avec pour objectif affiché de « permettre à ses lecteurs de connaître de la réflexion doctrinale et des témoignages des praticiens sur les grands débats constitutionnels, au moyen de dossiers thématiques, de chroniques de jurisprudence et de comparaisons internationales »⁷⁵³. À la différence des *Cahiers* et *Nouveaux cahiers*, édités par des éditeurs privés et consultables en format papier, cette nouvelle revue est entièrement numérique et publiée exclusivement sur le site du Conseil constitutionnel. Dans la même optique paraît également, à la *Documentation française*, la collection « Droits et débats », collection qui « a vocation à publier les actes des colloques et conférence organisés par le Conseil d'État »⁷⁵⁴. La Cour de cassation ne dispose pas de revue officielle au sens strictement éditorial du terme, mais l'on peut considérer que son *Bulletin d'information* en tient lieu. Ces trois exemples manifestent clairement l'intention des cours souveraines de produire un certain discours sur leur discours, et de passer, entre autres voies, par les canons éditoriaux classiques de la revue juridique pour diffuser ce discours.

246. Les commentaires du Secrétaire général du Conseil constitutionnel. Des trois cours souveraines, c'est au Conseil constitutionnel que l'on doit la pratique la plus systématique du commentaire institutionnel de ses propres décisions, par la voix de son Secrétaire général. Acteur essentiel et conscience juridique de l'institution⁷⁵⁵, le Secrétaire général du Conseil constitutionnel joue un rôle fondamental dans l'explication des décisions et dans l'élaboration

⁷⁵² <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel> (consulté le 02 mars 2019).

⁷⁵³ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii> (consulté le 02 mars 2019).

⁷⁵⁴ <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Collection-Droits-et-Debats> (consulté le 02 mars 2019).

⁷⁵⁵ V. not. : O. SCHRAMECK, « Le secrétariat général du Conseil constitutionnel », *RFDA* 1994, p. 1210 ; A. CIAUDO, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le secrétaire général du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2008, p. 17.

des précédents. L'article 3 du décret du 13 novembre 1959⁷⁵⁶ dispose que « le secrétaire général prend les mesures nécessaires à la préparation et à l'organisation des travaux du Conseil. Il établit un compte rendu sommaire de ces travaux ». Placé à la tête des services administratifs du Conseil, notamment du service juridique et de documentation, le Secrétaire général prépare et rédige les décisions et fournit les dossiers documentaires attachés aux décisions, essentiellement DC et QPC. Au-delà de ce rôle dans la préparation de la décision en elle-même, le Secrétaire général fournit également un commentaire de la décision, pas de façon systématique mais toujours pour les décisions DC et QPC, *a fortiori* pour celles considérées par l'institution elle-même comme constituant un précédent. Ce commentaire, publié sur le site du Conseil en annexe de la décision, est bien souvent nécessaire à la compréhension de la décision et semble constituer une sorte de seconde doctrine officielle du Conseil.

247.Exemple – Le commentaire du précédent *Jeremy F.* L'exemple de la décision *Jeremy F.*⁷⁵⁷ est tout à fait révélateur de cet apport. C'est en effet par cette décision que le Conseil constitutionnel opère son premier renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, en application de l'article 267 du TFUE⁷⁵⁸. Une telle décision est prise dans un contexte normatif et institutionnel tout à fait spécifique et relativement complexe. Le Conseil doit en effet contrôler, en QPC, une disposition législative de transposition d'une décision-cadre de l'Union fixant le régime du mandat d'arrêt européen⁷⁵⁹, régime bénéficiant en outre de la « couverture constitutionnelle » de l'article 88-2 de la Constitution. Devant en définitive se prononcer sur le sens à donner à la décision-cadre pour trancher la question, le juge constitutionnel se reconnaît incompétent et pose une série de questions préjudicielles au seul juge compétent pour interpréter le droit de l'Union en vertu des traités, à savoir la Cour de justice. La décision, fidèle à la tradition française de motivation concise des cours souveraines, ne s'étend guère sur ce choix d'opérer pour la première fois un renvoi préjudiciel et ne clarifie

⁷⁵⁶ Décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel.

⁷⁵⁷ Décision n° 2013-314P QPC, *M. Jeremy F.* [*Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen – question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne*].

⁷⁵⁸ V. not. : D. SIMON, « "Il y a toujours une première fois" : à propos de la décision 2013-314P QPC du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 », *Europe* mai 2013, étude 5 ; X. MAGNON, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *RFDC* 2013, p. 920.

⁷⁵⁹ Décision-cadre du Conseil 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009.

pas le contexte normatif complexe causé par les problématiques propres aux rapports de systèmes en l'espèce. Ce n'est finalement qu'à la lecture du commentaire du Secrétaire général que la solution prend véritablement sens, du moins pour un lecteur profane peu familier du contentieux constitutionnel et européen et des rapports de systèmes nationaux et supranationaux. Dans son commentaire⁷⁶⁰, le Secrétaire général retrace les principales « jurisprudences du Conseil constitutionnel sur les normes internationales et communautaires »⁷⁶¹, évoquant notamment les difficultés liées à la concurrence entre le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et le contrôle de conventionnalité ainsi que celles liées au contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives de l'Union. Il explicite également le sens de l'article 88-2 et le « cadre constitutionnel spécifique applicable au mandat d'arrêt européen »⁷⁶² et évoque les différentes solutions retenues par les cours européennes face à des problèmes analogues à ceux alors soulevés devant le Conseil⁷⁶³. La mise en perspective de ce précédent avec l'ensemble de la jurisprudence « communautaire » ou « européenne » du Conseil constitutionnel et des juges de droit commun, l'explication et la clarification du cadre normatif ainsi que le recours à des arguments de droit comparé comme appui à la solution dégagée, rendent bien plus lisible ce choix et permettent de saisir plus clairement la portée du précédent *Jeremy F.* qu'une simple lecture de la décision ne l'aurait permis.

248. Les notes explicatives sur le site de la Cour de cassation. Le service de documentation, des études et du rapport publie depuis 2015, sur le site de la Cour de cassation, des notes explicatives commentant et expliquant certains arrêts ou avis contentieux de la Cour. À la différence des commentaires du Secrétaire général du Conseil constitutionnel, ces notes explicatives ne sont pas systématiques et sont mêmes assez rares. Ainsi, de 2015 au début de l'année 2019, l'on en dénombre seulement 71, arrêts et avis confondus. Elles sont par ailleurs bien plus brèves : une à deux pages en moyenne, contre une dizaine de pages pour les commentaires du Secrétaire général. Elles concernent des sujets médiatisés ou des changements majeurs dans les positions de la Cour, à l'instar notamment de la question des soins

⁷⁶⁰ En ligne sur le site du Conseil constitutionnel en annexe de la décision : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013314pqpc/ccc_314pqpc.pdf.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 15.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 20.

⁷⁶³ *Ibid.*, p. 10 : il est fait référence, comme argument venant appuyer sa solution, aux renvois préjudiciels opérés dans le même contexte par la Cour d'arbitrage belge et le Tribunal constitutionnel espagnol.

psychiatriques sans consentement⁷⁶⁴, des travailleurs détachés dans l'Union européenne⁷⁶⁵, de la liberté d'expression des avocats⁷⁶⁶ ou encore de l'affaire dite du « Roi du Maroc »⁷⁶⁷. Formellement, ces notes, du moins celles relatives aux arrêts, se présentent globalement comme une fiche d'arrêt améliorée, contenant un rappel des faits pertinents de l'espèce et de la procédure ayant conduit au pourvoi, un rappel de la solution de principe énoncée par la Cour ainsi qu'une mise en perspective et une explication sommaire de la portée de ce principe. Elles contribuent donc dans une large mesure à expliquer la portée des précédents.

249.Exemple. Un exemple récent, à propos d'un arrêt de la chambre sociale du 21 novembre 2018⁷⁶⁸, illustre parfaitement ce rôle de la note explicative. Par cette décision la chambre sociale énonce, dans un attendu de principe « chapeau »⁷⁶⁹, « qu'au sein d'un groupe, une unité économique et sociale (UES) peut être reconnue par convention ou par décision de justice entre des entités juridiquement distinctes qu'elles soient ou non dotées de la personnalité morale ». L'attendu fixe ensuite deux conditions cumulatives à cette reconnaissance, puis applique ce principe pour casser partiellement le jugement d'appel attaqué. Dans la lignée de la tradition de la Cour, l'arrêt est bref, concis et ne s'inscrit pas véritablement dans le mouvement d'enrichissement de la motivation insufflé par le rapport d'avril 2017. Un néophyte en matière de droit social, à l'instar de l'auteur de ces lignes, ne pourra certainement prendre toute la mesure de l'importance de cette solution qu'à la lecture de la note explicative. Celle-ci précise en effet que cette solution constitue « une exception à la jurisprudence, issue de l'arrêt du 7 mai 2002 (...), selon laquelle il ne peut y avoir d'unité économique et sociale reconnue par convention ou par décision de justice qu'entre des *personnes* juridiquement distinctes prises dans l'ensemble de leurs établissements et de leurs personnels ». La note explique par ailleurs que

⁷⁶⁴ « Note explicative relative à l'avis n° 15001 du 19 janvier 2015 (demande 1470010) », https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/avis_classes_date_239/2015_6994/2015_14_6995/relative_avis_30913.html (consulté le 05 mars 2019).

⁷⁶⁵ « Question préjudicielle à la CJUE : force probante du E101 pour les travailleurs détachés (06.11.2015) », https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/cjue_force_32945.html.

⁷⁶⁶ « Liberté d'expression de l'avocat et limites de la critique admissible à l'égard des magistrats agissant dans l'exercice de leurs fonctions (06.12.2016) », https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/avocat_limites_35735.html.

⁷⁶⁷ « Affaire dite "Roi du Maroc" / Loyauté dans l'administration de la preuve (10.11.2017) », https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/roi_maroc_38015.html.

⁷⁶⁸ Soc., 21 novembre 2018, n° 16-27.690, *D.* 2018, p. 2241 ; *RDT* 2019, p. 51, obs. Nasom-Tissandier, p. 133, rapp. Joly ; *Droit social* 2019, p. 141, note Radé.

⁷⁶⁹ Cf. *supra* : § 193.

cette exception concerne spécifiquement les « groupes de sociétés, notamment internationaux, au sein desquels des choix organisationnels et de gestion peuvent conduire à dissocier juridiquement des communautés de travailleurs qui continuent en pratique à travailler ensemble, sous la direction d'un responsable commun *et qui, par conséquent, relèvent d'une représentation du personnel commune* »⁷⁷⁰. Cette précision est essentielle à la compréhension de la solution et permet de clarifier la portée du précédent créé par la chambre sociale. Il ne s'agit pas de vulgariser ou de synthétiser le discours du juge mais bien, en l'occurrence, d'y apporter une véritable plus-value en termes de justification et d'explication.

Ces notes explicatives du SDER de la Cour, trop rares et bien moins substantielles que celles du Secrétaire général du Conseil constitutionnel, ne constituent cependant qu'un support partiel et ponctuel à la normativité des précédents de la Cour de cassation. En outre, l'on ne retrouve pas, devant le Conseil d'État, une pratique analogue de commentaire institutionnel en ligne sur le site. Les membres du Conseil d'État diffusent néanmoins leurs commentaires de certains précédents par la voie plus officielle des revues juridiques.

B – Les commentaires officieusement institutionnels : la chronique à l'AJDA

250. Historique de la chronique. Le Conseil d'État ne publie pas, sur son site internet, de commentaires de ses propres décisions, ni de façon systématique, ni même de façon ponctuelle. Il publie en revanche, par la voix des membres de son Centre de recherche et de diffusion juridique (CRDJ), une chronique publiée dans l'*Actualité juridique du droit administratif* (*AJDA*). La chronique apparaît en 1953, à la suite de l'institution des tribunaux administratifs par le décret du 30 septembre 1953⁷⁷¹. « Conséquence directe »⁷⁷² de ce décret plaçant le Conseil d'État au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, la chronique est apparue comme un « outil de régulation »⁷⁷³ nécessaire pour faire œuvre de pédagogie et expliquer clairement

⁷⁷⁰ Les passages en italiques sont en réalité en gras dans le texte de la note, les rédacteurs ayant souhaité, par souci de pédagogie, accentuer les éléments véritablement importants.

⁷⁷¹ Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif.

⁷⁷² O. RENAUDIE, « La chronique de jurisprudence à l'*AJDA*. Le point de vue de l'universitaire », in. J. Caillosse et O. Renaudie (dir.), *Le Conseil d'État et l'Université*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2015, p. 155.

⁷⁷³ *Ibid.*

aux juges de droit commun la portée des précédents dégagés. Elle est principalement issue de la volonté du président F. Gazier, auteur des premières chroniques en collaboration avec M. Long⁷⁷⁴, et s'est développée dans un cadre institutionnel précis, celui du Centre de documentation et de coordination, devenu le CRDJ en 2009⁷⁷⁵. Composé de trois maîtres des requêtes du Conseil d'État, deux généralistes et un fiscaliste⁷⁷⁶, la fonction essentielle du centre consiste à « expliquer, synthétiser, hiérarchiser, et diffuser la jurisprudence et l'information juridique utiles aux membres du Conseil d'État et aux magistrats des tribunaux et des cours »⁷⁷⁷.

251. Contenu des chroniques. Le contenu des chroniques a connu plusieurs évolutions depuis 1953. La chronique « a été initialement conçue comme un compte rendu rapide des décisions importantes, qui permettait de pallier les délais inhérents à la confection d'un recueil annuel comme l'est le *Lebon* »⁷⁷⁸. Le contenu était de ce fait plutôt neutre et, sans être descriptif, ne contenait toutefois pas de réflexions véritablement substantielles et développées sur la décision en question. Cette fonction première de compte-rendu s'est ensuite progressivement « doublée d'une fonction de commentaire plus approfondi, certaines chroniques faisant figure de référence ou de pierre de touche de la réflexion juridictionnelle sur telle ou telle question »⁷⁷⁹. Comme le relève X. Domino, cette évolution de la chronique a connu son paroxysme dans les années 1990 et au début des années 2000, le contenu des commentaires pouvant parfois aller « jusqu'à nourrir de fortes ambitions doctrinales et théoriques, se transformant en sommes sur le sujet »⁷⁸⁰. Ce constat peut être, entre autres, parfaitement illustré par la chronique de M. Guyomar et P. Collin⁷⁸¹ relative à l'arrêt *Didier* du 3 décembre 1999⁷⁸². Dans cet arrêt, le Conseil d'État a jugé que la présence d'un rapporteur au délibéré de la

⁷⁷⁴ F. GAZIER, M. LONG, « Chronique de jurisprudence administrative. Arrêts du Conseil d'État du 15 novembre 1953 au 1^{er} janvier 1954 », *AJDA* 1954, p. 1.

⁷⁷⁵ V. à ce sujet : X. DOMINO, A. BRETONNEAU, E. BOKDAM-TOGNETTI, J. LESSI, « Que fait le centre ? », *op. cit.*

⁷⁷⁶ Le maître des requêtes fiscaliste est chargé de rédiger une chronique à part publiée à la *Revue de jurisprudence et des conclusions fiscales*.

⁷⁷⁷ X. DOMINO, A. BRETONNEAU, E. BOKDAM-TOGNETTI, J. LESSI, « Que fait le centre ? », *op. cit.*

⁷⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ X. DOMINO, « La chronique de jurisprudence à l'*AJDA*. Le point de vue du chroniqueur », in J. Caillousse et O. Renaudie (dir.), *Le Conseil d'État et l'Université*, *op. cit.*, p. 152.

⁷⁸¹ M. GUYOMAR, P. COLLIN, « Diverses applications du principe d'impartialité », *AJDA* 2000, p. 126.

⁷⁸² CE, ass., 3 décembre 1999, *Didier*, *Rec.* p. 399, *RFDA* 2000, p. 584, concl. Seban ; *JCP G* 2000.II.10267, note Sudre ; *RDP* 2000, p. 349 note Guettier.

formation disciplinaire du Conseil des marchés financiers est compatible avec l'exigence d'impartialité qui découle de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La chronique commentant cette solution est une véritable étude substantielle fournie, rappelant notamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le principe d'impartialité, son champ d'application matériel, ainsi que de longs développements sur les positions respectives du Conseil d'État et de la Cour de cassation. En définitive, la chronique prend pratiquement la forme d'une étude doctrinale de fond sur le principe d'impartialité et semble parfois dépasser le but premier de la chronique. Il apparaît néanmoins que cette tendance s'est depuis atténuée, « les chroniques se raccourcissent, et les chroniqueurs signent moins l'article doctrinal qu'à un moment »⁷⁸³.

252. Nature de la chronique. Il est difficile de qualifier cette chronique, située dans une sorte d'entre-deux. Elle n'est pas tout à fait le discours du juge, d'une part car elle est formellement en dehors de la décision et, d'autre part, car c'est en toute indépendance vis-à-vis des membres de la formation de jugement que les maîtres des requêtes la composent. Elle n'est pas non plus véritablement une étude doctrinale au sens le plus universitaire et académique du terme. Les chroniqueurs, connaissant l'institution et ayant participé au délibéré du jugement, expriment ainsi ce que B. Stirn a pu qualifier de « commentaire autorisé »⁷⁸⁴ de la décision. L'on parlera cependant plus volontiers, à la suite de X. Domino, de « commentateurs avisés » ou « informés »⁷⁸⁵, l'expression « autorisé » pouvant en effet renvoyer à une « connotation de contrôle institutionnel (...) qui ne rend pas compte fidèlement de la liberté totale des chroniqueurs »⁷⁸⁶. En dépit de cette liberté, les chroniqueurs n'en demeurent pas moins des membres de l'institution et leur chronique, sans être la décision elle-même, vient indéniablement au soutien de sa compréhension. En tant que membres du Conseil d'État, les maîtres des requêtes en charge de la chronique « ont naturellement pour mission, sans trahir [le secret des délibérés], d'éclairer les observateurs de la jurisprudence sur les motifs qui ont conduit à son adoption ». Ainsi que l'admettent les principaux concernés, leurs « interprétations, souvent poliment formulées en termes de conjectures dans la chronique,

⁷⁸³ X. DOMINO, « La chronique de jurisprudence à l'AJDA. Le point de vue du chroniqueur », *op. cit.*, p. 152.

⁷⁸⁴ B. STIRN, « Le meilleur compagnon de la jurisprudence », *op. cit.*

⁷⁸⁵ X. DOMINO, « La chronique de jurisprudence à l'AJDA. Le point de vue du chroniqueur », *op. cit.*, p. 151.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

ne sont rien d'autre que la bonne interprétation qu'il convient d'avoir d'une décision »⁷⁸⁷. À la différence du commentaire du Secrétaire général et des notes explicatives de la Cour de cassation, la chronique à l'*AJDA* ne peut être considérée comme officiellement issue de l'institution. Elle est le fait de membres de l'institution certes, mais totalement indépendants de celle-ci, et paraît en outre dans une revue privée. Elle est cependant le fait de membres « avisés », ayant participé au délibéré, et se donnant notamment pour mission de révéler, en cas d'obscurité ou d'incertitude, la « bonne interprétation » à retenir de la décision.

Ces diverses sources annexes constituent toutes des commentaires intervenant, par définition, *a posteriori*. Il est une autre source annexe à la décision, intervenant au moment de l'audience, donc en amont de l'adoption de la décision proprement dite, et permettant d'éclairer de façon significative la solution : il s'agit des conclusions des « jurisconsultes » placés près des cours souveraines.

§ 2 – *Le rôle de la publication des conclusions pour l'interprétation des précédents*

253. Les « jurisconsultes » près les cours souveraines. La présence, au sein des cours souveraines, de « jurisconsultes » indépendants, garants de la bonne application du droit et chargés de délivrer des conclusions sur la décision à prendre, joue un rôle certain dans l'interprétation que l'on peut faire d'un précédent. Cela renvoie aux figures de l'avocat général près la Cour de cassation et du rapporteur public près le Conseil d'État. Si, dans un certain sens, on peut considérer le Secrétaire général du Conseil constitutionnel comme remplissant également un rôle de « jurisconsulte » au sein de l'institution, il ne dispose pas objectivement du même rôle que les deux précédents. Les conclusions des avocats généraux et des rapporteurs publics ont un statut et une fonction bien spécifiques et assez analogues, et interviennent en amont de la décision. La plus-value apportée par le Secrétaire général dans cette perspective réside principalement dans le commentaire *a posteriori* de la décision, son rôle en amont, tout à fait essentiel au demeurant, n'étant pas rendu public ni exprimé sous formes de conclusions au moment de l'audience.

⁷⁸⁷ X. DOMINO, A. BRETONNEAU, E. BOKDAM-TOGNETTI, J. LESSI, « Que fait le centre ? », *op. cit.*

254. Le rapporteur public. La fonction de rapporteur public a connu deux appellations antérieures, d'abord « commissaire du roi » à partir de la Monarchie de Juillet puis « commissaire du gouvernement » jusqu'en 2009⁷⁸⁸. C'est avec l'ordonnance du 12 mars 1831 qu'est institué le commissaire du roi⁷⁸⁹, membre du Conseil d'État chargé de délivrer publiquement des conclusions sur la décision à prendre. Il devient ensuite « commissaire du gouvernement » à l'avènement de la IIe République. Dans le but de mettre un terme à la confusion avec le commissaire du gouvernement issu de l'exécutif et intervenant devant les sections administratives du Conseil d'État, le décret du 7 janvier 2009⁷⁹⁰ le désigne désormais « rapporteur public ». L'article L. 7 du code de justice administrative dispose désormais qu' « un membre de la juridiction, chargé des fonctions de rapporteur public, expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent ». Sa fonction a été précisément explicitée par le Conseil d'État lui-même, après diverses décisions de principe sur la question⁷⁹¹ et sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de son interprétation du droit à un procès équitable fondée sur l'article 6 § 1 de la Convention⁷⁹². Le considérant de principe de l'arrêt *Communauté d'agglomération du pays de Martigues* du 21 juin 2013⁷⁹³ énonce en effet que le rapporteur public « a pour mission d'exposer les questions que présente à juger le recours sur lequel il conclut et de faire connaître, en toute indépendance, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient, prononce ses conclusions après la clôture de l'instruction à laquelle il a été procédé contradictoirement ; que l'exercice de cette fonction n'est pas soumis au principe du caractère contradictoire de la procédure applicable à l'instruction ».

⁷⁸⁸ V. not. : N. RAINAUD, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1996.

⁷⁸⁹ V. sur ce sujet : M. BOUVET, *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, Paris, LGDJ, 2001, p. 362.

⁷⁹⁰ Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009

⁷⁹¹ CE, 10 juillet 1957, *Gervaise*, *Rec.*, p. 466 ; CE, 29 juillet 1998, *Esclatine*, *Rec.*, p. 320.

⁷⁹² CEDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane Kaïd c. France*, n° 23043/93 et 22291/91, *AJDA* 1998, p. 984, chron. Flauss ; *D.* 1998, p. 366, obs. Baudoux ; *D.* 1999, p. 201, chron. Haïm, *JCP G.* 1999.II.10074, note Soler.

⁷⁹³ CE, sect., 21 juin 2013, *Communauté d'agglomération du pays de Martigues*, *Rec.*, p. 167, *RDF A* 2013, p. 805, concl. de Lesquen, *RDF A* 2014, p. 47, note Pacteau ; *AJDA* 2013, p. 1276, chron. Domino et Bretonneau et p. 1839, note Melleray et Noyer.

255. Le parquet général de la Cour de cassation. L'article R. 432-1 du code de l'organisation judiciaire dispose que « les fonctions du ministère public sont confiées au procureur général. Les premiers avocats généraux, les avocats généraux et les avocats généraux référendaires participent à l'exercice de ces fonctions sous la direction du procureur général ». À la différence du ministère public devant les juridictions du fond, le parquet général de la Cour de cassation est dans une position d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif et n'est pas soumis à son autorité hiérarchique. Il n'est pas non plus à l'origine de l'action publique. Parmi les diverses attributions confiées au procureur général, assisté des avocats généraux, l'article L. 432-1 prévoit que ce dernier « rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la cour sur la portée de la décision à intervenir ». Véritable « défenseur de la loi »⁷⁹⁴, l'avocat général est donc habilité, à l'instar du rapporteur public au Conseil d'État, à présenter en toute indépendance des conclusions dans l'intérêt d'une bonne application du droit.

256. Le rôle des conclusions dans la construction du précédent. Les conclusions disposent d'un statut tout à fait particulier dans l'élaboration du précédent, en ce sens que si l'avocat général et le rapporteur public prennent part à l'audience et ont un rôle concret dans le processus décisionnel, c'est à titre individuel et en toute indépendance qu'ils concluent sur la solution à rendre. Les conclusions et la décision juridictionnelle ne peuvent donc être strictement assimilées. Il serait en revanche excessif, à l'inverse, de vouloir les dissocier radicalement, tant l'influence de ces « jurisconsultes » sur la formation de jugement dans l'élaboration de la décision est patente. En posant le cadre normatif du procès, en mettant en perspective le litige présenté à la cour avec toute sa politique jurisprudentielle, en établissant un raisonnement élaboré et approfondi sur le ou les problèmes de droit soulevés et en suggérant des solutions à ces problèmes, le rapporteur public et l'avocat général conditionnent très largement l'orientation de la décision. Même si la formation de jugement ne suit pas systématiquement leurs conclusions, ou ne les suit que partiellement, leur intervention en amont de la décision, comme « conscience juridique » de l'institution, fixe un certain cadre doctrinal et fournit souvent une profondeur d'analyse qui détermine, même si cela n'est pas rigoureusement quantifiable et mesurable, la solution. L'analyse comparée de la décision et des conclusions, lorsque celles-ci font l'objet d'une publication, permet en outre aux observateurs d'enrichir leurs commentaires, en étoffant les diverses interprétations possibles suggérées par

⁷⁹⁴ J.-C. MARIN, « Le rôle de l'avocat général à la Cour de cassation », publié sur le site de la Cour de cassation en décembre 2016, (https://www.courdecassation.fr/IMG/11_MARIN_Role_AG_1216.pdf).

le rapporteur public ou l'avocat général. Dans cette perspective, les conclusions sont bien souvent le support qui permet d'aller au-delà de la solution, d'y chercher des justifications ou éventuellement d'apporter un regard critique orienté par ces mêmes conclusions.

257.L'édition de « grandes conclusions » sur le modèle des « grands arrêts ». En 2015 et 2017 ont été successivement publiés le premier volume des *Grandes conclusions de la jurisprudence administrative de 1831 à 1940*⁷⁹⁵ et *Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*⁷⁹⁶. Dans le sillage de l'édition des « grands arrêts », les auteurs ont ainsi regroupé les conclusions des rapporteurs publics et procureurs généraux ayant le plus marqué le développement du droit et la création des précédents les plus importants. Il existe de ce point de vue un lien de réciprocité entre grand arrêt et grande conclusion. En effet, comme le relèvent H. de Gaudemar et D. Mongoin dans leur présentation générale, « d'un côté, de grandes conclusions ne sont le plus souvent reconnues comme telles que parce qu'elles sont le support de grands arrêts, mais d'un autre côté de grands arrêts ne sont le plus souvent reconnus comme tels que parce qu'ils sont supportés par de grandes conclusions. Il est ainsi difficilement contestable qu'un nombre important d'arrêts de principe doit essentiellement cette qualité aux conclusions qui les éclairent »⁷⁹⁷. Ainsi, en ce qui concerne la Cour de cassation, l'on retrouve par exemple les grandes conclusions emblématiques du procureur général P. Matter sur l'arrêt *Jand'heur*⁷⁹⁸, « exceptionnelle démonstration »⁷⁹⁹ à l'origine du régime de la responsabilité extracontractuelle du fait des choses, celles du procureur général A. Touffait⁸⁰⁰ invitant la chambre mixte de la Cour à exercer le contrôle de conventionnalité dans l'affaire *Jacques Vabre*, consacrant des développements essentiels sur l'interprétation de l'article 55 de la Constitution et sur la nécessaire primauté du droit communautaire ou encore les célèbres conclusions de l'avocat général J. Sainte-Rose dans l'affaire *Perruche*⁸⁰¹. Il y a en outre, pour le Conseil d'État,

⁷⁹⁵ H. DE GAUDEMAR, D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative. Volume 1 : 1831-1940*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015.

⁷⁹⁶ R. SALOMON, *Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2017.

⁷⁹⁷ H. DE GAUDEMAR, D. MONGOIN, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁹⁸ Conclusions sur Cass. ch. réunies, 13 février 1930, DP 1930, I, p. 64 ; GP 1930.I.393.

⁷⁹⁹ R. SALOMON, *Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 145.

⁸⁰⁰ Conclusions de M. le Procureur général Touffait sur Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, JCP 1975.II.18180 bis, *Gaz. Pal.* 1975, 2, p. 470 ; R. SALOMON, *Les grandes conclusions...*, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁰¹ Conclusion de M. l'Avocat général J. Sainte-Rose sur Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, *Epoux Perruche c. Caisse primaire d'assurance-maladie de l'Yonne*, n° 99-13.701, Bull. ass. plén. n° 9 ; R. SALOMON, *Les grandes conclusions...*, *op. cit.*, p. 237.

et pour n'en citer qu'une infime partie, les célèbres conclusions de J. Romieu notamment sur les arrêts *Cames*⁸⁰², *Société immobilière Saint Just*⁸⁰³, *Martin*⁸⁰⁴ ou *Deplanque*⁸⁰⁵ ou celles de L. Blum sur les arrêts *Compagnie générale française des tramways*⁸⁰⁶, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*⁸⁰⁷ ou *Lemonnier*⁸⁰⁸.

Par ces différents niveaux de discours, en amont ou en aval de la décision, les sources « officielles » permettant d'éclairer les précédents constituent un corpus important. Cette pratique institutionnelle semble créer, sans doute involontairement, une certaine confusion normative et une certaine annihilation d'un discours doctrinal critique sur les positions du juge.

§ 3 – Confusion normative et regard doctrinal critique

258. Double niveau de discours précédentiel. L'analyse de l'élaboration du précédent en France fait apparaître un double niveau de discours du juge : un discours formulé dans la décision même, l'autre formulé en dehors de la décision mais toujours dans un cadre institutionnel globalement maîtrisé par la cour souveraine. Le précédent, au sens strict, est en effet formulé dans les motifs du jugement, d'une façon relativement laconique et sans développement sur le contexte juridique, précédentiel, politique qui entoure le problème de droit soulevé, ni sur les conséquences éventuelles de la norme générale formulée. Si le juge ne fait pas apparaître ces éléments déterminants dans sa décision, c'est encore en raison du poids de l'héritage légicentriste qui l'en empêche. Ces éléments existent néanmoins et le juge en est conscient et les connaît, du moins pour partie. Ne pouvant figurer dans la décision, ces

⁸⁰² Conclusions sur CE, 21 juin 1895, *Cames*, Rec., p. 509 ; *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative, op. cit.*, n° 21, p. 78.

⁸⁰³ Conclusions sur TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, Rec., p. 713 ; *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative, op. cit.* (GCJA ci-après), n° 24, p. 204.

⁸⁰⁴ Conclusions sur CE, 4 août 1905, *Martin*, Rec. p. 749 ; D. 1907.3.49 ; GCJA n° 30, p. 262.

⁸⁰⁵ Conclusions sur CE, 31 mai 1907, *Deplanque*, Rec., p. 513 ; D.1907.3.81 ; GCJA n° 36, p. 318.

⁸⁰⁶ Conclusions sur CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. p. 216 ; D.1912.3.49 ; S. 1911.3.1 ; GCJA n° 47, p. 463.

⁸⁰⁷ Conclusions sur CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Rec., p. 909 ; D. 1916.3.35 ; S. 1917.3.15 ; GCJA n° 53, p. 525.

⁸⁰⁸ Conclusions sur CE, 26 juillet 1918, *Epoux Lemonnier*, Rec., p. 716, D. 1918.3.9, RDP 1919, p. 41, S. 1918-1919.3.41 ; GCJA n° 62, p. 612.

éléments, venant approfondir la compréhension et l'interprétation du précédent, figurent alors dans une série de supports annexes à la décision : commentaire, conclusion, communiqué, rapport annuel. La normativité du précédent dépend donc bien de deux discours distincts : le premier correspond à la formulation simple de la norme générale sur un support officiel, la décision ; le second renvoie à l'explication de cette norme générale en dehors de la décision, fournissant « l'interprétation de l'interprétation par l'interprète authentique sur un support officieux »⁸⁰⁹. Le caractère complexe de la situation réside dans le fait qu'il y a bien deux discours mais finalement une seule doctrine du juge.

259. Renfort de normativité. Il est bien certain que la multiplication des supports para-judictionnels venant diffuser, et parfois expliquer substantiellement, les précédents, est un puissant renfort de normativité pour ces derniers. Les précédents, d'une part, sont plus rapidement et plus facilement connus qu'auparavant et, d'autre part, font l'objet de commentaires institutionnels permettant d'en éclairer le sens. Plus une norme est claire, inconditionnelle, précise et déterminée, plus son auteur s'assure d'une réception uniforme par ses destinataires, et moins ces derniers disposent d'une marge d'interprétation pour se réapproprier la signification de la norme édictée. Les normes constitutionnelles, par exemple, sont des normes générales et abstraites très indéterminées, susceptibles d'un grand nombre d'interprétations possibles. Formellement adoptées par le constituant, primaire ou originaire, leur sens est établi par un interprète authentique privilégié, le Conseil constitutionnel. Pour les précédents, l'on constate en revanche une sorte de dédoublement fonctionnel au sein même des cours souveraines. Lorsqu'une cour souveraine édicte et commente un précédent, elle est elle-même à la fois l'auteur de la norme générale et son interprète authentique privilégié. La norme est édictée dans les motifs de la décision, l'interprétation est délivrée en dehors de la décision par l'auteur de la décision.

260. Confusion à propos de ce qui est normatif. Ce double degré de discours, s'il permet un renforcement de la normativité des précédents, entraîne, dans le même temps, une confusion importante lorsqu'il s'agit d'établir ce qui est normatif et ce qui ne l'est pas. En effet, d'un point de vue strictement formel, seuls le dispositif et les motifs qui en constituent le soutien nécessaire sont susceptibles d'être retenus comme des éléments s'imposant aux juges inférieurs. Ajouter au jugement une « doctrine » extérieure à celui-ci, peut être compris comme

⁸⁰⁹ P. DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *op. cit.*

un renfort de motivation, ou une motivation annexe. Mais cet ajout peut aussi être compris comme simplement indicatif et en aucun cas intégré à la motivation. Si l'on considère cette doctrine comme une motivation du juge, certes extérieure aux motifs formels du jugement, mais formulée néanmoins dans des motifs annexes, alors on doit considérer cette motivation annexe comme l'un des fondements de la solution. En revanche, si l'on tient cette doctrine uniquement pour ce qu'elle est formellement, à savoir une simple doctrine, et non pas une motivation ajoutée à la motivation formelle du jugement, alors on ne peut la considérer comme constituant l'un des fondements de la solution. La distinction est cruciale, car dans le premier cas, cette doctrine annexe s'impose aux juges inférieurs chargés d'appliquer le précédent. Dans le second cas, elle n'a qu'une valeur indicative et documentaire. Il ne saurait y avoir de réponse tranchée sur ce point. D'un côté, seul le jugement est formellement et officiellement le support du précédent. D'un autre côté, c'est bien la position de la cour souveraine qui est exprimée dans ces diverses motivations annexes, ce qui signifie qu'il s'agit d'une source fiable pour l'interprétation du précédent. Comme le souligne ainsi P. Deumier : « énoncées par un pouvoir officiel, mais sur un support non officiel, on ne sait comment manier ces informations : c'est une doctrine, mais plus qu'une doctrine, sans être la doctrine de la Cour »⁸¹⁰. Cette motivation annexe pose également un problème de hiérarchisation : les développements d'un communiqué de presse sont-ils de même valeur que ceux d'un commentaire ? Tous les communiqués de presse se valent-ils ? Les conclusions permettent-elles mieux d'interpréter un précédent que le rapport annuel ou le bulletin d'information ? Autant d'éléments d'incertitude qui imposent une prudence particulière lorsqu'il s'agit de manier cette doctrine institutionnelle para-juridictionnelle.

261. Annihilation d'un discours doctrinal critique. L'une des conséquences de la production d'un discours doctrinal institutionnel réside dans une certaine « capture de la doctrine universitaire »⁸¹¹, et dans l'imposition, par le juge, d'une « vérité délibérative »⁸¹² que la doctrine universitaire n'aurait alors plus qu'à relayer. Le commentaire de la décision fourni par la cour souveraine est un commentaire produit par des acteurs ayant assisté au délibéré et ayant construit la solution. Ces commentateurs officiels disposent donc de davantage d'informations

⁸¹⁰ P. DEUMIER, « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », *op. cit.*

⁸¹¹ X. MAGNON, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : quelle distance ? quelle expertise ? » *RDP* 2013, n° 1, p. 143.

⁸¹² *Ibid.*, p. 150.

que les commentateurs extérieurs, du moins quant à la justification véritable et officielle de la décision rendue. Leur commentaire est, en ce sens, plus fiable et plus « autorisé ». Cette tendance est une manifestation claire de la volonté des cours souveraines de maîtriser totalement la réception et l'interprétation de leurs précédents, sans vouloir cependant trop en dire dans la décision elle-même. D'un côté, cela évite sans doute de stériles tergiversations sur la signification des décisions des cours souveraines, et réduit le risque d'interminables controverses sur ce qu'a bien voulu dire le juge. D'un autre côté, cela ne reste finalement qu'une doctrine, même officielle, qui commente une décision. Le seul objet d'étude et de normativité en l'occurrence réside dans la décision elle-même. Le commentaire fourni par la cour souveraine peut être, bien souvent, partiel et/ou partial. C'est en définitive à la doctrine qu'il revient de mettre en lumière les interprétations alternatives qu'auraient pu ou du retenir le juge, les irrégularités, les oublis, les conséquences de la solution. L'existence de commentaires officiels crée ainsi cette tendance naturelle, quoique certainement non voulue, à dispenser la doctrine de son travail critique, présentant le commentaire officiel comme l'horizon indépassable de l'analyse du précédent adopté.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

262. Le principe général formulé dans les motifs est de plus en plus étayé par un ensemble d'explications annexes émanant de la cour souveraine elle-même. Cette tendance traduit la nécessité, pour les cours, de développer une motivation plus substantielle afin de répondre aux exigences contemporaines de transparence et de justification. L'objectif est, en définitive, de mettre en adéquation la motivation avec la pratique et l'expression du pouvoir normatif réel des cours souveraines. Une telle situation engendre un certain nombre de confusions, par les divers degrés de discours et les possibles contradictions qu'elle fait naître. Cette doctrine de l'institution, qui est une motivation sans être dans les motifs, ne peut être entièrement tenue pour normative, mais contribue, d'une certaine manière, à asseoir la normativité du précédent. De plus, il est difficile, d'une part, de déterminer le poids et le crédit à accorder à cette motivation para-juridictionnelle, et, d'autre part, de hiérarchiser ces différentes sources.

CONCLUSION DU TITRE II

263. Qu'elle soit exprimée dans les motifs du jugement ou en dehors de celui-ci, la justification du juge constitue le substrat du précédent. Le précédent est, en ce sens, prioritairement affaire de raisonnement justificatif. La situation de dispersion de cette justification, entre des motifs laconiques et une doctrine institutionnelle difficile à manier, n'est qu'une phase transitoire dans l'évolution du précédent en France. Elle est la manifestation d'une tension entre deux systèmes contradictoires qui se télescopent : une motivation laconique issue des canons traditionnels du légicentrisme ; une exigence de justification accrue par le développement d'un véritable pouvoir normatif des juges. Cette motivation tend en effet à se développer dans les motifs de la décision, les cours adoptant un style plus discursif et plus pédagogique qu'auparavant. De cette évolution, les récentes réformes amorcées par les cours quant à la motivation et la rédaction des décisions, spécialement pour le Conseil d'État et la Cour de cassation, constituent le principal marqueur. Progressivement, le système précédentiel français s'achemine ainsi vers une motivation plus fournie et une matière plus dense pour l'expression de la normativité des précédents.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

264. Le pouvoir normatif du juge en France s'est développé dans le cadre que lui a fourni le légalisme révolutionnaire. D'une négation de l'expression de ce pouvoir, on est progressivement passé à un pouvoir normatif général de même nature que celui du législateur, faisant de la cour souveraine à l'origine des précédents un véritable « jurislature ». Cette expression du pouvoir normatif du juge en France résulte de l'assimilation entre norme juridique et norme législative. C'est pourquoi le précédent a pendant très longtemps été une simple prescription, la formulation d'une norme dépourvue de toute justification. En ce sens, le système français ne saurait être présenté comme une forme achevée de système précédentiel, ni même comme une forme spécialement développée. Il demeure encore très largement lié à la conception française légaliste des sources du droit. Face à une motivation concise et de nature exclusivement prescriptive, la justification de la solution est généralement identifiée ou reconstituée dans des motifs para-juridictionnels et la littérature annexe fournie par la cour souveraine. Il existe cependant une tendance notable d'évolution de la motivation des cours souveraines, en particulier de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Les motifs de principe dans lesquels figure le précédent deviennent de plus en plus développés et les cours justifient davantage leur solution. Cela demeure toutefois sans commune mesure avec la justification des décisions des cours suprêmes de *common law* ou de certaines cours européennes comme la cour constitutionnelle fédérale allemande. Il s'agit d'une évolution encore timide, et le précédent en France est encore très largement un précédent de nature prescriptive et non pas justificative. Cette évolution doit cependant être notée et elle est fondamentale dans l'appréhension de la dynamique à l'œuvre. Elle révèle en effet le potentiel et le devenir du précédent à la française, issue de motivations plus substantielles et de décisions véritablement justifiées. Cela tend à favoriser l'émergence d'un précédent détaché de ses anciennes racines légalistes pour en permettre un meilleur développement et une meilleure réception.

DEUXIEME PARTIE

LA RECEPTION DU PRECEDENT : L'APPLICATION D'UNE NORME GENERALE DANS UN CADRE LEGALISTE

265. L'étude de l'application des précédents permet de mettre en lumière le degré de développement et d'efficacité du système précédentiel français. Un « système précédentiel » correspond à un système juridique intégrant les précédents parmi les sources de droit, au sens formel ou matériel, et dont les acteurs conditionnent la régularité de leurs actions et décisions en fonction de ces précédents. Dans le *common law* anglais, toute l'organisation du système précédentiel repose sur la règle du *stare decisis*, norme coutumière constituant le véritable fondement juridique au caractère obligatoire des précédents. C'est en ce sens précis que l'on parle de « règle du précédent ». Les circonstances historiques et politiques ont fait que la France n'a pas, à partir de la Révolution, développé de règle analogue à celle du *stare decisis* de *common law*. Le système précédentiel français dispose cependant de sa propre règle du précédent, en vertu de laquelle les juges se considèrent liés par leurs propres précédents ou ceux des juges des cours supérieures au sein de leur ordre juridictionnel.

266. L'analyse du système précédentiel français interroge la question de l'application concrète des précédents par les juges, de l'autorité qui leur est accordée et reconnue, du raisonnement mobilisé pour les appliquer, de la nature d'une éventuelle « règle du précédent à la française », ainsi que de la présentation formelle, au sein du jugement, de ce raisonnement précédentiel. En ce sens, deux tendances mettent en avant la spécificité du modèle français sur ce point : d'une part, il apparaît que les précédents ne sont pas appliqués d'une manière distincte des normes formelles écrites, et que le modèle d'application des précédents est similaire à celui traditionnellement mobilisé pour appliquer les lois (**Titre 1**) ; d'autre part, l'on s'aperçoit que le raisonnement à partir des précédents est encore très largement absent des décisions de justice. Cela constitue l'une des manifestations de l'état transitoire dans lequel se trouve le système précédentiel français, à la croisée des chemins entre une tradition légicentriste persistante et un

pouvoir normatif des juges de plus en plus prégnant. La pratique précédentielle des juges, consistant à citer et à s'appuyer sur les précédents, à justifier explicitement leur maintien ou leur abandon, est ainsi largement dissimulée, le système précédentiel français n'étant pas encore totalement parachevé (**Titre 2**).

TITRE I

UNE APPLICATION DES PRECEDENTS SUR LE MODE DE L'APPLICATION DES LOIS

267. L'application des précédents par les juges en France, cours souveraines et juges du fond, est entièrement conditionnée par l'organisation juridictionnelle spécifique développée en France au XIX^e siècle. Cette organisation émerge dans un contexte institutionnel spécifiquement légaliste : d'un côté, une cour souveraine est chargée de garantir une interprétation cohérente et uniforme de la loi au sein de son ordre juridictionnel, et dispose pour ce faire d'un pouvoir normatif important ; de l'autre, les juges du fond doivent suivre, sous peine de cassation, les interprétations et directives de la cour souveraine, et ne disposent pas de la faculté de créer des précédents. Se présente alors le même schéma que celui présidant à l'application des lois : d'une part, la cour souveraine respecte ses précédents jusqu'à ce qu'elle décide, souverainement et pour d'impérieux motifs, d'opérer un revirement, à l'instar du législateur adoptant une loi nouvelle ; d'autre part, les juges du fond appliquent ces derniers au même titre que les normes formelles écrites qui s'imposent à eux, principalement la constitution et la loi (**Chapitre 1**). Au-delà de l'application des précédents dans son contexte institutionnel, le caractère légaliste du système précédentiel français se manifeste également au niveau du raisonnement mobilisé par les juges, qui ne change pas substantiellement du raisonnement déductif employé pour l'application des lois (**Chapitre 2**).

CHAPITRE I : L'APPLICATION DES PRECEDENTS DANS LE SYSTEME JURIDICTIONNEL FRANÇAIS MODERNE

268.Précisions. Ce chapitre aborde la question de l'application des précédents dans son principe et non dans sa pratique concrète, qui fera elle-même l'objet de développements dans le titre suivant. Il s'agit donc, premièrement, d'évacuer de cette analyse tous les éléments concrets tenant à ce que l'on qualifie de « pratique précédente ». Cette application des précédents est, deuxièmement, étudiée exclusivement dans le cadre d'un ordre juridictionnel donné. Le système juridictionnel français est en effet divisé en deux ordres de juridiction, judiciaire et administratif, auxquels il convient d'ajouter un ordre juridictionnel constitutionnel, composé uniquement du Conseil constitutionnel. L'existence de ces différents ordres juridictionnels entraîne alors, inévitablement, des influences réciproques et des « rapports interprétatifs »⁸¹³ mutuels évidents. Au-delà même de la situation interne, il existe une influence, sur les positions des juges nationaux, des solutions dégagées par des juridictions étrangères comme supranationales. L'application des précédents, telle que comprise ici, ne concerne que celle observable dans l'ordre interne et au sein d'un ordre juridictionnel particulier. Troisièmement, sont exclues les hypothèses de décisions de justice obligatoires, dont le respect est imposé par une norme juridique formelle. Cela se retrouve par exemple s'agissant de l'autorité des décisions de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme, de celles de la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel ou encore de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel assurée par l'article 62 de la Constitution. Dans toutes ces hypothèses, il existe une norme formelle du système juridique qui rend obligatoire la décision, et l'application de celle-ci ne réside pas dans un respect du précédent mais dans un respect de cette norme formelle.

269.Dualité entre cours souveraines et juges du fond. La question de l'application du précédent en France est étroitement liée à la structure et l'organisation du système juridictionnel, eux-mêmes héritiers du légalisme révolutionnaire. La simple mention de la notion d'*application* révèle cette dimension législative, les précédents en *common law* étant

⁸¹³ Ch. ARNAUD, *L'effet corroboratif de la jurisprudence. Etude sur les rapports interprétatifs des juridictions européennes (CJUE, CEDH) et nationales (Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de cassation)*, *op. cit.*, p. 31 : « les rapports interprétatifs désignent les relations que les juridictions entretiennent à l'occasion de l'attribution de la signification des énoncés normatifs ».

davantage *suivis* qu'appliqués. Si l'on *suit* une façon de juger un cas particulier, on *applique* une norme générale de type législatif. Le système juridictionnel s'étant organisé sur les principes révolutionnaires, on y retrouve globalement les conséquences de la distinction fondamentale établie entre, d'un côté, les cours souveraines, exerçant une fonction éminemment précédentielle en raison d'un office abstrait, et, d'un autre côté, les juges du fond, cantonnés à une fonction strictement juridictionnelle et n'établissant pas de précédents. Cette dualité rejaillit sur la façon dont les précédents sont appliqués, et sur les rapports qu'entretiennent les juges vis-à-vis de ces précédents. Les cours souveraines, à l'instar du législateur adoptant une loi, établissent librement les précédents et sont tenues de les respecter jusqu'à ce qu'elles décident librement de les abandonner. En ce sens, c'est souverainement qu'elles créent des précédents, qu'elles les respectent puis les abandonnent pour en adopter de nouveaux. À l'inverse, les juges du fond sont, quant à eux, dans une logique de contrainte à l'égard des précédents adoptés par les cours souveraines, ne disposant ni de la capacité de les établir, ni de la liberté de s'en écarter.

270. Plan. L'application des précédents dans son principe renvoie donc à une dualité très nette entre cours souveraines et juges du fond. Alors que les premières sont dans un rapport de liberté vis-à-vis de leurs propres précédents, ce qui rend notamment possible l'hypothèse des revirements de jurisprudence (**Section 1**), les seconds sont contraints de respecter les précédents, en raison à la fois de leur office strictement juridictionnel ne les habilitant pas à participer à la création précédentielle et de la procédure de cassation qui expose à la censure toute décision s'écarter d'un précédent établi par la cour souveraine (**Section 2**).

SECTION 1. L'APPLICATION LIBRE DES PRECEDENTS PAR LA COUR SOUVERAINE

Placée dans un rapport de liberté à l'égard de ses propres précédents, la cour souveraine peut librement décider de les respecter comme de les abandonner. Si cette liberté rend donc tout à fait envisageable, et parfois nécessaire, le recours au revirement de jurisprudence, qui constitue l'abandon libre d'un précédent (§ 2), la cour, en tant qu'organe régulateur et garant de l'uniformité d'application du droit au sein de l'ordre juridictionnel, s'inscrira le plus souvent dans la continuité de ce qu'il est convenu d'appeler la « jurisprudence constante » (§ 1).

§ 1 – L'inscription de la décision dans une jurisprudence constante

Le respect du précédent est manifesté par l'inscription d'une décision dans une jurisprudence constante, notion à définir d'une façon générale (A) avant d'aborder ensuite son emploi par les cours souveraines (B).

A – La notion de jurisprudence constante

La notion de jurisprudence constante revêt un sens précis devant être détaillé pour faire apparaître sa polysémie (1°) et pour la distinguer de la notion de jurisprudence établie (2°).

1) La dualité de la notion de jurisprudence constante

271. Double sens. De prime abord, la notion de jurisprudence constante semble renvoyer intuitivement à l'idée de répétition : une jurisprudence peut être dite « constante » dès lors que l'on fait état d'une certaine « tendance des tribunaux à trancher une question toujours dans le même sens »⁸¹⁴ ou, autrement dit, d'une « habitude de juger dans un certain sens »⁸¹⁵

⁸¹⁴ « Jurisprudence » in. R. CABRILLAC, (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, op. cit.

⁸¹⁵ « Jurisprudence », in. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 591.

ainsi que du « résultat de cette habitude »⁸¹⁶. Comme l'a néanmoins relevé Ph. Jestaz, s'appuyant sur le *Littré*, « la notion de constance exprime tout à la fois l'invariance et la certitude »⁸¹⁷. Cette polysémie ressort aussi, entre autres, des définitions du *Trésor de la langue française*. La constance y est définie tantôt comme « fermeté de caractère, force morale » ou « fermeté des idées, des sentiments », tantôt comme le « caractère d'un fait, d'une action, qui dure ou se reproduit »⁸¹⁸. Appliquée à notre objet, cette dualité permet de faire le départ entre l'affirmation ferme de l'arrêt de principe et le constat d'une application répétée de ce principe dans les décisions suivantes. Dans un cas, il y a le constat que la jurisprudence est constante, dans le second, la certitude qu'elle l'est ou le sera. La notion de « jurisprudence constante » doit donc être présentée successivement comme traduisant l'invariance et la certitude, deux versants d'une même « vocation itérative »⁸¹⁹.

272.L'invariance. Entendue dans le sens d'une invariance, « la jurisprudence constante renvoie à une règle jurisprudentielle qui se répète effectivement à plusieurs reprises dans le temps »⁸²⁰. Cela renvoie donc, en d'autres termes, à l'hypothèse d'un précédent régulièrement appliqué depuis son adoption. Il s'agit du cas qui vient immédiatement à l'esprit lorsque l'on évoque la jurisprudence constante, et c'est certainement celui le plus courant en pratique. La logique la plus poussée d'invariance conduit à « l'acquis jurisprudentiel »⁸²¹ ou « jurisprudence super-constante »⁸²², à propos de laquelle il semble impossible de tolérer la moindre entorse ni, *a fortiori*, une remise en cause. Ainsi en va-t-il, par exemple, des « super-précédents » *Jacques Vabre*⁸²³ et *Nicolo*⁸²⁴ ou *Liberté d'association*⁸²⁵. Il serait en effet parfaitement inconcevable

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ Ph. JESTAZ, « La jurisprudence constante de la Cour de cassation », in. *L'image doctrinale de la Cour de cassation. Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, organisé par la Cour de cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 208.

⁸¹⁸ « Constance » in. *Trésor de la langue française informatisé*, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

⁸¹⁹ V. COQ, « Qu'est-ce que la "jurisprudence constante" ? », *RFDA* 2014, p. 223.

⁸²⁰ *Ibid.*

⁸²¹ Ph. JESTAZ, « La jurisprudence constante de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 207.

⁸²² *Ibid.*, p. 208.

⁸²³ Ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société des cafés Jacques Vabre et Société Weigel*, *préc.*

⁸²⁴ CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *préc.*

⁸²⁵ Cons. const., déc. n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, *préc.*

aujourd'hui que la Cour de cassation ou le Conseil d'État refusent, ponctuellement ou définitivement, de faire prévaloir une disposition conventionnelle sur une loi nationale, comme il est difficile d'envisager que le juge constitutionnel ne reconnaisse plus de valeur normative au préambule de la Constitution. Si de tels précédents peuvent toujours faire l'objet de revirements en théorie, ils ont toutefois acquis une réelle intangibilité en pratique.

273. La certitude. Si la « vocation itérative » de la jurisprudence se constate par la répétition, elle peut également se prévoir ou se constater en présence d'une seule décision de principe, d'un seul précédent, n'ayant pas reçu d'application. Il en ressort que, « théoriquement, un seul arrêt peut avoir une valeur itérative et donc s'intégrer à la notion de jurisprudence constante. La constance de la jurisprudence devient alors celle dont on a la certitude qu'elle s'appliquera à d'autres espèces (une valeur itérative en puissance) »⁸²⁶. Bien évidemment, c'est ici la question de « la constance sans la répétition »⁸²⁷ qui est posée, la certitude étant naturellement acquise par la répétition. En l'absence de répétition, lorsque le précédent est récent ou n'a pas encore été repris dans un cas analogue, la certitude quant à sa constance tient généralement à sa proclamation solennelle en tant que décision de principe, ainsi qu'à sa promotion par la cour souveraine et son service de communication dans une série de documents annexes. Par cet « arrêt plébiscité »⁸²⁸, la cour souveraine donne ainsi à ses destinataires tous les signaux d'une constance certaine.

2) Différence avec la jurisprudence établie

274. Renvoi préjudiciel. Notion assez peu mobilisée par les juges français jusqu'au début des années 2010, la « jurisprudence établie est aujourd'hui indissociable du mécanisme de la question préjudicielle »⁸²⁹ entre les juges administratif et judiciaire⁸³⁰. C'est effectivement

⁸²⁶ V. COQ, « Qu'est-ce que la "jurisprudence constante" ? », *op. cit.*

⁸²⁷ Ph. JESTAZ, « La jurisprudence constante de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 210.

⁸²⁸ *Ibid.*, p. 212.

⁸²⁹ A. MINET, « La jurisprudence établie : les ambiguïtés d'une notion », *AJDA* 2015, p. 279.

⁸³⁰ V. not. sur le sujet : B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, septembre 2014 (actualisation janvier 2019) ; Ph. FLORES, « Question préjudicielle », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2014.

à partir de la décision du Tribunal des conflits *SCEA du Chéneau* du 17 octobre 2011⁸³¹ qu'elle revêt une importance toute particulière en droit positif français. Dans cette affaire, il est question de la situation dans laquelle le juge judiciaire, saisi au principal, est amené à se prononcer sur la légalité d'un acte administratif. Il est admis, depuis la décision *Septfonds*⁸³², que seul le juge administratif est compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif, ce qui oblige le juge judiciaire, saisi au principal d'une demande en ce sens, à poser une question préjudicielle au juge administratif. Dans la décision *SCEA du Chéneau*, le Tribunal des conflits pose cependant que « si, en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal ». Justifiée notamment par une exigence de « bonne administration de la justice », cette solution consacre ainsi la notion de « jurisprudence établie » comme un « standard juridique dont l'objectif est de tempérer l'obligation du renvoi préjudiciel »⁸³³. L'enjeu est ainsi de « faire primer le principe de plénitude de juridiction afin d'épargner aux parties une question préjudicielle chronophage lorsque celle-ci est manifestement fondée »⁸³⁴. Quelques mois plus tard, le Conseil d'État a appliqué le précédent *SCEA du Chéneau* à la situation inverse, celle de la contestation de la validité d'un acte de droit privé devant le juge administratif saisi au principal⁸³⁵. Reprenant textuellement le considérant de principe du Tribunal des conflits, le Conseil d'État fait également référence à la notion de jurisprudence établie.

275. Absence de définition précise. Dans son étude sur le sujet, A. Minet constate que les différents arrêts ayant fait référence à cette notion à la suite du précédent *SCEA du*

⁸³¹ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau et Cherel c. INAPORC et CNIEL*, *Rec.* p. 698, *AJDA* 2012, p. 27, chron. Guyomar et Domino ; *D.* 2011, p. 3046, note Donnat ; *D.* 2012, p. 244, obs. Fricero ; *RFDA* 2011, p. 1122, concl. Sarcelet, p. 1129, note Seiller, p. 1136, note A. Roblot-Troizier ; *RFDA* 2012, p. 339, étude Mestre et p. 377, chron. Clément-Wilz, Martucci et Mayeur-Carpentier ; *Constitutions* 2012, p. 294, obs. Levade ; *RTD civ.* 2011, p. 735, obs. Remy-Corlay ; *RTD eur.* 2012, p. 135, étude Ritleng ; *GAJA* n° 111.

⁸³² TC, 16 juin 1923, *Septfonds c. Compagnie des chemins de fer du Midi*, *Rec.*, p. 498.

⁸³³ A. MINET, « La jurisprudence établie : les ambiguïtés d'une notion », *op. cit.*

⁸³⁴ *Ibid.*

⁸³⁵ CE, sect., 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé Sociaux*, *Rec.*, p. 102 ; *AJDA* 2012, p. 1583, note Marc ; *RDT* 2012, p. 376, obs. Tissandier ; *RFDA* 2012, p. 429, concl. Landais et p. 961, chron. Mayeur-Carpentier, Clément-Wilz et Martucci ; *Constitutions* 2012, p. 294, obs. Levade ; *RTDE* 2012, p. 376, obs. Ritleng.

Chéneau, « ne permettent pas réellement de dégager des critères de définition de la notion de jurisprudence établie et sont même dépourvus de toute référence jurisprudentielle »⁸³⁶. Il apparaît assez clairement que les juges ne définissent pas le contenu exact de cette notion. Il est en outre assez délicat de déterminer ce qui différencie exactement la jurisprudence constante et la jurisprudence établie. Selon V. Coq, « la jurisprudence constante se distingue bien de la jurisprudence établie, grâce à la question de la durée de la règle jurisprudentielle. En effet, lorsque la jurisprudence n'a pas pu être élaborée dans le temps, elle ne peut pas être considérée comme établie (et encore moins comme constante) »⁸³⁷. Cela ne semble toutefois pas constituer un critère satisfaisant de distinction. S'il est difficilement contestable que « la jurisprudence établie est bien celle qui a été créée, construite » et que « c'est celle qui existe (sens littéral) »⁸³⁸, cela ne la dissocie pas pour autant de la jurisprudence constante. Une jurisprudence peut être considérée comme « établie » sans avoir nécessairement subi l'épreuve du temps ni de la répétition. Une décision de principe relativement récente, affirmée de façon suffisamment claire et solennelle, constitue indéniablement une jurisprudence établie et, par là-même, constante. La différence terminologique ne semble donc pas renvoyer à une différence de contenu. La différence réside davantage dans l'usage que font les juges de ces notions. Il peut être soutenu ici que la seule véritable spécificité de la notion de « jurisprudence établie », par rapport à celle de « jurisprudence constante », est finalement d'être mobilisée quasi-exclusivement dans le cadre procédural du renvoi préjudiciel. La différence se situe donc au niveau dogmatique, c'est-à-dire au niveau du droit positif. Au niveau théorique, les deux expressions peuvent parfaitement renvoyer aux mêmes situations jurisprudentielles, une jurisprudence constante étant nécessairement établie, une jurisprudence établie étant évidemment constante.

Au-delà de cette définition générale, il apparaît que les cours souveraines font concrètement référence à la notion de jurisprudence constante pour signifier l'existence d'un précédent dans lequel elles s'inscrivent.

⁸³⁶ A. MINET, « La jurisprudence établie : les ambiguïtés d'une notion », *op. cit.*

⁸³⁷ V. COQ, « Qu'est-ce que la "jurisprudence constante" ? », *op. cit.*

⁸³⁸ *Ibid.*

B – Le recours à la notion de jurisprudence constante par les cours souveraines

Les cours souveraines elles-mêmes ont recours à la notion de jurisprudence constante dans leurs décisions ou dans les documents annexes aux décisions. Si le Conseil d'État et la Cour de cassation y ont recours assez fréquemment de façon non systématique (2°), le Conseil constitutionnel en fait mention dans le contexte spécifique du contrôle d'une interprétation jurisprudentielle constante dans le cadre de la procédure de QPC (1°).

1) La prise en compte de l'interprétation jurisprudentielle constante en QPC

276.Principe. Le mécanisme de la QPC, entré en vigueur le 1^{er} mars 2010, permet de contester la conformité à la Constitution d'une disposition législative en vigueur. La question s'est rapidement posée de savoir dans quelle mesure il convenait de prendre en compte, à l'occasion d'une QPC, l'interprétation que les juges avaient retenu de la disposition législative contestée. Dans une décision de principe du 6 octobre 2010⁸³⁹, le Conseil constitutionnel énonce « qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »⁸⁴⁰. Cette solution pragmatique permet au justiciable de contester la disposition législative telle qu'appliquée effectivement par les juges. Comme le souligne le Secrétaire général dans son commentaire, avec la QPC, « le justiciable ne s'est pas vu reconnaître le droit à contester une norme dans une abstraction théorique qui serait distincte de l'application qui est susceptible d'en être faite dans le litige où il est partie », mais il « a le droit que soit examinée la constitutionnalité d'une disposition législative telle qu'elle est interprétée ou appliquée ».

⁸³⁹ Cons. const., décision n° 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* ; *AJDA* 2011, p. 705, trib. Sagalovitch ; *D.* 2010, p. 2744, obs. Gallmeister, note Chénéde ; *D.* 2011, p. 529, chron. Maziau ; p. 1585, obs. Granet-Lambrechts ; p. 1713, obs. Bernaud et Gay ; p. 2298, obs. Mallet-Bricout et Reboul-Maupin ; *Constitutions* 2011, p. 75, obs. Chevalier et p. 361, obs. Cappello ; *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. Hauser ; *RTD civ.* 2011, p. 90, obs. Deumier.

⁸⁴⁰ Considérant n° 2.

277. Influence de la doctrine italienne du « droit vivant ». Cette solution est à mettre en rapport avec la doctrine dite du « droit vivant », développée à l'origine en Italie⁸⁴¹. En effet, cette doctrine « est spécifiquement liée au problème de la justice constitutionnelle et doit être comprise à la lumière de ce type de contrôle, qui est *a posteriori* et lié génétiquement et fonctionnellement à l'application de la loi par les juges ordinaires »⁸⁴². Elle est formalisée dès la sentence n° 3 de la Cour constitutionnelle italienne du 15 juin 1956⁸⁴³, qui affirme devoir prendre en considération, dans le cadre de son contrôle, « une interprétation jurisprudentielle constante qui confère au précepte législatif sa valeur effective dans la vie juridique, s'il est vrai – et cela est vrai – que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces »⁸⁴⁴. Cette solution de la Cour constitutionnelle italienne a directement influencé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 6 octobre 2010, de l'aveu même du Secrétaire général dans son commentaire. La doctrine a, en outre, parfaitement identifié cette inspiration et n'a pas hésité à évoquer une doctrine du droit vivant devant le Conseil constitutionnel⁸⁴⁵.

278. Portée. Ce recours au droit vivant dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* constitue la référence la plus explicite et la plus systématique à la notion de jurisprudence constante en droit positif français. Elle repose cependant sur une acception restreinte de cette notion, en ce sens qu'elle ne concerne que les interprétations jurisprudentielles constantes de dispositions législatives, et non pas les créations prétorienne⁸⁴⁶. Ce principe a été fréquemment repris et précisé depuis le précédent du

⁸⁴¹ Sur cette doctrine en général, v. not. : C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, Paris, PUAM-Economica, 2003 ; G. ZAGREBELSKY, « La doctrine du "droit vivant" » *AIJC* 2-1986, 1988, p. 55.

⁸⁴² G. ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions* 2010, p. 9.

⁸⁴³ Corte costituzionale, Sentenza 15 giugno 1956, 3/1956, § 6.

⁸⁴⁴ Trad. G. ZAGREBELSKY in. « La doctrine du "droit vivant" », *op. cit.*, p. 56.

⁸⁴⁵ V. not. : C. SEVERINO, « Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2012, p. 43 ; N. MAZIAU, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité : Retour sur l'expérience italienne et les possibilités d'évolutions en France », *D.* 2011, p. 529 ; D. ROUSSEAU, « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.* 2010, n° 294, p. 12.

⁸⁴⁶ Sur cette question, v. not. : P. DEUMIER, « L'interprétation, entre "disposition législative" et "règle jurisprudentielle" », *RTD civ.* 2015, p. 84.

6 octobre 2010⁸⁴⁷ et est aujourd'hui clairement affiné⁸⁴⁸. Si, la plupart du temps, le Conseil constitutionnel entend par « interprétation jurisprudentielle constante » une pluralité de décisions concordantes, il a également pu contrôler l'interprétation d'une disposition législative en présence d'une seule décision⁸⁴⁹ ou de seulement deux décisions conjointes rendues le même jour⁸⁵⁰. Dans ces deux dernières hypothèses cependant, le Conseil n'évoque pas la notion d'« interprétation jurisprudentielle constante » et ne reprend pas le considérant de principe du 6 octobre 2010. Il s'agit toutefois bien du même type de contrôle, consistant à examiner la norme législative « telle qu'interprétée »⁸⁵¹ par le Conseil d'État ou la Cour de cassation.

2) *La jurisprudence constante devant le Conseil d'État et la Cour de cassation*

279. Dans les arrêts et avis contentieux. Le Conseil d'État et la Cour de cassation font régulièrement mention de la notion de « jurisprudence constante ». Le recours à cette notion a tout d'abord été évidemment accru par l'examen des QPC en leur qualité de juge du filtre. Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont ainsi été contraints à une analyse précédente systématique pour chacune des dispositions législatives contestées devant eux, dont la constitutionnalité dépendait de leur portée jurisprudentielle effective. Le recours à la

⁸⁴⁷ Par ex. : Cons. const., déc. n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]* ; Cons. const., déc. n° 2011-120 QPC, 8 avril 2011, *M. Ismaël A. [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile]* ; Cons. const., déc. n° 2011-185 QPC, 21 octobre 2011, *M. Jean-Louis C. [Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables]* ; Cons. const., déc. n° 2011-201 QPC, 2 décembre 2011, *Consorts D. [Plan d'alignement]* ; Cons. const., déc. n° 2014-419 QPC, 8 octobre 2014, *Société Praxair SAS [Contribution au service public de l'électricité]* ; Cons. const., déc. n° 2014-446 QPC, 29 janvier 2015, *M. Maxime T. [Détention provisoire – examen par la chambre de l'instruction de renvoi]*.

⁸⁴⁸ Pour une étude de fond sur la question : J. BEAL-LONG, « Le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle constante en QPC », *RFDC* 2016/1, n° 105, p. 1.

⁸⁴⁹ V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]* : dans cette décision, le Conseil contrôle la constitutionnalité du dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil et précise « que ces dispositions doivent être regardées comme figurant au nombre des dispositions législatives dont il résulte, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt du 13 mars 2007 susvisé, "que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme" » (cons. 3).

⁸⁵⁰ V. par ex. : Cons. const., déc. n° 2011-164 QPC, 16 septembre 2011, *M. Antoine J. [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne]*.

⁸⁵¹ Expression très régulièrement employée dans les décisions récentes, v. not. : Cons. const., déc. n° 2017-693 QPC, 2 mars 2018, *Association de la presse judiciaire [Présence des journalistes au cours d'une perquisition]* ; Cons. const., déc. n° 2018-699 QPC, 13 avril 2018, *Société Life Sciences Holdings France [Application de la quote-part de frais et charges afférente aux produits de participation perçus d'une société établie en dehors de l'Union européenne]* ; Cons. const., déc. n° 2018-704 QPC, 4 mai 2018, *M. Franck B. et autre [Obligation pour l'avocat commis d'office de faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement par le président de la cour d'assises]*.

« jurisprudence constante » se fait ensuite dans les arrêts⁸⁵² comme dans certains avis contentieux⁸⁵³, généralement comme appui argumentatif au soutien de la solution retenue ou du principe posé ou rappelé.

280. Dans les documents annexes à la décision. En amont de la décision elle-même, les conclusions du parquet général près la Cour de cassation ou du rapporteur public près le Conseil d'État contiennent fréquemment des mentions à la « jurisprudence constante ». Leur but est de convaincre l'institution d'une solution à adopter, pouvant justifier leur position non pas sur une appréciation personnelle mais sur un ou plusieurs précédents de la cour souveraine elle-même, révélant l'existence d'une jurisprudence constante. À côté des conclusions, l'on en trouve également mention notamment dans les commentaires du Secrétaire général du Conseil constitutionnel⁸⁵⁴ comme dans les dossiers documentaires, dans les notes explicatives du SDER de la Cour de cassation⁸⁵⁵, dans les rapports annuels⁸⁵⁶ ou encore les travaux préparatoires des arrêts⁸⁵⁷.

En tant que cour régulatrice et garante d'une application et d'une interprétation uniforme du droit dans son ordre juridictionnel, la cour souveraine respecte généralement ses précédents et inscrit sa position dans une jurisprudence constante. À ce titre, elle peut également avoir à adapter certaines solutions devenues dépassées ou inadaptées aux divers

⁸⁵² CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 14 novembre 2018, *Groupement agricole d'exploitation en commun Jeanningros*, n° 415751, cons. n° 10 : « Il résulte d'une jurisprudence constante du Conseil d'État que, lorsqu'il a été saisi de la contestation d'une décision par laquelle le gouvernement français transmet à la Commission européenne une demande d'enregistrement d'une appellation d'origine accompagnée du cahier des charges homologué et qu'au moment où il juge l'affaire, la dénomination en cause a été inscrite au registre des appellations d'origine par un règlement de la Commission européenne, les conclusions dirigées contre la décision attaquée deviennent sans objet » ; CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 6 février 2019, *Société Rio Tinto France*, n° 426251, cons. n° 8 : « selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, statuant au contentieux, le précompte mobilier institué par l'article 223 sexies précité constituait un impôt direct, distinct de l'impôt sur les sociétés ».

⁸⁵³ V. not. : Cass., avis 4 janvier 2016, n° 15-70.004, rapport M. SILHOL et avis M. BEAU, *D.* 2016 ; P. DEUMIER, « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *RTD. Civ.*, 2016, n° 1, p. 65.

⁸⁵⁴ Par ex. : Commentaire de la décision n° 2017-695 QPC, 29 mars 2018, M. Rouchdi B. et autre, p. 23 ; Commentaire de la décision n° 2018-754 QPC, 14 décembre 2018, *Société Viagogo Entertainment et autre*, p. 12.

⁸⁵⁵ Par ex. : « Note explicative relative à l'arrêt n° 284 (15-25.651) du 7 juillet 2017 » ; « Note explicative relative à l'arrêt n° 1668 du 21 novembre 2018 (17-16.766, 17-16.767) – Chambre sociale ».

⁸⁵⁶ Pour le Conseil d'État, v. par ex. le rapport 2018 précité, pp. 86, 88, 139 et 259 ; Pour la Cour de cassation, v. le rapport 2017 précité, pp. 132, 138, 179, 189, 221, 228, 248, 252, 296 et 297.

⁸⁵⁷ Ch. PROS-PHALIPPON, « La référence aux précédents de la juridiction », in. P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, 2013, p. 33.

changements sociaux. Dans ce cas, la cour souveraine reviendra librement sur un précédent en opérant un revirement de jurisprudence.

§ 2 – *Les revirements de jurisprudence : l'abandon libre d'un précédent*

281. Le revirement peut se définir comme « l'abandon par les tribunaux eux-mêmes d'une solution qu'ils avaient jusqu'alors admise », l'« adoption d'une solution contraire à celle qu'ils consacraient » ou encore un « renversement de tendance dans la manière de juger »⁸⁵⁸. Les revirements « sont liés à la conception normative de la jurisprudence : il n'y a de revirement que s'il y a précédent à modifier ; et il n'y a de précédent que si le jugement n'est pas seulement l'art de trouver, par prudence, la plus juste solution contingente mais s'il véhicule aussi une règle à vocation générale »⁸⁵⁹. Comme l'a souligné N. Duxbury, s'agissant des cours de *common law*, « la règle *stare decisis* n'est pas une exigence constitutionnelle ou législative mais une norme que les cours s'imposent à elles-mêmes »⁸⁶⁰. Ce constat s'applique, *a fortiori*, parfaitement aux cours souveraines françaises. Celles-ci sont totalement libres de revenir sur un précédent qu'elles ont adopté (A), même si cette liberté juridique demeure encadrée et limitée par certaines contraintes de fait (B).

A – La liberté de revenir sur un précédent

Il n'existe pas, en France, de règle analogue à la règle coutumière du *stare decisis* du *common law*. Même si cette règle, dans son acception contemporaine, et contrairement à une idée répandue, n'empêche pas les revirements de jurisprudence, elle consacre cependant un attachement particulier des cours suprêmes à l'égard de leurs précédents (1°). Une telle tradition ne se retrouve pas en France, où le principe a toujours été la liberté d'opérer des revirements (2°).

⁸⁵⁸ « Jurisprudence », in. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

⁸⁵⁹ C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in. *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 123.

⁸⁶⁰ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*, p. 116.

1) *Stare decisis* et revirement en *common law*

282. Application rigide de la règle *stare decisis* à la fin du XIXe siècle. L'existence de la règle *stare decisis* dans les systèmes de *common law*, posant l'obligation juridique de suivre les précédents judiciaires, soulève évidemment la question de la possibilité des revirements dans ces systèmes. En théorie, une application stricte de la règle *stare decisis* empêcherait toute possibilité de revenir sur un précédent, et tout revirement constituerait une irrégularité juridique, y compris pour la cour suprême. La pratique est cependant bien plus souple et des revirements sont admissibles sous certaines conditions. Au début du XIXe siècle, la Chambre des Lords a estimé, par la voix de Lord Eldon dans l'affaire *Perry*⁸⁶¹, ne pas être liée par ses propres précédents, se réservant la faculté de revenir souverainement sur une solution établie. Sous l'influence du positivisme juridique de Bentham et Austin et des grandes réformes judiciaires, un durcissement de la doctrine du *stare decisis* s'est progressivement développé en Angleterre à partir de la deuxième moitié du XIXe siècle⁸⁶². Ce durcissement tendait notamment à étendre l'application de la règle *stare decisis* à la Chambre des Lords elle-même, qui devrait donc, selon cette interprétation de la règle, être liée par ses précédents. La Chambre des Lords a longtemps résisté à ce mouvement, comme en témoigne notamment l'opinion de Lord St Leonards dans l'affaire *Bright v. Hutton* en 1852⁸⁶³, qui considère que si la Chambre des Lords, comme toute cour suprême, doit respecter ses précédents, elle demeure cependant libre de corriger ses erreurs en revenant sur un précédent si elle le juge nécessaire⁸⁶⁴. Ce mouvement vers une acception stricte de la règle *stare decisis* a finalement été concrétisé à la fin du XIXe

⁸⁶¹ *Perry v. Whitehead* (1801), 6 Ves. Jun. 544, 547-8 : « A rule laid down by the House of Lords cannot be reversed by the Chancellor (...) The rule must remain, till altered by the House of Lords ».

⁸⁶² Sur ce durcissement de la règle du précédent au XIXe siècle, v. not. : J. EVANS, « Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century », in. L. GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 35.

⁸⁶³ *Bright v. Hutton* (1852) 3 H.L.C. 341.

⁸⁶⁴ *Ibid.* : « Although you are bound by your own decisions as much as any Court would be bound, so that you could not reverse your own decision in a particular case, yet you are not bound by any rule of law which you may lay down, if upon a subsequent occasion you should find occasion to differ from that rule ; that is, that this House like every Court of Justice, possesses an inherent power to correct an error into which it may have fallen »

siècle, dans la célèbre décision *London Tramways* de 1898⁸⁶⁵, par laquelle la Chambre des Lords pose le principe selon lequel elle est dorénavant liée par ses propres précédents⁸⁶⁶.

283. Assouplissement – Le *Practice Statement* de 1966. La solution en vigueur à partir de 1898 est donc la suivante : la Chambre des Lords est liée par ses propres précédents et seule une loi du Parlement peut revenir dessus. Même si un précédent est considéré comme injuste, incorrect ou inapplicable, la Chambre ne peut opérer de revirement⁸⁶⁷. L'acception stricte de la règle *stare decisis*, retenue par la Chambre des Lords depuis 1898, a fait l'objet de nombreuses critiques. Il était principalement reproché à cette solution de graver dans le marbre du *common law* un précédent pourtant considéré comme une mauvaise application du droit, une erreur d'appréciation ou une solution manifestement injuste. Les tenants de cette position soutenaient, en outre, qu'il était tout à fait possible qu'une bonne solution devienne, avec le temps, en raison des changements de mentalité, sociétaux, de mœurs, etc., une mauvaise solution. L'un des exemples les plus significatifs de critique adressée à cette solution a été fourni par Lord Wright. Dès 1942, dans une étude sur le précédent, Lord Wright présente en effet la solution *Tramways* comme excessive, et plaide finalement pour son abandon en ces termes : « l'instinct d'inertie est aussi puissant chez les juges que chez n'importe qui... Aucune cour ne souhaitera revenir sur un précédent. Elle ne le fera que si elle est pleinement convaincue que le précédent est erroné »⁸⁶⁸. Cette volonté d'assouplissement se concrétise quelques années plus tard, avec le *Practice Statement* de la Chambre des Lords de 1966⁸⁶⁹. Par cette déclaration, la Chambre des Lords revient sur la solution de 1898 et affirme ne plus être strictement liée par ses propres précédents. Il reste néanmoins que cette déclaration ne constitue en rien une négation, par la Chambre, de l'autorité de ses précédents. Cette réforme est justifiée par le fait de ne plus systématiquement reproduire un précédent injuste ou erroné et de permettre

⁸⁶⁵ *London Tramways v. London County Council*, (1898) AC 375.

⁸⁶⁶ V. en ce sens l'opinion de Lord Halsbury dans cette décision, qui résume clairement la position de la Chambre : « a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it was *res integra* and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided ».

⁸⁶⁷ Pour une analyse de cette position « orthodoxe » de la première moitié du XX siècle : J. L. MONTROSE, « *Ratio decidendi* and the House of Lords », 20 *Modern Law Review* (1957), p. 124 ; G. DWORKIN, « *Stare decisis* in the House of Lords », 25 *Modern Law Review* (1962), p. 163.

⁸⁶⁸ Lord WRIGHT, « Precedents », 42 *Cambridge Law Journal* (1943), p. 118.

⁸⁶⁹ *Practice Statement (Judicial Precedent)*, 1 WLR. (1966), p. 1234.

l'adaptation nécessaire du droit aux diverses évolutions. La Chambre fait néanmoins, comme l'avait prédit Lord Wright, un usage extrêmement parcimonieux de son pouvoir de revirement.

284. Cour suprême des États-Unis. La rigidification de la règle du précédent n'est pas aussi nette lorsque l'on s'intéresse à la Cour suprême des États-Unis⁸⁷⁰. La Cour suprême ne s'est en effet jamais considérée liée par ses propres précédents d'une façon aussi stricte que la Chambre des Lords, et il existe d'ailleurs un certain nombre d'exemples de revirements marquants à cette époque⁸⁷¹. Cela ne signifie toutefois pas, à l'inverse, que la Cour n'accorde aucune valeur à la règle *stare decisis*, les exceptions à cette règle étant en réalité très rares et encadrées. Ainsi, dès la décision *Cobens v. Virginia* de 1821, le Chief Justice Marshall rappelle qu'une interprétation retenue dans une affaire sur un point de droit doit « déterminer le jugement dans une affaire subséquente lorsqu'il s'agit de décider du même point de droit »⁸⁷². Comme le rappelle cependant E. Zoller, « la Cour opère une importante distinction dans les précédents qu'elle se reconnaît le pouvoir de renverser ; elle distingue entre les précédents législatifs et les précédents constitutionnels »⁸⁷³. Le premier type de précédent renvoie à la question de l'interprétation par la Cour d'une loi du Congrès. La Cour estime que l'interprétation délivrée « fait corps » avec la loi et, en raison de la souveraineté du Congrès dans l'exercice de son pouvoir législatif, « elle ne se reconnaît pas le pouvoir de le renverser, même si la solution qu'il consacre s'avère être inadaptée, dépassée par les circonstances, voire injuste »⁸⁷⁴. Le second type de précédent concerne l'interprétation de la Constitution par la Cour suprême⁸⁷⁵. Vis-à-vis des précédents constitutionnels, la Cour suprême adopte une

⁸⁷⁰ V. not. : A. GOODHART, « Case law in England and America », 15 *Cornell Law Quarterly* (1929-1930), p. 173 ; T. R. LEE, « *Stare decisis* in Historical Perspective : From the Founding Era to the Rehnquist Court », 52 *Vanderbilt Law Review* (1999), p. 645 ; M. N. S. SELLERS, « The Doctrine of Precedent in the United States of America », 54 *American Journal of Comparative Law* (2006), p. 67.

⁸⁷¹ Dans l'affaire *Washington v. Dawson & Co*, 264 U.S. 219, 238, 44, Sup. Ct. 302, 309 (1924), le juge Brandeis relate douze exemple de revirements opérés par la Cour suprême (cité par Goodhart in. « Case law in England and America », *op. cit.*, note 32).

⁸⁷² *Cobens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.), 264, 399-400 (1821), cité et traduit par E. ZOLLER in. « Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, Dossier : Revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, 2006.

⁸⁷³ E. ZOLLER, « Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *op. cit.*

⁸⁷⁴ *Ibid.*

⁸⁷⁵ V. not. : H. P. MONAGHAN, « *Stare decisis* and Constitutional Adjudication », 88 *Columbia Law Review* (1988), p. 723 ; C. J. COOPER, « *Stare decisis* : Precedent and Principles in Constitutional Adjudication », 73 *Cornell Law Review* (1988), p. 401 ; M. J. GERHARDT, « The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory », 60 *Georgetown Law Review* (1991), p. 68 ; T. R. LEE, « *Stare decisis* in Historical Perspective : From the Founding Era to the Rehnquist Court », *op. cit.*, sp. pp. 703-733.

attitude beaucoup plus libérale et se reconnaît plus facilement la possibilité d'opérer des revirements. Cette possibilité est néanmoins clairement encadrée par des critères précis, établis dans la décision *Casey* de 1992⁸⁷⁶. La Cour rappelle sa position classique de fidélité au précédent, précisant que « le concept même de prééminence du droit (*rule of law*) qui est sous-jacent à notre Constitution, exige la continuité dans le temps, de sorte que le respect de la règle du précédent est, par définition, indispensable »⁸⁷⁷. Elle précise toutefois, à la suite de ce rappel, que « la nécessité impérative de suivre le précédent trouve ses limites dans la nécessité contraire de savoir adapter le droit à l'évolution de la société et des mœurs »⁸⁷⁸. Les atténuations au *stare decisis* sont principalement justifiées en présence d'une « erreur » d'interprétation commise par la Cour. La Cour retient quatre critères permettant de justifier un revirement de jurisprudence. Ainsi, un « précédent peut être renversé si : 1) Il s'est révélé "impraticable", notamment pour les juridictions (...); 2) il peut être abandonné sans léser ceux qui se sont fiés sur lui (...); 3) il est devenu un anachronisme du chef de l'évolution des règles de droit (...); 4) sa portée juridique est dépassée par l'évolution des données de fait »⁸⁷⁹.

285. Pratique de l'*overruling*. Dans le vocabulaire de *common law*, la pratique du revirement est appelée *overruling*⁸⁸⁰. Dans le cadre précis des systèmes de *common law*, l'*overruling* peut se définir comme un renversement de la *ratio decidendi*, une décision par laquelle le juge abandonne une solution pour en adopter une nouvelle à propos de cas dont les faits pertinents sont analogues. Par la pratique de l'*overruling*, le précédent concerné « est définitivement et formellement privé de toute autorité. Il devient nul et non avenu, comme une loi annulée, et un nouveau principe se substitue à l'ancien »⁸⁸¹. Très concrètement, lorsque les juges reviennent sur un précédent, « ils cessent de le suivre et déclarent que, du moins en ce qui concerne les faits analogues au litige en instance, une nouvelle règle devra être suivie à la place »⁸⁸². L'*overruling* est généralement justifié par une mauvaise application ou interprétation du droit écrit ou du *common law* dans un sens plus large. C'est ce qui justifie, en définitive, son caractère

⁸⁷⁶ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

⁸⁷⁷ Trad. E. ZOLLER in. *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, p. 732.

⁸⁷⁸ E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, pp. 741-742.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 742.

⁸⁸⁰ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*, pp. 116-128.

⁸⁸¹ J. SALMOND, « The Theory of Judicial Precedents », 16 *Law Quarterly Review* (1900), p. 383.

⁸⁸² N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*, p. 117.

rétroactif. Il ne s'agit pas d'adopter une nouvelle règle, il s'agit de faire apparaître la règle véritable, celle que le « précédent antérieur » n'a pas su faire émerger. C'est pourquoi la *ratio decidendi* initialement retenue est considérée comme n'ayant jamais existé, dans la mesure où elle ne déclarait pas le « bon » droit. Sous couvert de positivisme et de théorie moderne du « *judge-made law* », cette conception laisse cependant subsister l'ancienne conception de la « théorie déclaratoire » du *common law*, que défendait Blackstone et que fustigeaient Bentham et Austin.

286. Différence avec le *distinguishing*. La pratique de l'*overruling* doit être clairement dissociée de celle du *distinguishing*. La question du *distinguishing* est fondamentale dans l'approche du précédent en *common law* et dans le processus de détermination de la *ratio decidendi*. Au cours d'un procès, distinguer consiste à « démontrer des différences factuelles entre deux espèces, dans le but d'établir que la *ratio* du cas précédent ne s'applique pas de façon satisfaisante au cas présent »⁸⁸³. Concrètement, la partie n'ayant pas intérêt à se voir appliquer la *ratio* d'un précédent donné invoque généralement d'autres précédents qu'elle estime plus pertinents pour la situation factuelle présente, ou fait valoir que certains faits pertinents de l'espèce en litige ne sont pas, sur des éléments pertinents, analogues à ceux du précédent qu'on lui oppose et demande l'adoption d'une nouvelle *ratio* pour ce cas précis. M. Zander rappelle qu'en *common law*, « distinguer des situations factuelles et appliquer la règle de droit appropriée est l'une des fonctions les plus importantes des juristes et des juges »⁸⁸⁴. Si la pratique du *distinguishing* peut permettre, en pratique, d'échapper à l'application d'un précédent donné, elle ne peut pas être assimilée à un revirement de jurisprudence⁸⁸⁵. En effet, par la technique du *distinguishing*, le juge affine la *ratio decidendi*, la précise, retient davantage de faits pertinents constitutifs de cette dernière ou en retranche d'autres. Le *distinguishing* n'est pas, au sens strict, une exception au *stare decisis*. Il constitue simplement une technique de particularisation des règles dégagées par le juge à l'occasion d'instances particulières, un raisonnement casuistique spécifique au *common law*. Dans cette perspective, « le *distinguishing* se contente de limiter l'étendue du précédent alors que

⁸⁸³ *Ibid.*, p. 113.

⁸⁸⁴ M. ZANDER, *The Law Making Process*, *op. cit.*, p. 275.

⁸⁸⁵ Pour des réflexions à ce sujet, v. not. : L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD eur.* 2009, p. 643. L'auteur étudie l'appropriation de la technique du *distinguishing* par la Cour de justice de l'Union européenne et consacre des développements théoriques très intéressants sur cette technique au sens large en *common law* et la « possible confusion du *distinguishing* et du revirement ».

l'overruling en remet en cause l'existence même puisqu'il récuse la *ratio decidendi* »⁸⁸⁶. Suggérer et opérer un *distinguishing*, ce n'est pas se soustraire à l'application d'un précédent, c'est considérer qu'il est plus légitime d'en appliquer un autre en raison d'une différence factuelle objective. Dans le cas de *l'overruling* en revanche, l'on adopte délibérément une règle différente pour des faits pertinents similaires, ce qui est le propre d'un revirement.

2) *La liberté des cours souveraines d'opérer des revirements*

287. Un principe de liberté. Le système français ne connaît pas de règle similaire à celle du *stare decisis* en *common law*. Ainsi, la question de savoir si la cour souveraine est liée par ses propres précédents ne s'est jamais véritablement posée de façon aussi stricte ni aussi technique qu'elle ne s'est posée en Angleterre et aux États-Unis. Si la règle *stare decisis* ne reçoit plus aujourd'hui, dans ces systèmes, une acception stricte, les précédents sont toujours assez généralement suivis et, en pratique, globalement respectés. La cour suprême doit en effet faire état de critères précis pour justifier l'abandon d'un précédent. En France, les cours souveraines sont parfaitement libres d'opérer des revirements de jurisprudence. Aucune norme formelle du système juridique ne les contraint, directement ou indirectement, à s'en tenir à leurs propres précédents. Dans la mesure où la cour souveraine établit librement les précédents au sein de son ordre juridictionnel, c'est librement qu'elle peut décider de les abandonner pour en adopter de nouveaux. Ainsi, comme le rappelle P. Deumier, « la Haute Juridiction s'étant vue confier la mission d'interprétation de la loi, elle sera à l'origine de la jurisprudence initiale et c'est à elle qu'il appartiendra de décider d'un revirement »⁸⁸⁷.

288. Volontarisme. Il est certain que « le revirement jurisprudentiel est une opération volontariste »⁸⁸⁸, par laquelle le juge décide librement de revenir sur un précédent jusqu'alors appliqué pour en édicter un nouveau⁸⁸⁹. En ce sens, le revirement est intrinsèquement lié au pouvoir créateur du juge et dispose, en outre, d'un effet rétroactif. Comme le rappelle à cet

⁸⁸⁶ S. CAPORAL, « Le revirement de jurisprudence, lieu de rapprochement entre les systèmes de *civil law* et de *common law* », in. *Le revirement de jurisprudence en droit européen, op. cit.*, p. 277.

⁸⁸⁷ P. DEUMIER, « Le revirement de jurisprudence en questions », in. E. Carpano (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 55.

⁸⁸⁸ Ch. ARNAUD, *L'effet corroboratif de la jurisprudence, op. cit.*, p. 524.

⁸⁸⁹ V. également : H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, Paris, LGDJ, 1999, sp. pp. 210-266 : l'auteur démontre successivement que « le revirement de jurisprudence est voulu » (p. 210 et s.) et qu'il « n'est pas imposé » (p. 219 et s.).

égard le rapport du groupe de travail présidé par N. Molfessis, « le revirement possède une double portée : il consacre une solution nouvelle et, dans le même mouvement, en fait application au litige en cours et donc à des faits antérieurs à sa consécration. L'effet nécessairement rétroactif de la décision de revirement réside dans cette application de la solution nouvelle aux faits de l'espèce qui en fournissent l'occasion »⁸⁹⁰. De ce constat, émerge la nécessité de maîtriser les effets potentiellement néfastes de ce caractère rétroactif. « Or, poursuit le rapport, la modulation dans le temps des revirements, parce qu'elle pose en préalable l'effet novatoire de la décision, est une forme de reconnaissance du pouvoir créateur de la jurisprudence »⁸⁹¹. Ce pouvoir créateur du juge se manifeste de deux façons : par l'interprétation d'une norme générale ou par la création prétorienne d'un principe général de jugement. Dans le premier cas, le juge est limité par la norme générale à appliquer, l'interprétation n'étant pas entièrement libre mais déterminée par le cadre de signification de la norme générale. Ce cadre peut cependant être en pratique suffisamment large et indéterminé pour ne pas se révéler véritablement contraignant pour le juge. Quoiqu'il en soit, dans ce cas, le revirement consiste à retenir une nouvelle interprétation de la norme générale. Ainsi, la décision du revirement « relève de la libre appréciation du juge, qui (...) estimera qu'il convient de revoir l'interprétation initiale »⁸⁹², ce qui suppose, bien-sûr, « l'existence d'une alternative à l'interprétation initiale »⁸⁹³. Dans le second cas, celui de la création prétorienne, la problématique de l'interprétation et du cadre de significations possibles de la norme ne se pose plus, et le revirement consiste simplement en l'adoption d'une norme générale substantiellement différente de la norme générale initiale.

289.L'exclusion des abandons de précédents contraints. Considérer le revirement comme le fruit d'un processus volontariste, c'est-à-dire comme une libre décision de la cour souveraine, exige nécessairement d'exclure du champ de sa définition les revirements contraints. En effet, certains changements de position des cours souveraines sont le fruit d'une réforme législative ou constitutionnelle ou d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme ou la Cour de justice de l'Union européenne. Dans ces hypothèses, le

⁸⁹⁰ N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, LexisNexis, Litec, 2005, p. 9.

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 10.

⁸⁹² Ch. ARNAUD, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, *op. cit.*, p. 483.

⁸⁹³ *Ibid.*

revirement n'est évidemment pas un choix libre de la cour souveraine mais une obligation juridique : dans le premier cas, respecter le droit interne, législatif ou constitutionnel, dans le second, respecter les engagements internationaux et la juridiction des cours européennes chargées de veiller au respect de ces engagements. Le revirement dans la position de la cour revient donc davantage à régulariser une situation de non-conformité plutôt qu'à choisir librement de revenir sur une position. Le revirement doit alors, dans cette optique, faire apparaître une véritable « politique jurisprudentielle »⁸⁹⁴ de la part de la cour pour être retenu comme un revirement au sens strict du terme.

290. Recours mesuré au revirement. En dépit de cette liberté, les cours souveraines opèrent assez peu de revirements de jurisprudence en pratique. Notons cependant que l'opération du revirement, devant le Conseil d'État et la Cour de cassation, n'est pas non plus exceptionnelle. Par exemple, Ch. Pros-Phalippon relève dans sa thèse, des années quatre-vingts à aujourd'hui, une tendance d'une dizaine à une vingtaine de revirements par an⁸⁹⁵. Une tendance à peu près identique est observable devant la Cour de cassation⁸⁹⁶. Comparé au nombre important d'arrêts rendus, cela peut en effet paraître dérisoire. Mais si l'on replace ces statistiques dans la perspective du nombre de précédents adoptés chaque année, c'est-à-dire de décisions contenant un principe général de jugement, la proportion de revirements devient alors relativement significative. Le terme « exceptionnel » peut en revanche être retenu en ce qui concerne le Conseil constitutionnel. Comme le relève Th. Di Manno, « le phénomène des revirements ne prend pas dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel une ampleur considérable »⁸⁹⁷. Il rappelle en outre, dans cette étude datée de 2006, que depuis sa création en 1958, « le Conseil constitutionnel ne semble s'être résolu à changer de solutions

⁸⁹⁴ Ch. PROS-PHALIPPON, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018. Dans cette thèse, l'auteur évoque « la construction d'une politique jurisprudentielle du revirement de jurisprudence » (p. 23), faisant état de cette volonté du juge administratif de construire de façon cohérente et systématique ses revirements et de ne plus procéder de façon relativement anarchique et imprévisible.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, pp. 395-405.

⁸⁹⁶ V. not. : S. HORTALA, *Les obiter dicta de la Cour de cassation. Etude la jurisprudence civile, op. cit.*, pp. 440-443 ; id., « Les revirements de jurisprudence : une production à contre-rythme ? Etude relative aux revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in. M. Nicod (dir.), *Les rythmes de production du droit*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 89 ; G. DROUOT, *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, LGDJ Lextenso, 2016, sp. « Annexe : évolution du nombre de revirements : 1999-2013 ».

⁸⁹⁷ Th. DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français », CCC n° 20, Dossier : *Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel*.

jurisprudentielles qu'autour d'une vingtaine de fois »⁸⁹⁸. Le même constat peut être dressé aujourd'hui, le juge constitutionnel français étant particulièrement attaché à la « recherche de la continuité des solutions jurisprudentielles »⁸⁹⁹, de sorte que cela se traduit concrètement « par l'adaptation du précédent en cause plutôt que dans son abandon »⁹⁰⁰.

Ce recours mesuré au revirement traduit un attachement manifeste des cours souveraines à leurs précédents et montre que cette liberté de principe dans l'abandon des précédents trouve, en pratique, un cadre et des limites inhérents à l'office des cours souveraines et au contexte factuel et juridique dans lequel elles l'exercent.

B – Une liberté encadrée et limitée

En ce qu'elle modifie substantiellement le droit applicable au sein de l'ordre juridictionnel, la décision de revenir sur un précédent doit faire l'objet d'une justification particulière et accrue (1°). La liberté de la cour souveraine est, en outre, fortement relativisée par l'existence d'une série de facteurs extérieurs à sa volonté et la contraignant à opérer un revirement (2°).

1) Les exigences de justification des revirements

291. Illégitimité du revirement. Le revirement de jurisprudence, l'abandon d'un précédent jusque-là appliqué aux justiciables et ayant fondé leurs attentes légitimes, doit être davantage justifié qu'une solution classique de continuité. Notons, avec Th. Di Manno, que, « parce qu'il consiste à retenir d'un même texte de référence une interprétation nouvelle et incompatible avec celle qui avait pu être dégagée jusque-là, le revirement de jurisprudence respire, en effet, l'illégitimité »⁹⁰¹. Le revirement, en ce qu'il constitue un changement dans le droit applicable devant la cour souveraine et est susceptible de remettre en cause des attentes

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 168.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 169.

⁹⁰¹ Th. DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, présentation », *CCC* n° 20, Dossier : Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel.

légitimes et des droits considérés comme acquis, semble devoir faire l'objet d'une justification particulière. À cet égard, « s'il est utile de comprendre les raisons ayant présidé au choix d'une nouvelle jurisprudence, il est plus utile encore de comprendre celles justifiant son abandon par un revirement de jurisprudence »⁹⁰². C'est notamment ce que la Cour européenne des droits de l'homme tend à imposer aux juridictions suprêmes des États parties à la Convention.

292. Influence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt *Boumaraf c. France* du 30 août 2011⁹⁰³, la Cour EDH, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention, rappelle tout d'abord sa position classique⁹⁰⁴, en vertu de laquelle « les exigences de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante » et précise « qu'une évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à une bonne administration de la justice »⁹⁰⁵. La Cour relève toutefois que, « lorsqu'existe une jurisprudence bien établie sur la question en jeu, la juridiction suprême a l'obligation de donner des raisons substantielles pour expliquer son revirement de jurisprudence, sauf à violer les droits du justiciable d'obtenir une décision suffisamment motivée ». Se faisant, en quelque sorte, le « superviseur de la méthodologie judiciaire des cours suprêmes nationales »⁹⁰⁶, la Cour impose ainsi aux cours souveraines une motivation renforcée lorsqu'il s'agit de revenir sur un précédent, c'est-à-dire sur une jurisprudence bien établie.

2) *Les facteurs de revirements extérieurs à la volonté de la cour*

293. Liberté juridique – contrainte factuelle. S'il existe bien une liberté de la cour souveraine sur le plan juridique, sa décision d'opérer un revirement n'est jamais entièrement libre sur le plan du contexte factuel et de l'environnement normatif qui entourent le revirement. Les éléments qui déterminent le revirement sont très nombreux et disparates, mais l'on peut

⁹⁰² P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, § 75.

⁹⁰³ CEDH, 30 août 2011, *Boumaraf c. France*, n° 32820/08.

⁹⁰⁴ V. en ce sens : CEDH, 18 décembre 2008, *Unédic c. France*, n° 20153/04, § 74.

⁹⁰⁵ V. également : CEDH, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, n° 36815/03, § 38.

⁹⁰⁶ J.-F. FLAUS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2010, p. 997 ; C. DEMUNCK, « Un revirement de jurisprudence bien établie doit être motivé », *Dalloz actualités*, 30 septembre 2011.

cependant retenir trois catégories de facteurs jouant un rôle particulièrement décisif : le contexte normatif textuel, le contexte jurisprudentiel et le contexte social au sens large.

294.Contexte normatif textuel. L'abandon d'un précédent peut être suscité par certaines réformes constitutionnelles ou législatives, qui ne concernent pas directement le champ du précédent et ne contraignent pas juridiquement la cour à adapter sa jurisprudence. Néanmoins, ces réformes peuvent créer un certain environnement normatif, témoigner d'une certaine tendance, d'une dynamique, avec laquelle certains précédents des cours souveraines peuvent entrer indirectement en confrontation. Dans sa thèse sur les revirements de jurisprudence en droit administratif, H. Le Berre relève un certain nombre d'hypothèses et d'exemples concrets illustrant cette influence⁹⁰⁷. C'est le cas par exemple de l'arrêt *Darmont* de 1978⁹⁰⁸, par lequel le Conseil d'État reconnaît la responsabilité de la puissance publique pour « faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction de l'ordre administratif ». L'auteur rappelle que « cette décision est à mettre en rapport direct avec l'intervention de la loi du 5 juillet 1972 mettant à la charge de l'État la réparation du dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice »⁹⁰⁹. Plus récemment, Ch. Pros-Phalippon a également relevé un nombre important d'exemples de revirements conditionnés par « l'évolution du droit écrit »⁹¹⁰. L'auteur estime toutefois que dans cette hypothèse, il ne s'agit pas véritablement de revirement, « la volonté du juge administratif de revirer faisant défaut »⁹¹¹. La situation est en effet complexe dans la mesure où l'évolution des textes contraint, en un certain sens, la cour souveraine à modifier sa jurisprudence, mais ne constitue pas directement une obligation juridique directe. Il est alors possible de considérer que, si la cour demeure juridiquement libre de conserver sa jurisprudence, le revirement lui est, dans les faits, imposé.

295.Contexte jurisprudentiel. L'évolution de l'environnement jurisprudentiel est également une source importante de revirement, les cours souveraines souhaitant bien souvent s'aligner sur certaines évolutions amorcées par leurs homologues nationaux, européens ou

⁹⁰⁷ H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, *op. cit.*, pp. 413-430.

⁹⁰⁸ CE, ass., 29 décembre 1978, *Darmont*, D. 1979, p. 278, note Vasseur ; *AJDA* 1979, p. 45, note Lombard ; *RDJ* 1979, p. 1742, note Auby.

⁹⁰⁹ H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, *op. cit.*, p. 414.

⁹¹⁰ Ch. PROS-PHALIPPON, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 451.

⁹¹¹ *Ibid.*

supranationaux, la doctrine voyant généralement dans ces emprunts et influences un certain « dialogue des juges »⁹¹². Le contexte jurisprudentiel peut tout d'abord se manifester dans l'ordre interne. Ainsi, la cour souveraine peut être contrainte d'adopter une position particulière à la suite d'une décision d'une autre cour souveraine, sans qu'il n'y ait pour autant d'obligation juridique. Il en va ainsi de l'injonction implicite d'exercer le contrôle de conventionnalité des lois adressée par le Conseil constitutionnel aux deux autres cours souveraines dans la décision *IVG*. L'arrêt *Jacques Vabre* de la Cour de cassation adopté quelques mois plus tard, acceptant d'exercer effectivement ce contrôle, est le résultat immédiat de la contrainte créée par la décision *IVG*. De la même façon, l'arrêt *Nicolo*, par lequel le Conseil d'État accepte, quatorze ans après la Cour de cassation, d'exercer ce contrôle, est le résultat de la double contrainte résultant des décisions *IVG* et *Jacques Vabre*, créant un contexte jurisprudentiel dans lequel la position du Conseil d'État était progressivement devenue une position de résistance et d'isolement. Ce contexte peut, ensuite, se manifester dans d'autres systèmes juridiques nationaux. On remarque ainsi un recours de plus en plus fréquent et systématique et une attention particulière portée à la jurisprudence des juges suprêmes étrangers, spécifiquement européens. Ce mouvement est en particulier favorisé par le développement des attributions des services de documentation et des relations internationales des cours souveraines. Un certain nombre de travaux ont étudié ce phénomène de recours aux précédents étrangers par les cours souveraines, spécifiquement s'agissant du Conseil constitutionnel⁹¹³ et du Conseil d'État⁹¹⁴. De même, le contexte jurisprudentiel supranational, spécifiquement européen, constitue un facteur puissant d'évolution de la position des cours souveraines, en dehors de toute condamnation ou procédure de sanction dirigée contre l'État français.

296. Contexte social. Si le rôle politique des cours souveraines en France est d'une portée moindre que celle de la Cour suprême des États-Unis, celles-ci disposent cependant

⁹¹² Expression à l'origine employée par B. Genevois dans ses conclusions sur CE, ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Sieur Cohn-Bendit, Rec.*, p. 524 ; *D.* 1979, p. 155 ; Sur cette notion en général, v. not. : *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009 ; *Le dialogue des juges*, Actes du colloques du 28 avril 2006, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, 2007. Pour une lecture critique, v. : Ch. ARNAUD, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 126-134.

⁹¹³ V. not. : A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Paris, LGDJ, 2011 ; « Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel français », *RIDC* 2014, n°2, p. 581 ; T. GROUPI, M.-C. PONTTHOREAU (ed.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2013 ; D. MAUS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *RFDC* 2009/4, n° 80, p. 675.

⁹¹⁴ F. MELLERAY (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

d'un rôle certain, et même croissant, dans la prise en compte du « fait social », très largement compris. En effet, l'évolution du contexte politique, économique, social, des mœurs ou des mentalités, sont autant de paramètres qui déterminent un changement de solution et l'adoption d'un nouveau précédent. Dans ce contexte, l'évolution de la position des cours peut être perçue comme « une opération de mise à jour des exigences de la réalité sociale »⁹¹⁵, favorisant l'adaptation du droit applicable à la « réalité du corps social »⁹¹⁶. Ainsi, « le fait social, évolutif par nature, peut directement inciter à un revirement de jurisprudence, dès lors qu'il frappe d'obsolescence une solution jurisprudentielle forgée dans un contexte social différent ou dès lors qu'il n'a pas été suffisamment pris en considération au moment de l'élaboration d'une jurisprudence »⁹¹⁷.

Un revirement n'est, finalement, rien d'autre que l'abandon d'un précédent et, dans le même mouvement, l'adoption d'un autre. Cela traduit nettement le pouvoir normatif des cours souveraines, qui s'impose aux juges du fond. Ces derniers sont en effet, par contraste, dans un rapport de contrainte directe à l'égard des précédents de la cour souveraine.

⁹¹⁵ M. JAEGER, « Notion et politique du revirement », in. E. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, *op. cit.*, p. 26.

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 28.

⁹¹⁷ Th. DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *op. cit.*

SECTION 2 : L'APPLICATION CONTRAINTE DES PRECEDENTS PAR LES JUGES DU FOND

Les précédents des cours souveraines constituent, pour les juges du fond, une norme générale à appliquer au litige qui leur est soumis. Que ces précédents interprètent une norme générale et abstraite formelle du système ou qu'ils constituent une création prétorienne de la cour, ils sont appliqués par les juges du fond au même titre qu'une loi (§ 1). Ainsi, lorsque certains juges du fond décident de ne pas respecter un précédent, on ne parle nullement de revirement mais de « résistance » (§ 2).

§ 1 – L'application des précédents au même titre que la loi

Si les juges du fond se contentent d'appliquer les précédents de la même façon que les autres sources formelles du système juridique, sans prétendre eux-mêmes en créer ou revenir sur ceux existant, c'est en raison, d'une part, de leur office strictement juridictionnel (**A**) et, d'autre part, de la hiérarchisation spécifique de l'ordre juridictionnel formalisée en dernière instance par le recours en cassation (**B**).

A – L'office du juge du fond distinct de l'office précédentiel des cours souveraines

297. Un office strictement juridictionnel. Les juges du fond en France disposent d'un office très différent des cours souveraines. D'une façon générale, les juges du fond, qu'il s'agisse des juridictions de droit commun ou des juridictions spéciales, connaissent de litiges concrets et ont à se prononcer sur l'application du droit à des situations factuelles précises, qu'ils sont chargés de qualifier juridiquement. En cela, les juges du fond disposent d'un office strictement juridictionnel et n'ont pas, à la différence des cours souveraines, de fonction de production de précédents et de régulation de l'ordre juridictionnel par l'uniformisation de l'application et de l'interprétation du droit. Il n'existe, pour chaque ordre juridictionnel, qu'une seule cour

régulatrice. Les juges du fond ont un rôle contentieux strict, d'appréciation des éléments factuels et d'application du droit. Dans cette perspective, les précédents entrent, au même titre que les dispositions normatives textuelles, dans le champ du droit appliqué par les juges du fond.

Le respect de l'application des précédents est ainsi garanti par la hiérarchisation de l'ordre juridictionnel et la technique de cassation.

B – Une application des précédents dans un ordre juridictionnel hiérarchisé

L'application des précédents est assurée par la hiérarchisation des juridictions qui, d'un point de vue procédural, se concrétise par l'existence d'un double degré de juridiction et d'un recours en cassation (1°). C'est plus particulièrement l'existence de la cassation qui assure une application effective des précédents par les juges du fond (2°) qui, malgré une autorité précédentielle considérable des cours souveraines, demeurent souverains dans l'appréciation des faits litigieux (3°).

1) La hiérarchisation par le double degré de juridiction et la cassation

298. Double degré de juridiction. Il existe, dans l'organisation juridictionnelle française, un double degré de juridiction, aussi bien dans l'ordre judiciaire⁹¹⁸ que dans l'ordre administratif⁹¹⁹. Ce double degré de juridiction se concrétise, sur le plan procédural, par la voie de l'appel. L'appel est « une voie de recours de droit commun et de réformation ou d'annulation par laquelle une partie qui se croit lésée par un jugement, défère le procès et le jugement aux juges du degré supérieur »⁹²⁰. Principe procédural important en droit français, le double degré de juridiction ne bénéficie toutefois pas d'une protection ou d'un statut juridique particuliers. Ainsi, le Conseil constitutionnel ne lui a jamais reconnu la valeur de principe constitutionnel,

⁹¹⁸ F. FERRAND, « Appel », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mai 2018 (actualisation : janvier 2019).

⁹¹⁹ Y. GAUDEMET, « Appel », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, décembre 1985 (actualisation : mars 2014).

⁹²⁰ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 34^e éd., 2018, p. 896.

affirmant même clairement en 2004 que « le principe du double degré de juridiction n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle »⁹²¹. Dans le même sens, le Conseil d'État a considéré, en 2003, que « si, lorsqu'un texte ouvre la voie de l'appel à l'encontre d'un jugement, la règle du double degré de juridiction s'impose aussi bien aux justiciables qu'aux juges eux-mêmes, cette règle ne constitue pas un principe général du droit qui interdirait au pouvoir réglementaire de prévoir, dans l'exercice de sa compétence, des cas dans lesquels les jugements sont rendus en premier et dernier ressort »⁹²². De son côté, la Cour de cassation « semble assez attachée à l'existence d'au moins une voie de recours »⁹²³, sa jurisprudence faisant notamment apparaître que « le principe du double degré de juridiction s'applique sauf texte contraire »⁹²⁴. En outre, il apparaît que, dans le système européen de protection des droits de l'homme, « aucun droit de faire appel d'un jugement ne figure, en matière civile, au nombre des droits reconnus par la Convention EDH et la Cour EDH considère que l'article 6 n'impose pas aux États d'ouvrir un recours contre les décisions rendues en matière civile »⁹²⁵. Ce constat peut être étendu à la matière administrative, et permet simplement d'isoler la matière pénale, pour laquelle l'article 2 du septième Protocole additionnel à la Convention garantit un droit à double degré de juridiction. Il ressort néanmoins de la jurisprudence de la Cour EDH que si un système juridique donné décide d'instaurer un deuxième degré de juridiction, par la voie de l'appel par exemple, alors il devra assurer, pour ce recours, les garanties du procès équitable de l'article 6 § 1 de la Convention⁹²⁶.

299. Pourvoi en cassation. La hiérarchisation de l'ordre juridictionnel français passe aussi, en grande partie, par le pourvoi en cassation. En droit français, la voie d'appel constitue

⁹²¹ Cons. const., déc. n° 2004-491 DC, 12 février 2004, *Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. n° 4 ; v. également : cons. const., déc. n° 2012-243/244/245/246 QPC, 14 mai 2012, *Société YONNE REPUBLICAINE et autre [Saisine obligatoire de la commission arbitrale des journalistes et régime d'indemnisation de la rupture du contrat de travail]*, cons. n° 13 ; cons. const., déc. n° 2013-338/339 QPC, 13 septembre 2013, *Société Invest Hôtels Saint-Dizier Rennes et autre [Prise de possession d'un bien exproprié selon la procédure d'urgence]*, cons. n° 8.

⁹²² CE, 4^e et 6^e sous-sections réunies, 17 décembre 2003, n° 258253, *Meyet et autres*, *AJDA* 2004, p. 712, note Markus.

⁹²³ F. FERRAND, « Appel », *op. cit.*, § 4.

⁹²⁴ J.-L. VALLENS, « Le principe du double degré de juridiction s'applique sauf texte contraire (Note sous Com. 26 juin 2001, *Lepautremat c. Stés Carel, Beaufreton et Collet-Mayer et Hervouet, ès qualité*, D. 2001, p. 2299, obs. Honorat et Lienhard) », *RTD com.* 2001, p. 778.

⁹²⁵ S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, pp. 776-777.

⁹²⁶ V. not. : CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, n° 2689/65, § 25 ; CEDH, 22 janvier 1984, *Sutter c. Suisse*, n° 8209/78, § 74 ; CEDH, 29 juillet 1998, *Omar c. France*, n° 24767/94 ; CEDH, 16 octobre 2001, *Eliazer c. Pays-Bas*, n° 38055/97 ; CEDH 24 mai 2011, *Onorato c. Italie*, n° 26218/06.

ainsi une voie ordinaire de réformation et d'annulation. Les cours d'appel et les cours administratives d'appel et, dans certains cas, le Conseil d'État intervenant comme juge d'appel, statuent au fond et jugent de nouveau le litige dans l'ensemble de ses moyens et en prenant en compte les circonstances factuelles desquelles a émergé le contentieux. Il en va autrement de la cassation, constituant une voie de recours extraordinaire⁹²⁷. Le pourvoi en cassation ne constitue pas « un troisième degré de pleine juridiction »⁹²⁸, en ce sens que la cour souveraine « n'a pas pleine juridiction sur les litiges qui lui sont soumis, car la loi lui interdit de remettre en cause les appréciations de fait des juges du fond »⁹²⁹. Le pourvoi en cassation, devant la Cour de cassation, comme devant le Conseil d'État, permet ainsi simplement d'assurer le contrôle, par la cour souveraine, de la bonne application du droit par les juges du fond. Ce caractère objectif et abstrait du contrôle opéré prend évidemment en compte le respect, par les juges du fond, de la loi, mais aussi des précédents.

2) L'influence de la technique de cassation sur le respect des précédents par les juges du fond

300. Le non-respect des précédents comme motif officieux de cassation devant la Cour de cassation. L'article 604 du code de procédure civile dispose que « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation, la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». La question se pose alors de savoir si les précédents font partie de ces « règles de droit » pouvant constituer des moyens de cassation. La position classique de la Cour de cassation sur ce point est assez claire et affirmée depuis la fin du XIX^e siècle⁹³⁰, comme le rappellent les annotations de L. Dargent sous l'article 604 : « la violation de la jurisprudence n'est pas un cas d'ouverture à cassation »⁹³¹. Parmi ces cas, que la loi elle-même ne recense pas et dont l'identification et la classification constituent une œuvre purement doctrinale, l'on trouve la « violation de la loi » ou « violation de la règle de droit ». Comme le précisent par ailleurs J. Boré et L. Boré, « la violation de la loi peut (...) se rencontrer sous trois formes

⁹²⁷ Art. 527 du code de procédure civile : « Les voies ordinaires de recours sont l'appel et l'opposition, les voies extraordinaires la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation ».

⁹²⁸ J. BORE, L. BORE, « Le pourvoi en cassation », *op. cit.*, § 12.

⁹²⁹ *Ibid.*

⁹³⁰ Req. 21 décembre 1891, *DP 1892*, 1, p. 543 ; Cass. soc., 17 mai 1958, *Bull. civ.* IV, n° 595.

⁹³¹ P. CALLE (dir.), *Code de procédure civile annoté*, Paris, Dalloz, 2018, 109^e éd., p. 664 (annotations L. Dargent).

distinctes : le refus d'application, la fausse application et la fausse interprétation »⁹³². Ils notent en outre que, « dans la pratique, le refus d'application, qui consiste à ne pas appliquer la règle à une situation qu'elle devait régir se présente comme l'envers de la fausse application, qui consiste au contraire à appliquer la règle à une situation qu'elle ne devait pas régir »⁹³³. Disons, en des termes plus généraux, que cela englobe l'ensemble des décisions irrégulières des juges du fond vis-à-vis des règles de droit à appliquer, que les irrégularités soient positives ou négatives. En outre, un décret du 22 mai 2008⁹³⁴ est venu modifier la formulation de l'article 1020 du code de procédure civile, qui disposait autrefois que « l'arrêt (de la Cour de cassation) vise le texte de loi sur lequel la cassation est fondée », évoquant désormais « la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée ». Ce recours à la notion plus englobante de « règle de droit » a pu laisser penser que « le code de procédure civile semble avoir entendu consacrer à la fois le droit de la Cour de cassation de saisir toutes les formes de violation de la loi et son droit d'annuler une décision qui refuse d'appliquer une règle d'origine purement jurisprudentielle »⁹³⁵. Il est en effet évident que, dans l'hypothèse où il existe un précédent clairement identifiable de la Cour posant l'interprétation d'une disposition législative, c'est, en pratique, le non-respect du précédent qui est sanctionné, c'est-à-dire le non-respect de l'interprétation de cette disposition délivrée par la Cour. L'exclusion des précédents des sources formelles du droit français, selon la tradition légaliste, conduit toutefois à ne considérer que la seule disposition législative comme pouvant constituer un cas d'ouverture à cassation. Ainsi, « la violation d'une jurisprudence établie de la Cour sera présentée comme une violation du texte, sans référence à la jurisprudence méconnue »⁹³⁶. De la sorte est donc maintenue la fiction selon laquelle seule la violation de la disposition législative entraîne la cassation, quand bien même il s'agit en pratique du non-respect du précédent. Ce n'est donc, pour l'instant, que de façon officieuse que les précédents de la Cour de cassation permettent de casser les décisions des juges du fond.

301. Le non-respect des précédents comme motif assumé de cassation devant le Conseil d'État. Devant le Conseil d'État, le précédent ne constitue pas davantage une source

⁹³² J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, § 343.

⁹³³ *Ibid.*, § 345.

⁹³⁴ Décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 relatif à la procédure devant la Cour de cassation, art. 14.

⁹³⁵ J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, § 345.

⁹³⁶ P. DEUMIER, « Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles », *D.* 2015, p. 1720.

formelle du droit dont la violation serait officiellement sanctionnée par le recours en cassation. Néanmoins, le Conseil d'État assume davantage que la Cour de cassation le fait de censurer les décisions des juges du fond sur le fondement d'une contradiction avec l'un de ses précédents. Dans le cadre de son office de cassation, le Conseil d'État est en effet amené à contrôler, entre autres moyens, celui de la « violation de la loi ». Comme le rappelle J.-H. Stahl, cette formulation apparaît en réalité « comme une formule singulièrement générale, qui recouvre toutes les facettes du contrôle qu'exerce le juge de cassation sur le bien-fondé de la solution retenue par les juges du fond »⁹³⁷. C'est principalement au titre du contrôle de l'erreur de droit qu'est sanctionné le non-respect des précédents. En effet, si le Conseil contrôle, « au titre de l'erreur de droit, l'interprétation que les juges du fond ont donné de la règle de droit applicable au litige qui leur était soumis »⁹³⁸, c'est bien qu'il existe un canon spécifique d'interprétation de ces règles, fixé par lui-même, du moins s'agissant des normes internes, spécifiquement législatives⁹³⁹. Surtout, « le Conseil d'État veille aussi, par le contrôle de l'erreur de droit, au respect des règles d'origine jurisprudentielle »⁹⁴⁰, en particulier des principes généraux du droit⁹⁴¹. Ainsi le Conseil reconnaît plus facilement et de façon plus affichée que les juges du fond doivent appliquer ses précédents, sous peine de cassation.

302.L'arrêt *CCI d'Angoulême* et l'application des précédents. Un arrêt du Conseil d'État mentionné par P. Deumier⁹⁴² mérite d'être rappelé dans cette perspective : l'arrêt *CCI d'Angoulême* du 19 avril 2013⁹⁴³. Dans cette affaire, le Conseil d'État devait régler un problème délicat tenant à l'intervention et la prise en compte, par une cour administrative d'appel, d'un

⁹³⁷ J.-H. STAHL, « Recours en cassation », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, septembre 2014, § 98.

⁹³⁸ *Ibid.*, § 102.

⁹³⁹ V. not. : CE, 20 mai 1994, *Gouelo*, *Rec.*, p. 251 ; CE, ass. 19 mai 2004, *Consorts Bourbon*, req. n° 236470, *Rec.*, p. 232 ; CE, ass., 2 octobre 2009, *Association départementale de défense des victimes de l'amiante*, req. n° 316527, *Rec. T.*, p. 922 ; CE, ass., 2 octobre 2009, *Tocut et syndicat CFDT de la métallurgie marnaise*, req. n° 316820, *Rec. T.*, p. 923 ; CE, ass., 22 mars 2010, *Société CTP prêt à partir*, req. n° 324398, *Rec. T.*, p. 933 (cités par J.-H. STAHL in. « Recours en cassation », *op. cit.*, § 102).

⁹⁴⁰ J.-H. STAHL, « Recours en cassation », *op. cit.*, § 104.

⁹⁴¹ CE, sect., 5 mars 1954, *Banque alsacienne privée et Dupont*, *Rec.*, p. 144 (cité par J.-H. STAHL in. « Recours en cassation », *op. cit.*) ; v. également : B. GENEVOIS, M. GUYOMAR, « Principes généraux du droit : principes de technique juridique », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2018.

⁹⁴² P. DEUMIER, « Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles », *op. cit.* ; v. également, du même auteur : « Appliquer la jurisprudence, respecter le contradictoire. Note sous CE, 19 avril 2013, n° 340093, *Chambre de commerce et de l'industrie d'Angoulême* », *RTD civ.* 2013, p. 561.

⁹⁴³ CE, 19 avril 2013, *Chambre de commerce et de l'industrie d'Angoulême*, n° 340093, *Rec.*, p. 105, *AJDA* 2013, p. 823 et p. 1276, *chron.* Domino et Bretonneau ; *RTD civ.* 2013, *obs.* P. Deumier *préc.*

revirement de jurisprudence après la clôture de l'instruction. En effet, la cour administrative d'appel de Bordeaux a eu à connaître, en 2010, d'une affaire jugée par le tribunal administratif de Poitiers en 2008. Sans entrer dans le détail du contentieux, relativement complexe⁹⁴⁴, il peut simplement être rappelé que le litige concerne des arrêtés préfectoraux requalifiés en concession par le tribunal administratif, qui a reconnu, « dans le même mouvement, qu'une telle concession ne pouvait être signée que par le ministre et qu'il convient donc d'en constater la nullité »⁹⁴⁵. Face à ce constat de nullité du contrat nouvellement qualifié, les parties interjettent appel de la décision de première instance, en demeurant sur des moyens d'ordre extracontractuel. Entre la décision de première instance et celle d'appel, est toutefois intervenue, le 28 décembre 2009, la décision de principe *Béziers I*⁹⁴⁶, qui reconnaît au juge administratif de nouvelles prérogatives dans le cadre de la saisine, par les parties, d'un recours de pleine juridiction tendant à contester la validité du contrat. Depuis ce précédent, le juge administratif n'est plus contraint de prononcer la résiliation automatique du contrat en cas d'irrégularité de celui-ci mais peut, « après avoir pris en compte la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles », décider éventuellement de la poursuite, sous certaines conditions, de l'exécution du contrat. La cour administrative d'appel de Bordeaux fait application de ce précédent, ne constate pas la nullité du contrat et traite le litige sur le plan contractuel et non pas, comme s'y attendaient les requérants, sur le plan extracontractuel. Saisi en cassation, le Conseil d'État a jugé « que si (...) la cour s'est bornée à exercer son office en situant le litige sur le terrain juridiquement approprié et n'a pas soulevé un moyen d'ordre public qu'elle aurait dû communiquer aux parties, elle ne pouvait, eu égard aux exigences de la procédure contradictoire, régler l'affaire sur un terrain dont les parties n'avaient pas débattu sans avoir mis celles-ci à même de présenter leurs observations sur ce point ». Le point le plus intéressant pour notre démonstration est cependant quelque peu accessoire et réside dans cette brève mention, assez peu commentée sur le fond⁹⁴⁷, selon laquelle « la cour a fait à bon droit application, par l'arrêt attaqué (...), de la règle énoncée par la décision du Conseil d'État (...) du 28 décembre 2009, commune de Béziers ». Par cette

⁹⁴⁴ Pour un rappel des faits et de la procédure ayant amené à la cassation, v. la chronique : X. DOMINO, A. BRETONNEAU, « De la loyauté dans le procès administratif », *AJDA* 2013, p. 1276.

⁹⁴⁵ *Ibid.*

⁹⁴⁶ CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers I*, *Rec.* p. 509, concl. Glaser ; concl., *BJCP* 2010, p. 138, *RFDA* 2010, p. 506 ; *AJDA* 2010, p. 142, chr. Liéber et Botteghi, et 2011, p. 665, chr. Lallet et Domino ; *RDP* 2010, p. 553, note Pauliat ; *RFDA* 2010, p. 519, note Pouyaud.

⁹⁴⁷ V. cependant P. DEUMIER, « Appliquer la jurisprudence, respecter le contradictoire », *op. cit.*

simple phrase, « en évoquant la "règle énoncée" par ce précédent et en contrôlant son application "à bon droit", le Conseil d'État ne laisse plus guère de doute sur l'autorité de ses propres arrêts sur les juges du fond »⁹⁴⁸, faisant finalement apparaître, à la différence de la Cour de cassation, « une approche assez décomplexée de l'autorité obligatoire de ses précédents »⁹⁴⁹. Considérant et présentant son précédent *Béziers I* comme une règle suivie « à bon droit » par la cour administrative d'appel, le Conseil d'État en fait, presque explicitement, une disposition officiellement sanctionnée, dont le non-respect peut entraîner une cassation.

303. La crainte de la cassation comme facteur de respect des précédents. Même si le non-respect des précédents est plus ou moins officiellement présenté comme un motif de cassation, il ne constitue cependant pas, juridiquement, un cas d'ouverture à cassation. Théoriquement, les juges du fond ne sont pas liés par les précédents mais par les dispositions normatives formellement reconnues par le système juridique. Le rapport au précédent n'est donc pas un rapport d'*obligation* mais un rapport de *contrainte*. Cette contrainte résulte de la situation selon laquelle le non-respect d'un précédent entraîne, *de fait*, une censure de la décision du juge du fond en cassation, sauf hypothèse de revirement décidé par la cour souveraine. C'est donc bien la crainte causée par la certitude de cette censure qui constitue l'élément le plus probant d'une application contrainte des précédents par les juges du fond.

304. Le recours à l'avis contentieux pour limiter les pourvois. Les lois du 31 décembre 1987⁹⁵⁰ et du 15 mai 1991⁹⁵¹, formulées quasiment dans les mêmes termes, instituent des procédures de saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation, avis

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, art. 12 : « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai ».

⁹⁵¹ Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation, art. 1^{er} : « avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans le délai de trois mois de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à l'avis de la Cour de cassation ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai ci-dessus mentionné. Toutefois, les mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. Il est communiqué aux parties ».

généralement qualifiés de « contentieux »⁹⁵², qu'il faudrait plutôt appeler, en rigueur de termes, des avis « préalables à une décision juridictionnelle »⁹⁵³. En effet, ces avis ont pour objectif de permettre aux juges, avant de se prononcer sur le fond des requêtes, de saisir, pour avis, la cour souveraine d'une « question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges ». Ces procédures, introduites dès la fin des années 1980 avaient notamment pour objectif d'apporter une solution à l'augmentation du nombre de pourvois devant les cours souveraines. Cette augmentation est elle-même causée mathématiquement par une juridictionnalisation croissante, un accès à la justice facilité pour les justiciables ainsi qu'une augmentation corrélative du nombre de recours devant les juges du fond. Comme le note Y. Gaudemet, « la fonction de l'avis contentieux est largement une fonction de prévention du contentieux, au moins de discipline et de restriction de celui-ci »⁹⁵⁴. En invitant la cour souveraine à se prononcer sur une question de droit nouvelle, se posant dans de nombreux contentieux, cette procédure de saisine pour avis permet à la cour souveraine d'élaborer des normes générales en dehors de toute cassation, et fournit ainsi une position de principe aux juges du fond pour l'ensemble des affaires dans lesquelles cette question est soulevée. Par ce moyen, « les juges du fond auront naturellement tendance à s'aligner sur la position de la Haute Juridiction, avant que les pourvois commencent à essaimer »⁹⁵⁵. Dès les premiers mois ayant suivi l'instauration de ce mécanisme, F. Zenati a émis l'hypothèse selon laquelle « la procédure d'avis peut, en ce qu'elle dissocie les fonctions normatives et répressives des Cours suprêmes, constituer une solution d'avenir qui diminuera le nombre de pourvois et résorbera leur rôle »⁹⁵⁶. L'auteur ajoute cependant que l'« on ne pourra faire l'économie de la cassation », de sorte que « l'avis n'annonce pas la fin de la cassation mais son retour au statut de voie d'exception »⁹⁵⁷.

⁹⁵² Sur ces avis, v. not : A. ASHWORTH, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *op. cit.* ; A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *op. cit.* ; L. CADIET, « L'attribution à la Cour de cassation d'une fonction consultative », *op. cit.* ; F. ZENATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *op. cit.* ; H.-M. DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *op. cit.* ; F. BRENET, A. CLAEYS, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence du droit positif », *op. cit.* ; Y. GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *Rev. adm.* 1999, n° spéc., p. 95 ; D. POUYAUD, « Les avis contentieux du Conseil d'État et de la Cour de cassation », in. *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 327.

⁹⁵³ H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État », *op. cit.*

⁹⁵⁴ Y. GAUDEMET, « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 97.

⁹⁵⁵ H.-M. DARNANVILLE, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *op. cit.*

⁹⁵⁶ F. ZENATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *op. cit.*

⁹⁵⁷ *Ibid.*

Une telle évolution ne s'est cependant pas produite, notamment car la procédure d'avis demeure exceptionnelle et est soumise à de strictes conditions. Les questions de droit nouvelles se posant dans de nombreux contentieux demeurent assez rares, en comparaison de l'ensemble des litiges dont les juges sont saisis quotidiennement. Cependant, pour les cas dans lesquels la cour est appelée à se prononcer, il s'agit évidemment d'un accroissement de son pouvoir normatif et d'une acceptation, par les juges du fond, de ce pouvoir.

L'autorité précédentielle des cours souveraines est ainsi assurée par le recours en cassation et appuyée, par extension, par la procédure d'avis contentieux. Cette autorité n'est cependant pas absolue et rencontre une limite importante : le pouvoir d'appréciation souveraine des juges du fond.

3) La limite à l'autorité précédentielle des cours souveraines : le pouvoir d'appréciation souveraine des juges du fond

305.Principe. Le pouvoir d'appréciation souveraine des juges du fond signifie que ces derniers apprécient souverainement la matérialité et l'exactitude des faits litigieux⁹⁵⁸. Cette souveraineté implique nécessairement que la cour souveraine est incompétente « pour apprécier les preuves et réviser les constatations de fait de l'arrêt attaqué »⁹⁵⁹. « Envisagée positivement », cette appréciation souveraine « constitue moins l'objet d'un pouvoir que celui d'une fonction spécifique. Les juges du fond ont l'obligation d'examiner les faits allégués par les parties, de prendre en considération ceux qui sont dans le débat, au besoin en invitant les parties à fournir les explications de fait qu'ils estiment nécessaires à la solution du litige et de les apprécier »⁹⁶⁰. La cour souveraine exclut donc tout contrôle sur la qualification des faits par les juges du fond, ce qui constitue un tempérament important à la soumission de ces derniers à la cour souveraine. En effet, se placer sous l'autorité d'un précédent implique qu'un cadre factuel déterminé soit constaté et entre dans le champ exact de ce précédent. En outre, les décisions adoptées par les cours souveraines dans le cadre de la procédure de cassation le sont sur la base de ces

⁹⁵⁸ V. not. : C. ATIAS, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, p. 744 ; X. BACHELLIER, « Le pouvoir souverain des juges du fond », *BICC* 15 mai 2009, n° 702 ; C. CHARRUAULT, « La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits », *BICC* 15 mai 2009, n° 702 ; J. BUFFET, « Le contrôle de la Cour de cassation et le pouvoir souverain », in. *L'image doctrinale de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 113.

⁹⁵⁹ J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, § 291.

⁹⁶⁰ C. ATIAS, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *op. cit.*

appréciations souveraines. Les juges du fond jouent un rôle certain, à ce titre, dans la construction des précédents et peuvent, dans le cas de situations relativement indéterminées, échapper à l'autorité d'un précédent par une appréciation particulière des faits, sans que cela ne fasse l'objet d'un contrôle de la cour souveraine.

306.Limites. L'appréciation souveraine des situations de fait par les juges du fond rencontre cependant un certain nombre de limites, lorsque la cour souveraine décide de contrôler cette appréciation. Cela s'explique par le fait que si l'appréciation des juges du fond est souveraine, elle « n'est pas absolument libre » et « doit se faire dans le respect des règles de preuve que la loi a posées »⁹⁶¹. J. Boré et L. Boré rappellent sur ce point que lorsque la Cour de cassation « s'attache à faire observer ces règles », elle le fait « sans sortir de son rôle de juge du droit »⁹⁶². Les juges du fond ont également l'obligation de faire connaître clairement les constatations de fait opérées, car « le principe même qui veut que le juge de cassation prenne pour base de son contrôle les constatations souveraines des juges du fond suppose qu'il puisse connaître le fait, c'est-à-dire que la décision attaquée contienne effectivement les constatations attendues »⁹⁶³. Cela justifie le contrôle opérée par la Cour de cassation sur les motifs de fait. De la même manière, le Conseil d'État opère un contrôle de l'exactitude matérielle des faits⁹⁶⁴, de la qualification juridique des faits ainsi que de la dénaturation⁹⁶⁵.

Au-delà de l'appréciation souveraine des faits, les juges du fond peuvent s'opposer frontalement à un précédent applicable à l'espèce. Il s'agit des hypothèses de résistance des juges du fond.

§ 2 – *Les hypothèses de résistance des juges du fond*

En *common law*, il existe la pratique de l'*overruling*, par laquelle les juges décident de ne pas suivre un précédent pourtant applicable en l'espèce et lui préfèrent une autre norme générale de jugement qu'ils estiment plus légitime, plus juste ou plus conforme au droit applicable.

⁹⁶¹ J. BORE, L. BORE, « Pourvoi en cassation », *op. cit.*, § 289.

⁹⁶² *Ibid.*

⁹⁶³ *Ibid.*

⁹⁶⁴ J. H. STAHL, « Recours en cassation », *op. cit.*, § 108.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, § 112 et s.

Même si une telle pratique n'existe pas de façon aussi formalisée en France, l'idée d'une résistance des juges du fond à une position de la cour souveraine s'en rapproche assez nettement. Cette attitude de résistance des juges du fond apparaît spécifique à l'ordre judiciaire (A), les magistrats administratifs étant davantage dans une logique de « discipline contentieuse » que leurs homologues judiciaires (B).

A – Les résistances des juges du fond : une hypothèse spécifique à l'ordre judiciaire

307. Définition. L'expression de « résistance des juges du fond » renvoie à un phénomène qui « traduit, de la part des juges du fait, le refus d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation, au risque de voir censurer leurs arrêts »⁹⁶⁶. Cette résistance « peut provenir soit de la cour d'appel de renvoi, soit de manière plus généralisée, d'un ensemble de juridictions du fond »⁹⁶⁷. Les juges du fond, estimant le précédent comme illégitime, inapplicable, inadapté, injuste, etc., décident de trancher les litiges dans lesquels il trouve à s'appliquer, non selon ce précédent, mais selon leur propre norme générale de jugement qu'ils substituent à celle de la cour souveraine. Cette opposition est généralement justifiée par le fait que les juges du fond, étant confrontés à l'application concrète des normes générales dans les litiges qui leur sont soumis, disposent d'une connaissance plus exacte et fidèle à la fois des besoins et nécessités de la société mais aussi des difficultés que posent l'application de telle ou telle disposition législative ou précédent. Dans cette optique, il apparaît « assez naturel (...) que les juges du fond, plus proche du corps social, et plus directement sensibilisés par les éléments de fait, soit un révélateur privilégié »⁹⁶⁸ des besoins sociaux et des nécessités d'adaptation du droit applicable.

308. Typologie des résistances. Le phénomène de résistance des juges du fond à des précédents de la cour souveraine est loin d'être monolithique et son étude fait apparaître une

⁹⁶⁶ D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, *op. cit.*, p. 198.

⁹⁶⁷ *Ibid.* pp. 197-198.

⁹⁶⁸ J.-L. AUBERT, « La résistance des juges du fond », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 183 ; v. également, dans le même ouvrage : O. DE BOUILLANE DE LACOSTE, « La résistance des juges du fond », in *L'image doctrinale...*, *op. cit.*, p. 187 ; A. ORIOL, « La résistance des juges du fond », in *L'image doctrinale...*, *op. cit.*, p. 191.

réalité plutôt disparate. En effet, « pour significative qu'elle soit, cette référence est fortement réductrice, simplificatrice » et « derrière elle se cachent en réalité d'innombrables nuances »⁹⁶⁹. Ces nuances ont pu faire l'objet d'un certain nombre de tentatives de systématisation. Le doyen J.-L. Aubert évoque cette « diversité des formes » de résistance : « cela va de la *résistance respectueuse*, qui s'incline devant la doctrine de la haute juridiction tout en indiquant qu'il y aurait de sérieuses raisons de décider autrement, jusqu'à la *résistance insolente* qui affiche une volonté délibérée de défier l'autorité de la Cour de cassation en statuant vertement contre sa doctrine »⁹⁷⁰. L'auteur fait également mention des résistances « discrètes ou indirectes », de celles « affichées, voire tonitruantes » ou encore « sporadiques ou généralisées »⁹⁷¹. Il retient finalement comme classification principale de son étude la distinction entre des résistances « *légitimes* », qui « s'inscrivent naturellement dans le processus d'élaboration de la jurisprudence », et des résistances davantage « *suspectes* qui, au contraire, ne sont pas nécessaires à celui-ci »⁹⁷². Dans sa thèse, D. Lanzara retient comme principale distinction celle entre les résistances « discrètes »⁹⁷³ et les résistances « affichées »⁹⁷⁴. Cette distinction met ainsi l'accent sur « le degré d'intensité de la résistance, puisque c'est ainsi que l'on peut mesurer la force que les juges du fond emploient à tenter de limiter le pouvoir de la Cour de cassation »⁹⁷⁵. Nous souscrivons, dans le cadre de cette analyse, à cette prise de position, en ce qu'elle est portée par un critère plus objectif que, par exemple, le caractère plus ou moins « légitime » de la résistance. L'auteur précise que ces résistances « discrètes et indirectes », s'appuyant par exemple des circonstances factuelles particulières justifiant une dérogation ponctuelle à l'égard du précédent, sont généralement tolérées par la Cour de cassation, dès lors qu'elles « ne remettent en cause ni son autorité doctrinale, ni l'apparente cohérence de sa jurisprudence »⁹⁷⁶.

⁹⁶⁹ J.-L. AUBERT, « La résistance des juges du fond », *op. cit.*, p. 181 ; v. également, du même auteur : « Pour des rebellions constructives », *RTD civ.* 1992, p. 338.

⁹⁷⁰ J.-L. AUBERT, « La résistance des juges du fond », *op. cit.*

⁹⁷¹ *Ibid.*

⁹⁷² *Ibid.*, p. 182.

⁹⁷³ D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, *op. cit.*, p. 199.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 202.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, p. 199.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, p. 202.

309.Exemple – la résistance « affichée » à l’arrêt *Desmares*. Plus révélatrice d’un « conflit ouvert »⁹⁷⁷ est en revanche l’hypothèse de la résistance affichée. L’un des exemples les plus connus de résistance en ce sens réside dans la « fronde » des juges du fond à l’encontre de l’arrêt *Desmares*⁹⁷⁸, par lequel la Cour de cassation, par un « arrêt de provocation »⁹⁷⁹, est revenue sur une jurisprudence établie depuis les années 1920 en matière de partage et d’exonération de responsabilité du fait des choses. En vertu de cette jurisprudence établie, la Cour de cassation décidait de façon constante que « le gardien qui prouvait la faute de la victime était totalement exonéré de responsabilité, même si cette faute ne présentait pas les caractères de la force majeure »⁹⁸⁰. Par l’arrêt *Desmares*, la Cour de cassation a établi que « seul un évènement constituant un cas de force majeure exonère le gardien de la chose, instrument du dommage, de la responsabilité par lui encourue par application de l'article 1384, alinéa 1, du Code civil ; que, dès lors, le comportement de la victime, s’il n’a pas été pour le gardien imprévisible et irrésistible, ne peut l’en exonérer, même partiellement ». Cette solution provocatrice traduisait la volonté de la Cour de cassation de susciter une intervention législative sur la question. Cette solution a fait l’objet de nombreuses résistances de la part des juges du fond, non seulement des cours d’appel mais aussi des tribunaux de grande instance⁹⁸¹. La situation a par la suite été réglée avec l’entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1985⁹⁸². Cet exemple, particulièrement emblématique, ne constitue pas un cas isolé et l’on retrouve, encore aujourd’hui, un certain

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ Civ. 2^e, 21 juillet 1982, *La Mutualité industrielle, Desmares c. Epoux Charles et autres*, D. 1982, p. 449, concl. Charbonnier, note Larroumet ; JCP 1982.II.19861, note Chabas ; *Defrénois* 1982, p. 1689, obs. Aubert ; RTD civ. 1982, p. 607, obs. Durry.

⁹⁷⁹ Y. LEQUETTE, F. TERRE, H. CAPITANT, F. CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2, op. cit.*, n° 214-216, sp. p. 412.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ André Oriol, président du TGI de Clermont Ferrand au moment de l’arrêt *Desmares*, exprime bien ce mouvement de résistance : « (...) dès la fin de l’été 1982, j’ai réuni les juges de grande instance et d’instance ayant à faire application de l’article 1384 du code civil, afin de rechercher si une position commune pouvait être adoptée face au bouleversement que l’arrêt *Desmares* entraînait dans la responsabilité du fait des choses. Un large consensus s’étant dégagé, aucune des chambres du Tribunal de grande instance, ni aucun tribunal d’instance de son ressort, ne s’est jamais conformé à la doctrine de cet arrêt, que nous avons estimé constituer seulement une provocation à l’intention du législateur » (A. ORIOL, « La résistance des juges du fond », in. *L’image doctrinale de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 194).

⁹⁸² Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l’amélioration de la situation des victimes d’accidents de la circulation et à l’accélération des procédures d’indemnisation. Elle dispose notamment que « les victimes, y compris les conducteurs, ne peuvent se voir opposer la force majeure ou le fait d’un tiers par le conducteur ou le gardien d’un véhicule » terrestre à moteur (art. 2), et que « la faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d’exclure l’indemnisation des dommages qu’il a subis » (art. 4).

nombre de résistances des juges du fond, comme en témoignent de récentes affaires dans les domaines, sensibles, de l'adoption dans le cadre de la « procréation médicalement assistée »⁹⁸³ et de la « gestation pour autrui »⁹⁸⁴.

310. Effets des résistances. La question se pose de savoir si ces résistances des juges du fond aboutissent ou si elles sont généralement vaines. Toute estimation empirique et statistique sur la question paraît relativement périlleuse. Il a notamment été constaté, par le biais d'un « mode de calcul des arrêts, consistant à compter les arrêts de l'Assemblée plénière qui donnent raison aux cours de renvoi »⁹⁸⁵, une augmentation significative de ces derniers, traduisant ainsi une augmentation des résistances aboutissant à une « victoire » des juges du fond. L'auteur rappelle cependant les limites d'un tel calcul, précisant notamment que « les mathématiques ne sont d'aucun secours » pour identifier clairement les cas de « résistances fructueuses » et ceux de « vaines résistances »⁹⁸⁶. En dépit du « destin variable de la résistance des juges du fond »⁹⁸⁷ et de la difficulté d'en systématiser les effets, il reste que ces derniers répondent globalement à un « schéma tripartite (...), selon que la résistance s'évanouit purement et simplement, ou qu'elle vient à être consacrée, soit par la *jurisprudence*, soit par la *loi* »⁹⁸⁸. Parmi les cas de résistances qui finissent par s'évanouir par le ralliement des juges du fond à la position de la Cour, D. Lanzara relève notamment l'affaire *Poussin*, dans laquelle les cours d'appel de Paris⁹⁸⁹ et d'Amiens⁹⁹⁰ s'étaient opposées à la position de la Cour de cassation sur la question de l'erreur dans l'authentification d'une œuvre d'art. Après deux cassations successives, la cour d'appel de Versailles⁹⁹¹ a finalement rejoint la position de la Cour de cassation. Un certain nombre d'exemples illustrent en outre des cas de « victoire (...) remportée à la suite d'une

⁹⁸³ TGI Cahors, 12 juin 2015, RG n° 15/00122. V. également : Th. COUSTET, « PMA (adoption) : un tribunal part en croisade », *Dalloz actualités*, 30 juin 2015.

⁹⁸⁴ CA Paris, Pôle 1, ch. 1, 30 janvier 2018 ; A. Le GOUVELLO, « Adoption *post* GPA : la résistance des juges du fond se confirme », *AJ fam.* 2018, p. 171.

⁹⁸⁵ D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, *op. cit.*, p. 204.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 205.

⁹⁸⁷ J.-L. AUBERT, « La résistance des juges du fond », *op. cit.*, p. 185.

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ CA Paris, 2 février 1976, *D.* 1976, p. 325, concl. Cabanes, *JCP* 1976.II.183558, note Lindon.

⁹⁹⁰ CA Amiens, 1^{er} février 1982, *JCP* 1982.II.19916, note Trigeaud ; *Gaz. Pal.* 1982.1.134, concl. Houpert ; *Defrénois* 1982, p. 675, note Chatelain ; *RTD civ.* 1982, p. 416, obs. Chabas.

⁹⁹¹ CA Versailles, 7 janvier 1987, *D.* 1987, p. 485, note Aubert ; *D.* 1989, p. 23 ; *JCP* 1988.II.21121, note Ghestin.

résistance générale et durable des juges du fond »⁹⁹², dont la position a été validée soit par la Cour de cassation, comme dans le cas de l'arrêt *Blieck*⁹⁹³, soit par le législateur, comme dans le cas de la loi dite *anti-Perruche*⁹⁹⁴.

311. Maintien du pouvoir souverain de la Cour de cassation en dépit des résistances. S'il apparaît que certaines résistances aboutissent à un changement de position de la part de la Cour de cassation, l'on notera que c'est volontairement et toujours souverainement que la Cour leur accorde sa reconnaissance. Il demeure, en outre, de nombreuses résistances qui n'aboutissent jamais, et « nul ne s'offusque, en effet, que la Haute juridiction maintienne sa position en dépit de la résistance des juges du fond »⁹⁹⁵. Ces résistances ne constituent donc nullement une atteinte à la souveraineté de la Cour, ni une contestation de son « monopole précédentiel ». Même si, par ces résistances, les juges du fond peuvent contribuer de façon constructive à l'œuvre précédentielle, en portant à la connaissance de la Cour un certain nombre de difficultés qui se posent dans l'application concrète du droit et en lui suggérant des adaptations et des évolutions, « il n'y a là qu'un signal dont la Cour peut tenir compte si elle le souhaite ou qu'elle peut valablement ignorer »⁹⁹⁶. Comme le souligne d'ailleurs D. Lanzara, le succès de la résistance « ne dépend nullement de l'intensité avec laquelle elle est exercée. Générale et durable, elle peut échouer. Isolée et brève, elle peut réussir »⁹⁹⁷. Ce constat relativise finalement la portée des résistances, qui ne trouveront de concrétisation que si la Cour en prend prétexte pour modifier souverainement sa position.

⁹⁹² D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, *op. cit.*, p. 205.

⁹⁹³ Ass. Plén., 29 mars 1991, *Blieck*, D. 1991, p. 324, note Larroumet, somm. p. 324, obs. Aubert ; JCP 1991.II.21673, concl. Dontenville, note Ghestin ; *Gaz. Pal.* 1992.2.513, obs. Chabas ; *RTD civ.* 1991, p. 541, obs. Jourdain.

⁹⁹⁴ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

⁹⁹⁵ D. LANZARA, *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, *op. cit.*, p. 198.

⁹⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 209.

B – Les juges du fond de l'ordre administratif : une participation à l'élaboration des précédents davantage qu'une résistance

312. Une « discipline contentieuse » plus marquée. Il existe, au sein de la juridiction administrative, davantage que dans l'ordre judiciaire, une forte « discipline contentieuse »⁹⁹⁸, traduisant, chez les magistrats administratifs, un « attachement très fort à la cohérence de la position jurisprudentielle, reflet sans doute de leur formation d'administrateurs »⁹⁹⁹. Cette tradition de discipline contentieuse au sein de l'ordre administratif se manifeste par une application plus systématique des précédents du Conseil d'État, que D. Labetoulle exprime en ces termes évocateurs : « Se référer à la jurisprudence, la respecter, l'appliquer : voilà une bonne part du discours de la méthode du juge administratif, sa discipline, son ascèse »¹⁰⁰⁰. De cette spécificité de l'ordre juridictionnel administratif découle une absence de résistance à l'égard de la position de la cour souveraine. Il n'y a pas, en effet, de phénomènes de résistance des juges administratifs du fond analogues à ceux observables au sein de l'ordre judiciaire, excepté peut-être la résistance opposée à l'arrêt *Société Intercopie*¹⁰⁰¹, ainsi que l'a notamment rappelé D. Chabanol¹⁰⁰².

313. La participation à l'élaboration des précédents. En dépit de la grande discipline précédentielle des juges administratifs du fond, il peut cependant arriver que des divergences vis-à-vis de la position du Conseil d'État apparaissent dans leurs solutions. Dans ces mouvements, « les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ne sauraient toutefois jouer un rôle identique (...), car les secondes se montrent généralement plus audacieuses et plus enclines à s'écarter de la jurisprudence établie que les premiers »¹⁰⁰³. À la différence des juges judiciaires, ces divergences ne semblent toutefois pas s'inscrire dans un rapport de force avec la cour souveraine, mais constituent davantage la marque d'une

⁹⁹⁸ D. CHABANOL, « La prévention des divergences de jurisprudence au sein de la juridiction administrative », in. P. Ancel, M.-C. Rivier (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 179.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ D. LABETOULLE, « Le juge administratif et la jurisprudence », *Rev. adm.* 1999, numéro spécial n° 5, p. 62.

¹⁰⁰¹ CE, sect., 20 février 1953, *Société Intercopie*, *Rec.*, p. 88 ; *S.* 1953.3.77.

¹⁰⁰² D. CHABANOL, « La prévention des divergences de jurisprudence au sein de la juridiction administrative », *op. cit.*

¹⁰⁰³ Ch. PROS-PHALIPPON, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 442

suggestion de revirement ou d'évolution dans la jurisprudence de celle-ci. Si, de ce point de vue, « il n'incombe pas au seul Conseil d'État d'œuvrer à l'évolution de la jurisprudence »¹⁰⁰⁴, les juges du fond peuvent ainsi faire preuve d'une certaine « attitude d'initiative jurisprudentielle »¹⁰⁰⁵. La nuance avec l'ordre judiciaire est assez notable et réside précisément dans ce rapport à la divergence, qui ne constitue pas une « rébellion » ou une « résistance » mais bien davantage une proposition, une suggestion, que le Conseil d'État est libre d'accueillir ou non¹⁰⁰⁶. Dans cette perspective, si le Conseil d'État décide de ne pas suivre la suggestion des juges du fond, ceux-ci se rangent immédiatement derrière sa position et n'entrent pas en résistance organisée dans le but de le faire fléchir. Outre l'hypothèse d'une divergence avec une position existante, les juges du fond peuvent également être à l'origine d'un précédent dans un domaine encore non spécifiquement traité par la cour souveraine.

314. Mention dans le rapport annuel. Le rapport annuel d'activité de la juridiction administrative témoigne de cette prise en compte des positions des juges du fond. Une partie est en effet consacrée à l' « analyse d'une sélection d'arrêts des cours administratives d'appel et de jugements des tribunaux administratifs ». En tête de cette rubrique, les rédacteurs posent toutefois l'avertissement suivant : « la présente rubrique présente un choix de décisions émanant des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs (...) opéré parmi la sélection effectuée par les chefs des juridictions eux-mêmes, en fonction de l'intérêt que ces décisions étaient susceptibles de présenter (...), que ce soit du point de vue de leur importance économique, politique ou médiatique, ou qu'il s'agisse de la mise en œuvre d'une législation ou d'une question de droit nouvelles »¹⁰⁰⁷. La sélection opérée par les chefs de juridiction, ainsi que les choix du Conseil d'État parmi cette sélection, témoignent de cette prise en compte des solutions des juges du fond et de l'intérêt que certaines peuvent avoir pour l'évolution du droit applicable au sein de l'ordre juridictionnel administratif. Ces mentions doivent cependant être utilisées avec précaution, les rédacteurs prenant soin de rappeler que « ce choix ne saurait préjuger du caractère définitif de ces décisions (...), ni de la confirmation par le Conseil d'État

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁰⁵ D. LABETOULLE, « Le juge administratif et la jurisprudence », *op. cit.*, p. 61.

¹⁰⁰⁶ Sur la réception de ces propositions par le Conseil d'État, v. les exemples fournis par Ch. PROS-PHALIPPON, *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 443-447.

¹⁰⁰⁷ *Rapport public 2018, activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2017*, p. 141 (<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/184000286.pdf>).

de la solution qu'elles retiennent »¹⁰⁰⁸. De nombreuses décisions du fond présentant un intérêt jurisprudentiel sont dès lors citées. Le rapport public de l'année 2018 contient plusieurs exemples significatifs, comme par exemple : une décision du tribunal administratif de Strasbourg du 13 juillet 2017¹⁰⁰⁹, concernant la contestation de la décision de refus d'une soutenance de thèse ainsi que la « décision de mettre fin au "parcours doctoral" du requérant » manifestée par un refus de réinscription de la part du directeur de thèse ; une décision de la cour administrative d'appel de Nantes du 15 mai 2017¹⁰¹⁰, statuant au titre d'une compétence spéciale en premier et dernier ressort¹⁰¹¹, jugeant que « l'implantation et l'exploitation de quatre-vingt aérogénérateurs » en pleine mer n'est « pas susceptible de porter atteinte aux intérêts d'une gestion équilibrée de la ressource en eau ».

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ TA Strasbourg, 13 juillet 2017, *M. C.*, n° 1700042.

¹⁰¹⁰ CAA Nantes, 15 mai 2017, *Association Prosimar et autres*, n° 16NT02321.

¹⁰¹¹ Art. R. 311-4 du code de justice administrative : « La cour administrative d'appel de Nantes est compétente pour connaître, en premier et dernier ressort, des litiges portant sur les décisions suivantes, relatives aux installations de production d'énergie renouvelable en mer et leurs ouvrages connexes ».

CONCLUSION DU CHAPITRE I

315. Produit des institutions légalistes engendrées par la Révolution, le précédent en France reçoit une application similaire à celle de la loi. Dans la mesure où il est conçu comme une norme générale et abstraite d'une nature analogue à la loi, il est compréhensible qu'il reçoive une application en conséquence. Si l'application demeure, dans le principe, la même pour les cours souveraines et les juges du fond, la différence se situe dans la faculté, pour les premières, d'abandonner un précédent pour en adopter un nouveau, faculté dont ne disposent pas les seconds. Les juges du fond ne peuvent qu'appliquer un précédent ou, s'ils le refusent, entrer en « résistance ». Ils peuvent, indirectement, contribuer à l'avènement d'un revirement, mais le pouvoir souverain et l'office précédentiel revient toujours, en dernière instance, à la cour souveraine.

CHAPITRE II : LE CARACTERE LEGISLATIF DU RAISONNEMENT PRECEDENTIEL FRANÇAIS

316. Précisions. Parler du caractère législatif du raisonnement précédentiel est tout à la fois obscur et contradictoire. Obscur, car l'on ne perçoit pas immédiatement quelle réalité se cache derrière l'expression « raisonnement précédentiel ». Contradictoire, car s'il peut être admis que le raisonnement précédentiel consiste à raisonner à partir des précédents, son caractère « législatif » semble en revanche poser problème et appeler une définition. Premièrement, le raisonnement précédentiel peut se définir comme le raisonnement mobilisé par le juge qui applique un précédent. Étudier un raisonnement et les mécanismes cognitifs à l'œuvre relève bien davantage de la logique formelle que de la matière juridique. Cela revient à décortiquer et expliquer des rapports d'inférence logiques, activité à laquelle la science du droit semble plutôt hermétique. L'inférence peut se définir comme « (t)oute opération par laquelle on admet une proposition dont la vérité n'est pas connue directement, en vertu de sa liaison avec d'autres propositions déjà tenues pour vraie. Cette liaison peut être telle que la proposition inférée soit jugée nécessaire, ou seulement vraisemblable »¹⁰¹². Suivant cette définition, « (i)nférence est ainsi le terme le plus général, dont *raisonnement, déduction, induction*, etc. sont des cas spéciaux »¹⁰¹³. Le raisonnement précédentiel consiste donc dans l'opération intellectuelle par laquelle les juges identifient un précédent applicable vis-à-vis du litige qui leur est soumis, lui appliquent la règle issue de ce précédent et en tirent une conclusion particulière. Deuxièmement, évoquer le caractère « législatif » du raisonnement précédentiel français consiste à défendre la position selon laquelle, lorsque les juges raisonnent en droit à partir des précédents, il n'existe aucune différence de nature entre ce raisonnement et celui mis en œuvre pour appliquer les normes formelles écrites du système, à savoir essentiellement la constitution, la loi et les actes réglementaires. Le terme « législatif » doit donc être compris selon une acception générique.

317. Plan. Lorsqu'il est fait mention du raisonnement précédentiel en *common law*, on précise généralement qu'il s'agit d'un raisonnement qui procède par l'établissement d'analogies entre différents cas et que l'identification du précédent se fait essentiellement selon un

¹⁰¹² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, « Quadrige », 3^e éd., 2010, p. 510.

¹⁰¹³ *Ibid.*

raisonnement inductif, qui part des faits pour « monter » vers la règle. Si ces deux affirmations mériteraient, pour le *common law*, de sérieuses relativisations, elles doivent en tout état de cause être rejetées pour le cas français. La dimension législative du raisonnement précédentiel français emporte deux conséquences principales : il s'agit, d'une part, d'un raisonnement faiblement analogique (**Section 1**) et, d'autre part, d'un raisonnement essentiellement déductif (**Section 2**).

SECTION 1. UN RAISONNEMENT PRECEDENTIEL FAIBLEMENT ANALOGIQUE

L'analogie est très souvent associée à la réflexion théorique et pratique autour de la question du précédent, si bien que ces notions semblent parfois proprement indissociables. Il convient, à cet égard, de revenir sur une définition générale de ce que l'on entend par « raisonnement par analogie » (§ 1) avant de pouvoir exposer l'influence de ce mode de raisonnement sur le raisonnement précédentiel (§ 2).

§ 1 – Définition du raisonnement par analogie

Afin de saisir l'importance de l'analogie dans ses liens avec le raisonnement précédentiel, il convient de présenter d'abord une approche philosophique générale de l'analogie (A), puis de l'évoquer ensuite dans sa dimension proprement juridique (B).

A – Identification du raisonnement par analogie au sens général

318. Définitions. L'analogie recouvre diverses définitions, selon l'époque et le champ de connaissance dans lequel elle est mobilisée. Le *Vocabulaire* de A. Lalande la définit notamment, dans son « sens primitif et propre », comme une « identité du rapport qui unit deux à deux les termes de deux ou plusieurs couples. Spécialement, et par excellence, (une) proportion mathématique »¹⁰¹⁴. Ce rapport mathématique est généralement synthétisé dans la formule « A est à B ce que C est à D »¹⁰¹⁵. Le *Lalande* en retient en outre un « sens courant et vague », d'après lequel l'analogie correspond à une « ressemblance plus ou moins lointaine, particulièrement entre choses qui ne se ressemblent pas dans leur aspect général, et qui peuvent être subsumées sous un même concept »¹⁰¹⁶. Le *Littré* fait également référence à la notion de

¹⁰¹⁴ « Analogie » in. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 51.

¹⁰¹⁵ « Analogie » in. A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 11.

¹⁰¹⁶ « Analogie » in. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit.

« rapport, similitude entre plusieurs choses différentes » ainsi que, dans un sens plus philosophique, au « procédé de l'esprit qui s'élève, par l'observation des rapports, à la raison de ces rapports ».

319. Fondements philosophiques. Dans sa thèse sur *Les origines de l'analogie philosophique dans les dialogues de Platon*, P. Grenet relève « trois éléments que doit impliquer une analogie pour être rigoureuse. Outre la *ressemblance mêlée de dissemblance* qui est déjà reconnue dans l'analogie courante et vague, elle requiert, de plus, *l'appartenance* de ses deux termes à deux ordres de réalité hétérogènes » et doit, enfin, « consister non pas dans un simple rapport de ressemblance, mais dans une *ressemblance de rapports*, c'est-à-dire être, non une similitude brute de qualités ou de choses, mais une similitude relationnelle ou proportionnelle »¹⁰¹⁷. Par la mention à la « ressemblance de rapports », P. Grenet paraphrase M. Cazals, répondant à Mgr Solages, concluant en outre que « le type le plus pur de l'analogie se trouve dans une *proportion mathématique* »¹⁰¹⁸. Le rapport analogique semble, en effet, employé à l'origine pour désigner un rapport de type mathématique. Analysant le recours à l'analogie dans la pensée d'Aristote, M. Dorolle rappelle que celle-ci est d'abord présentée comme « une égalité de rapports au sens mathématique »¹⁰¹⁹, ajoutant plus précisément que « la forme première de l'analogie, pour Aristote, (est) dans la proportion géométrique »¹⁰²⁰. Cette approche mathématique de l'analogie, que l'on retrouve en réalité déjà à l'époque présocratique, notamment chez Héraclite et Empédocle¹⁰²¹, sera par la suite étendue à d'autres domaines de connaissance, chez Platon puis Aristote. C'est ainsi que l'on voit « cette idée de proportion s'appliquer à l'expression de faits psychobiologiques, et à des notions morales »¹⁰²², comme en témoigne par exemple la conception de la justice distributive, développée par Aristote dans le cinquième livre de l'*Ethique à Nicomaque*.

¹⁰¹⁷ P. GRENET, *Les origines de l'analogie philosophique dans les dialogues de Platon*, Paris, Editions contemporaines Boivin & Cie, 1948, p. 11.

¹⁰¹⁸ B. de SOLAGES, *Dialogues sur l'analogie à la Société toulousaine de philosophie*, Paris, Aubier, Editions Montaigne, 1946, p. 15, cité par P. GRENET dans *Les origines de l'analogie philosophique dans les dialogues de Platon*, *op. cit.*, p. 10 : « Ce qui fait l'originalité de l'analogie et ce qui la distingue d'une identité partielle, c'est-à-dire de la notion un peu banale de ressemblance, c'est qu'au lieu d'être un rapport de ressemblance, elle est une ressemblance de rapport. Et ce n'est pas là un simple jeu de mots, le type le plus pur de l'analogie se trouve dans une *proportion mathématique* ».

¹⁰¹⁹ M. DOROLLE, *Le raisonnement par analogie*, Paris, PUF, 1949, p. 1.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 4.

¹⁰²¹ P. GRENET, *op. cit.*, pp. 109-116.

¹⁰²² M. DOROLLE, *Le raisonnement par analogie*, *op. cit.*, p. 6.

320. Double fonction : heuristique et rhétorique. L'analogie dispose à la fois d'une fonction heuristique et d'une fonction rhétorique, sans que ces deux aspects soient nécessairement exclusifs l'un de l'autre. Premièrement, « les analogies sont largement reconnues comme remplissant un rôle heuristique important, en tant qu'aides à la découverte scientifique »¹⁰²³. S'il est reconnu à l'analogie un intérêt réel en tant qu'« instrument d'invention des hypothèses »¹⁰²⁴, on lui a, en revanche, « dénié toute valeur probante »¹⁰²⁵. La difficulté provient en effet de l'impossibilité pratique de vérifier par l'expérience les conclusions d'une analogie. Il s'agirait donc d'un mode assez faible de connaissance du réel, qui permettrait de dégager une tendance ou d'émettre une hypothèse générale, tout en devant, d'un point de vue logique, être confirmé par un raisonnement à conclusion certaine. Ainsi, « on admet, plus ou moins explicitement, que l'analogie fait partie d'une série, identité-ressemblance-analogie, dont elle constitue l'échelon le moins significatif. Sa seule valeur serait de permettre la formulation d'une hypothèse à vérifier par induction »¹⁰²⁶. Deuxièmement, l'analogie dispose d'une fonction éminemment rhétorique, l'argument analogique permettant en ce sens de soutenir une conclusion particulière et disposant, en définitive, d'une valeur probante. Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca précisent d'ailleurs, au sujet de l'analogie, que « toute étude d'ensemble de l'argumentation doit (...) lui faire place en tant qu'élément de preuve »¹⁰²⁷.

Ce caractère rhétorique et probant de l'argument analogique est ce qui explique, en grande partie, son succès dans le domaine juridique.

B – Identification du raisonnement par analogie en droit

Si l'analogie est une notion régulièrement mobilisée dans la sphère juridique, spécialement en ce qui concerne la question des précédents (1°), il convient toutefois de ne pas assimiler purement et simplement analogie et précédent, et de les dissocier clairement (2°).

¹⁰²³ P. BARTHA, « Analogy and Analogical Reasoning », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2019 Edition), E. N. ZALTA (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/reasoning-analogy/>.

¹⁰²⁴ Ch. PERELMAN, *Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999, p. 129.

¹⁰²⁵ *Ibid.*

¹⁰²⁶ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 6^e éd., 2008, p. 500.

¹⁰²⁷ *Ibid.*

1) Le recours à l'analogie dans le domaine juridique

321. Raisonement analogique et justice formelle. Selon Ch. Perelman, « raisonner *a simili* ou par analogie » dans le cadre de la matière juridique, revient à considérer que, « une proposition juridique étant donnée, qui affirme une obligation juridique relative à un sujet ou à une classe de sujets, cette même obligation existe à l'égard de tout autre sujet ou classe de sujets, ayant avec le premier sujet (ou classe de sujets) une analogie suffisante pour que la raison qui a déterminé la règle à l'égard du premier sujet (ou classe de sujets) soit valable à l'égard du deuxième sujet (ou classe de sujets) »¹⁰²⁸. De ce point de vue, le raisonnement par analogie constitue un moyen permettant de garantir le principe d'égalité juridique formelle des destinataires d'une norme générale. Il apparaît ainsi, de prime abord, comme un élément essentiel du raisonnement juridique. Un lien peut, en outre, être établi avec la « règle de justice » de Perelman, qui « exige que soient traités de la même façon (les êtres) qui sont essentiellement semblables »¹⁰²⁹. Cette règle de justice, précise Perelman, doit être entendue dans une acception formelle, « parce qu'elle ne nous dit pas *quand* les êtres sont essentiellement semblables ni *comment* il faut les traiter »¹⁰³⁰. Le fait de déterminer en quoi certains sujets sont « essentiellement » semblables, c'est-à-dire quels sont les points pertinents de leur identité qui permet de les penser ensemble, est particulièrement mis en lumière par le raisonnement analogique.

322. Raisonement analogique et précédent. Le raisonnement par analogie est mobilisé dans de très nombreuses disciplines scientifiques, à des fins multiples et selon des degrés divers d'importance, ainsi que par chaque individu dans ses choix et décisions quotidiens. La question se pose de savoir si le recours à l'analogie en droit est spécifique à l'usage qui peut en être fait dans d'autres champs. L'analogie dispose d'un « statut épistémologique particulier dans le domaine juridique »¹⁰³¹, vis-à-vis notamment des « sciences expérimentales » dans lesquelles on « peut faire un contrôle pour indiquer si une analogie peut être validée ». À l'inverse, « en droit l'analogie ne peut être soumise qu'à un contrôle strictement juridique : en effet, l'élément décisif n'est pas la comparaison entre situations ou règles mais

¹⁰²⁸ Ch. PERELMAN, *Logique Juridique. Nouvelles Rhétorique*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁰²⁹ Ch. PERELMAN, « La règle de justice », in. *Ethique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2^e éd., 2012, p. 119.

¹⁰³⁰ *Ibid.*

¹⁰³¹ « Analogie » in. A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 11.

l'évaluation de la "pertinence juridique des similitudes dégagées par cette comparaison" (P. Foriers) »¹⁰³². Le rôle de l'analogie en droit est de justifier une prise de décision dans un cas particulier, lorsque ce cas est identifiable à un autre sur des points présentés comme essentiels. Est ainsi appliquée au cas présent la solution retenue dans le cas antérieur. De ce point de vue, l'analogie joue un rôle éminemment justificatif, et par conséquent rhétorique. Le mécanisme du précédent juridictionnel consiste à étendre la solution retenue pour un premier cas à d'autres cas que l'on considère, sur certains points déterminants, semblables au premier. C'est précisément ce rapprochement sur des éléments pertinents qui permet d'étendre la solution et d'appliquer le précédent. Comme le souligne G. Lamond, « le précédent implique qu'une décision antérieure soit suivie dans les cas ultérieurs car ces cas sont les mêmes. L'analogie implique qu'une décision antérieure soit suivie dans un cas ultérieur, parce que le cas ultérieur est similaire au premier »¹⁰³³.

323. Le raisonnement analogique du juge – vision traditionnelle. Affirmer que le juge qui identifie un précédent applicable procède par analogie interroge sur le processus concret de mise en œuvre de ce raisonnement analogique. Cette réflexion a été notamment menée par E. Levi dans son étude de référence intitulée *An Introduction to Legal Reasoning*¹⁰³⁴, qu'il débute par l'affirmation selon laquelle « le modèle de base du raisonnement juridique est le raisonnement par l'exemple. C'est le raisonnement casuistique »¹⁰³⁵. Rapprochant ce raisonnement casuistique fondé sur l'exemple, qu'il assimile à l'analogie, avec le doctrine du précédent de *common law*, Levi décrit un processus en trois étapes. Premièrement, « la similitude entre deux cas est identifiée ; puis la règle de droit découlant du premier cas est exposée ; enfin, la règle de droit est appliquée au second cas »¹⁰³⁶. Quelque peu schématique, ce modèle de raisonnement a cependant le mérite de mettre en avant la place déterminante de l'analogie dans le raisonnement précédentiel. C'est par l'analogie établie entre les deux cas qu'il devient ensuite possible d'identifier la règle applicable au cas présent. Il faut cependant se prémunir d'une

¹⁰³² *Ibid.*

¹⁰³³ G. LAMOND, « Precedent and Analogy in Legal Reasoning », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>

¹⁰³⁴ E. H. LEVI, « An Introduction to Legal Reasoning », 15 *University of Chicago Law Review* (1948), p. 501 ; étude rééditée en 2013 avec une préface de F. Schauer : E. H. LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, The University of Chicago Press, 2013.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, p. 501 : « The basic pattern of legal reasoning is reasoning by example. It is reasoning from case to case ».

¹⁰³⁶ *Ibid.*, pp. 501-502.

vision caricaturale de ces trois étapes et du raisonnement déployé par le juge. Ainsi que l'a souligné J. Murray, « appliquée de façon littérale, la description de Levi est trop rigide »¹⁰³⁷ et ne traduit pas fidèlement et de façon réaliste le recours à l'analogie par le juge devant appliquer un précédent. Il apparaît que « ces étapes ne sont pas si clairement séparées. Chacune d'elle, spécialement la deuxième, est dépendante des deux autres »¹⁰³⁸. Il reste cependant que l'analogie permet de rapprocher deux espèces en un ou plusieurs points essentiels. Ces points essentiels ne sont rien d'autre que les éléments constitutifs de la *ratio decidendi*, qu'il convient d'appliquer au cas présent. Dans cette perspective, l'analogie remplit un rôle très clair : identifier, par le rapprochement des situations factuelles, la *ratio* applicable au cas présent.

324. Le « défi sceptique ». Perçu par de nombreux auteurs comme « la forme la plus familière du raisonnement juridique »¹⁰³⁹ et comme étant « au cœur du raisonnement, de l'argumentation et de la justification juridiques »¹⁰⁴⁰, le raisonnement par analogie en droit a fait l'objet d'approches et d'explications très différentes. Deux grandes tendances expliquant le recours à l'analogie en droit peuvent être dégagées : la vision traditionnelle et la vision sceptique. La vision traditionnelle du raisonnement analogique est globalement celle présentée par E. Levi et synthétisée par F. Schauer et B. Spellman en ces termes : le juriste « perçoit une similitude entre une situation présentée dans un cas antérieur et la situation en litige dans le cas présent, puis recourt à l'analogie constatée entre les deux cas pour justifier du fait que le cas présent doit être tranché dans le même sens que le cas précédent »¹⁰⁴¹. Selon la vision traditionnelle, l'analogie établie est la cause du choix du précédent, c'est-à-dire du principe de droit issu de la *ratio*, mobilisé dans le cas présent. La critique « sceptique »¹⁰⁴² de cette vision consiste, en résumé, à présenter l'analogie non pas comme une cause mais comme une

¹⁰³⁷ J. R. MURRAY, « The Role of Analogy in Legal Reasoning », 29 *UCLA Law Review* (1982), p. 850.

¹⁰³⁸ *Ibid.*

¹⁰³⁹ C. R. SUNSTEIN, « Commentary on Analogical Reasoning », 106 *Harvard Law Review* (1993), p. 741.

¹⁰⁴⁰ F. SCHAUER, B. A. SPELLMAN, « Analogy, Expertise and Experience », 84 *University of Chicago Law Review* (2017), p. 249.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, pp. 251-252 : « the legal reasoner perceives a relevant similarity between the situation involved in some previous decision and the situation at issue in the instant case, and then uses the analogy between the previous decision and the instant case to argue that the instant case ought to be decided in the same way as the previous one ».

¹⁰⁴² *Ibid.*, pp. 254-258 ; v. également : S. BREWER, « Exemplary Reasoning : Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy », 109 *Harvard Law Review* (1996), pp. 953-954.

conséquence de la règle que le juge souhaite appliquer au litige¹⁰⁴³. Autrement dit, le juge saurait à l'avance quel précédent appliquer, et reconstituerait une analogie *a posteriori* pour justifier son choix¹⁰⁴⁴. Le scepticisme de cette conception réside dans le refus de voir dans l'analogie un élément proprement constitutif du raisonnement du juge, lui permettant de trouver la règle applicable, mais d'y voir davantage la légitimation d'un choix préalable et, bien souvent, dissimulé. Il s'agit de ce que F. Schauer appelle le « défi sceptique »¹⁰⁴⁵, selon lequel « prétendre que c'est l'analogie qui résout le problème – c'est-à-dire que c'est l'analogie elle-même, indépendamment de la règle, qui conduit à ce résultat – masque le fait que le second tribunal choisit en fait la règle qui détermine le niveau de pertinence »¹⁰⁴⁶. En définitive, « ce qui anime les sceptiques est que trop souvent, l'éloge du raisonnement par analogie en droit soit une célébration hypocrite de ce qui ne serait en fait qu'un exercice créatif de la part du second tribunal »¹⁰⁴⁷.

Face à ce défi, il importe de ne pas confondre raisonnement par analogie et application d'un précédent, même si l'on défend la position selon laquelle ces deux notions sont nécessairement et étroitement liées. Opérer et clarifier cette distinction permet d'apporter une nuance à la critique formulée par le courant sceptique.

2) *La distinction entre analogie et précédent*

325. La thèse de F. Schauer. Dans sa *Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, parue dans sa version originale en 2009¹⁰⁴⁸ et traduite en français en 2018 par S. Goltzberg¹⁰⁴⁹, F. Schauer reprend ses grands thèmes de recherche en théorie du droit, portant notamment sur la nature du raisonnement juridique, dans le contexte spécifique de l'analyse et de la critique

¹⁰⁴³ V. en particulier : R. A. POSNER, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

¹⁰⁴⁴ F. SCHAUER, B. A. SPELLMAN, « Analogy, Expertise and Experience », *op. cit.*, p. 255 : « Accordingly, say the skeptics, the determination of the analogy follows from, rather than produces, the underlying substantive rule and its policy justifications ».

¹⁰⁴⁵ F. SCHAUER, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, traduit et présenté par S. Goltzberg, Paris, Dalloz, « Rivages du droit », 2018, p. 99.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 101.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*

¹⁰⁴⁸ F. SCHAUER, *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2009.

¹⁰⁴⁹ F. SCHAUER, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, *op. cit.*

des courants réalistes sceptiques américains. L'un des apports essentiels de sa pensée réside dans une remise en cause de l'assimilation du raisonnement par analogie et du raisonnement à partir des précédents¹⁰⁵⁰. Sa position sur la question peut être synthétisée par l'affirmation selon laquelle, « malgré l'influence de l'analogie dans l'argumentation juridique, le raisonnement par analogie ne s'identifie pas à la contrainte de se soumettre au précédent »¹⁰⁵¹. Dans la conception de F. Schauer, le recours à l'analogie est donc essentiellement rhétorique et fait appel à la liberté de celui qui y recourt. Par conséquent, selon cette approche de l'analogie, « la personne qui en fait usage choisit, parmi plusieurs sources possibles, celle qui sera le plus utile pour la prise de décision, ou pour convaincre une autre personne de la sagesse d'une décision prise antérieurement »¹⁰⁵². Le recours à l'argument analogique impliquerait alors, en droit comme dans les autres champs, une dimension fondamentale de liberté. En effet, celui qui use de l'analogie dispose d'un certain nombre de choix entre plusieurs éléments susceptibles de venir au soutien de sa décision ou de sa démonstration. F. Schauer considère que, par contraste, l'application des précédents ne recouvre pas cette dimension de liberté de choix, de sorte qu'« un précédent ayant force obligatoire aura parfois l'effet, par sa seule autorité, d'empêcher une solution plus avantageuse, dans un cas donné »¹⁰⁵³. Dans cette perspective, « l'usage fait par le droit du précédent diffère dès lors substantiellement de celui du raisonnement par analogie puisque, par ce dernier, une décision antérieure sert à soutenir un argument présent, alors que le précédent aura le pouvoir de s'imposer, même pour écarter une solution plus avantageuse »¹⁰⁵⁴. De façon imagée, F. Schauer identifie ainsi l'analogie à une « amie » et le précédent à un « ennemi »¹⁰⁵⁵, pour celui qui souhaite parvenir à une solution qu'il juge la meilleure. C'est bien la dualité « liberté/contrainte », et la présence ou non d'une liberté de choix, qui dissocie le raisonnement analogique et l'application des précédents dans la pensée de F. Schauer. « Tandis qu'il est évident pour celui qui raisonne par analogie qu'il est libre de

¹⁰⁵⁰ V. également sur ce point spécifique : F. SCHAUER, « Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy », *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, n° 6, nov. 2008, p. 454 ; « Analogy in the Supreme Court : Lozman v. City of Rivera Beach, Florida », *The Supreme Court Review*, vol. 2013, n° 1, 2014, p. 405.

¹⁰⁵¹ F. SCHAUER, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, *op. cit.*, pp. 87-88.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 89.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, p. 90.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, pp. 90-91.

¹⁰⁵⁵ F. SCHAUER, « Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy », *op. cit.*, p. 456.

choisir entre plusieurs sources d'analogie possibles, cette liberté fait défaut lorsqu'il s'agit de la véritable contrainte du précédent »¹⁰⁵⁶. Le recours à l'analogie par les acteurs d'un système juridique aurait donc, dans cette optique, pour fonction d'appuyer une démonstration ou une prise de décision, sans toutefois revêtir de dimension contraignante. Si l'on s'en tient à l'exemple du juge ayant à trancher un litige, le recours à l'analogie constitue ainsi « une source qui l'aidera à avoir une solide argumentation ou la meilleure décision », alors que « quand il s'agit d'un vrai précédent, le juge sera forcé de prendre ce qui, le cas échéant, est à ses yeux une mauvaise décision »¹⁰⁵⁷.

326. Relativisation. La thèse développée par F. Schauer semble plutôt convaincante, dans la mesure où elle établit une distinction nécessaire entre précédent et analogie, notions parfois trop rapidement confondues. Cette distinction est nécessaire dans la mesure où les deux notions concernent des domaines distincts du raisonnement du juge. Tandis que l'analogie consiste dans l'opération intellectuelle de rapprochement de situations factuelles sur certains éléments présentés comme juridiquement pertinents, le fait de suivre un précédent consiste en l'application à une espèce donnée d'une norme générale établie dans une espèce antérieure. Dans cette perspective, « la force d'un argument analogique est différente de celle d'un argument basé sur un précédent », puisque « les analogies ne lient pas »¹⁰⁵⁸, du moins pas comme les précédents obligatoires. Cette conception paraît cependant, à certains égards, trop radicale. En effet, il nous semble que raisonner à partir d'un ou de plusieurs précédents n'implique pas, automatiquement, une absence totale de liberté et ne se traduit pas forcément par la contrainte d'adopter une solution que l'on ne souhaite pas appliquer ou que l'on considère injuste. Puisqu'un précédent constitue une norme générale de jugement pouvant fonder une solution particulière, cette norme générale offre un cadre de significations possibles et laisse alors au juge devant l'appliquer une marge d'interprétation plus ou moins large, comme pour la loi ou la constitution. Aussi le raisonnement à partir des précédents n'implique-t-il pas une situation d'application mécanique et totalement contrainte. L'existence d'un précédent offre un cadre, un point de référence, à partir duquel le juge pourra établir des analogies.

¹⁰⁵⁶ F. SCHAUER, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 94.

¹⁰⁵⁸ G. LAMOND, « Precedent and Analogy in Legal Reasoning », *op. cit.*

327. Raisonement par analogie et détermination du précédent – réciprocité. Le précédent est la norme générale ayant conditionné la solution d'une décision antérieure et qui est mobilisée dans la décision présente. Le raisonnement par analogie consiste à rapprocher deux situations factuelles considérées comme semblables sur certains éléments présentés comme juridiquement pertinents. De ces deux constats découle logiquement un rapport de réciprocité : d'un côté, la norme générale fournit le cadre à l'intérieur duquel les analogies pourront être établies en vue de son applicabilité ; de l'autre, l'analogie permet de rapprocher deux espèces en déterminant le précédent applicable et permet également de préciser et d'enrichir la signification du précédent confronté à de nouvelles espèces. Il apparaît donc nécessaire d'opérer ici une nouvelle distinction entre le fait de raisonner à partir des précédents et le fait d'appliquer un précédent au sens strict, qui sont deux éléments différents. La thèse de F. Schauer laisse supposer que l'argument basé sur un précédent ne serait pas véritablement un argument, dans la mesure où le juge qui en fait mention est dans un rapport de contrainte et doit appliquer le précédent à une situation donnée sans liberté de choix. Il s'agit là, cependant, de la fin du processus, qui conduit le juge à suivre un précédent, lorsqu'il l'a identifié et lui a donné sa signification pour l'espèce concernée. Il y a encore, avant cette étape, un espace de liberté conservé par le juge confronté au précédent, à la fois dans la subsumption des faits et l'interprétation de la règle issue de ce précédent.

328. Norme générale et détermination des ressemblances. Ce qui importe, dans l'analyse des rapports entre précédent et analogie, est le degré de précision avec lequel le précédent fournit les critères permettant d'apprécier les ressemblances et les différences fondamentales entre plusieurs espèces. L'analogie entre deux espèces n'est jamais une identité parfaite, et il peut même s'agir de situations objectivement très différentes sur certains aspects, qui seront pourtant jugées analogues sur d'autres plus inattendus. En effet, comme le rappelle F. Schauer, « n'importe quel cas présent ressemble à un grand nombre d'autres cas pour certaines choses, et en même temps diffère de tous les autres cas pour d'autres choses »¹⁰⁵⁹. Ainsi, dans le cadre de l'analogie, « ce qui distingue les mauvais des bons raisonnements n'est pas le fait que seuls les bons soient basés sur des similitudes, puisque les mauvais le sont également. Les bons arguments semblent plutôt établir des similitudes *pertinentes*, alors que les mauvais font des parallèles qui ne sont juridiquement pas du tout pertinents, même s'il se peut

¹⁰⁵⁹ F. SCHAUER, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, op. cit., p. 95.

qu'ils le soient dans d'autres circonstances »¹⁰⁶⁰. Par ailleurs, comme l'a rappelé H. Kelsen, « étant donné que jamais deux cas ne sont semblables sous tous les rapports, dire que deux cas sont semblables, c'est simplement poser qu'ils coïncident en certains points essentiels » et l'« on ne peut répondre à la question de savoir en quels points ils doivent coïncider pour être considérés comme "semblables" ou "mêmes" que sur la base de la norme générale qui définit le fait en fixant ses éléments essentiels »¹⁰⁶¹.

Les concepts de précédent et d'analogie, bien que nécessairement et étroitement liés, doivent donc être clairement distingués, afin de mieux penser leur relation. Il s'agit d'une relation relativement fondatrice du raisonnement précédentiel de *common law*, qui ne se retrouve pas dans le raisonnement précédentiel français. Cela se comprend à l'étude conjointe de ces deux types de modèle précédentiel et de leur rapport au raisonnement analogique.

§ 2 – Le recours à l'analogie dans le raisonnement précédentiel

329. Deux modèles. Deux modèles singuliers de recours à l'analogie *via* la norme générale établie par le précédent peuvent être distingués : le modèle de *common law* et le modèle français. Le modèle de *common law* est un modèle dans lequel le juge fournit un raisonnement basé sur des faits concrets, et le précédent est le fruit d'une généralisation à partir de ces faits et de ce raisonnement. Dans le modèle français en revanche, la norme générale est déjà établie et posée de façon explicite, sans développements détaillés relatifs au contexte factuel. Ainsi, dans cette perspective, « plus la question de la pertinence juridique a été résolue par des règles générales dans l'arrêt (...) plus un raisonnement par analogie deviendra un argument de précédent » et « plus la question de la détermination de la similitude ou de la différence juridique reste ouverte, plus l'analogie en droit ressemblera à l'analogie commune, utilisée dans la vie de tous les jours »¹⁰⁶². Dans le premier modèle, le raisonnement peut être qualifié de fortement analogique, dans la mesure où il n'y a pas de cadre explicitement fourni par une norme générale formulée dans la décision. Le rôle du raisonnement analogique sera donc essentiel pour inclure des situations semblables et identifier les points essentiels de comparaison, ainsi que pour

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 97.

¹⁰⁶¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 335.

¹⁰⁶² F. SCHAUER, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, *op. cit.*, p. 99.

distinguer les situations différentes (**A**). Dans le second modèle, la norme générale est déjà explicitement formulée et fournit un cadre plus restreint aux juges inférieurs, qui disposent dès lors d'une liberté moindre pour établir des analogies et des distinctions. Le raisonnement est donc faiblement analogique, dans la mesure où il ne saurait être considéré comme fondamental dans l'application du précédent (**B**).

A – Le caractère fortement analogique du raisonnement précédentiel de *common law*

Dans les systèmes de *common law*, le raisonnement analogique permet l'enrichissement de la *ratio decidendi* de diverses situations factuelles nouvelles, et de cette manière, la règle générale s'élargit et se précise en même temps (1°). Le pendant négatif de ce mouvement réside dans le constat de l'absence d'analogie, justification fondamentale de la pratique du *distinguishing* (2°).

1) L'analogie comme enrichissement de la ratio decidendi

330. Un élément constitutif du raisonnement précédentiel. L'analogie est proprement fondatrice du raisonnement précédentiel de *common law*. En effet, « chaque fois que l'on recherche des similitudes entre systèmes, on considère ceux-ci comme exemples d'un droit universel ; de même chaque fois que l'on argumente en faveur de l'application d'une règle déterminée à de nouveaux cas, on affirme, par là-même, que l'on est à l'intérieur d'un seul domaine »¹⁰⁶³. Même s'il a été établi, avec F. Schauer, qu'analogie et précédent doivent être distingués sur le plan conceptuel, il reste cependant que le raisonnement par analogie est au fondement de la pratique précédenteielle du *common law*, spécifiquement du *common law* anglais. En effet, « la règle du *stare decisis* pousse les juges à raisonner par analogie, car le principe selon lequel les cas similaires doivent être traités de la même manière implique une extension analogique de la décision prise dans le cas précédent »¹⁰⁶⁴. C'est bien cette notion d'« extension

¹⁰⁶³ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation, op. cit.*, pp. 503-504.

¹⁰⁶⁴ R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in English law, op. cit.*, p. 26 : « The rule of *stare decisis* causes the judges to reason by analogy because the principle that like cases must be decided alike involves the analogical extension of the decision in an earlier case ».

analogique » qui est centrale dans le raisonnement précédentiel de *common law*. La *ratio decidendi* d'un jugement réside dans la combinaison entre le choix, par le juge, de faits pertinents et la solution basée sur ce choix¹⁰⁶⁵. Cette *ratio* est ensuite appliquée à toutes les espèces présentées comme analogues, c'est-à-dire disposant des mêmes caractéristiques pertinentes que la première espèce ayant donné lieu à la décision qu'il s'agit d'étendre. N. Duxbury débute son étude sur le précédent en posant que « suivre un précédent, c'est établir une analogie entre une espèce et une autre ; en effet, le raisonnement juridique est souvent présenté (...) comme analogique ou un raisonnement au cas par cas »¹⁰⁶⁶. Dans les systèmes de *common law*, le raisonnement analogique est ainsi « mobilisé pour constituer le raisonnement judiciaire en prenant acte de ce qui a été antérieurement jugé. L'identification d'une analogie permet ainsi d'opérer une transposition de la règle ou du principe précédemment mobilisé »¹⁰⁶⁷.

331. Précision du contenu et extension de l'application de la *ratio decidendi*. Le raisonnement précédentiel dans un système de *case law*, dans lequel les règles de droit sont issues du contexte factuel particulier d'une espèce et du raisonnement développé sur ce contexte, a fondamentalement besoin de l'analogie pour se développer. Le raisonnement analogique est, à cet égard, l'instrument privilégié d'extension des solutions particulières à d'autres espèces présentant des propriétés analogues pertinentes. Il est en effet le moyen permettant à la fois de généraliser et d'affiner la *ratio decidendi*. Il permet, en premier lieu, de généraliser la règle issue du premier cas, dans la mesure où celle-ci, appliquée à des faits différents, s'extraît des contingences propres au contexte factuel ayant déterminé son émergence. Il permet, en second lieu, d'affiner la règle, dans la mesure où l'accumulation des situations d'application de la règle permet d'en préciser l'interprétation, la signification et évite des généralisations trop larges et grossières de la *ratio decidendi*. Ainsi, une première décision, hypothétique, condamne le maître d'un rottweiler pour les dommages causés à une vieille dame d'une façon plus lourde que le régime de responsabilité civile de droit commun, en justifiant notamment du caractère particulièrement dangereux de cette race de chien. Une seconde décision retient une solution identique pour l'agression d'un adolescent et d'un adulte par un malinois. Au regard de ces deux espèces, l'on peut suggérer une première estimation de *ratio decidendi* : il existe un régime de responsabilité civile plus lourd pour les propriétaires de chiens dangereux, sans

¹⁰⁶⁵ Cf. *supra* : §§ 199-202.

¹⁰⁶⁶ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁶⁷ Ch. ARNAUD, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, *op. cit.*, p. 247.

nécessairement prendre en compte la vulnérabilité de la victime. Une troisième décision retient une condamnation similaire pour le propriétaire d'un chimpanzé. La *ratio* est ainsi généralisée à la catégorie « animaux dangereux », et les chimpanzés, animaux domestiques plus insolites en France que les chiens, sont dans le même temps intégrés à cette catégorie. Ainsi, plus un précédent est suivi et appliqué à de nouvelles espèces particulières, plus les contours de la norme générale que constitue le précédent se précisent et plus les critères permettant d'établir les analogies sont identifiables.

332.Exemple. L'un des précédents les plus célèbres du *common law* britannique illustre parfaitement ce rôle spécifique de l'analogie : il s'agit du précédent *Donoghue v. Stevenson*¹⁰⁶⁸. Dans un café de Paisley, en Ecosse, Mrs Donoghue commande un *Scotsman ice cream float*, une sorte de dessert consistant à verser un soda quelconque ou de la bière sur une crème glacée. En l'espèce, Mrs Donoghue commande, pour accompagner sa crème glacée, une bière ambrée, qu'on lui apporte dans une bouteille opaque, de sorte qu'elle n'en pouvait discerner le contenu. Elle verse progressivement la bière sur la crème glacée, au fur et à mesure de sa dégustation. Au bout d'un instant, alors qu'elle verse de nouveau de la bière sur sa crème glacée, les restes d'un escargot décomposé sortent de la bouteille et se joignent à l'encas de Mrs Donoghue. Cette dernière intente une action en réparation, prétendant que le choc suscité par la découverte de ces restes d'escargot dans une bouteille dont elle avait déjà consommé une partie du contenu, lui a causé des douleurs abdominales et une gastroentérite aiguë. Juridiquement, la question se pose de savoir si elle peut obtenir réparation pour ce préjudice et, dans l'affirmative, qui peut être considéré comme responsable : le vendeur ou le fabricant. L'affaire remonte jusqu'à la Chambre des Lords, qui a jugé, notamment sous la plume fameuse de Lord Atkin¹⁰⁶⁹, qu'il s'agissait en l'occurrence du fabricant qui devait être tenu pour responsable des dommages causés à la victime, en raison d'un manquement à son obligation particulière de vigilance due aux futurs consommateurs du produit qu'il fabrique. Sans entrer dans le détail de la solution, il convient de relever qu'elle constitue la fondation « non seulement du droit de la responsabilité

¹⁰⁶⁸ *Donoghue v. Stevenson* (1932), A.C. 562.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.* : « At present I content myself with pointing out that in English law there must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances. The liability for negligence, whether you style it such or treat it as in other systems as a species of "culpa", is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay. But acts or omissions which any moral code would censure cannot, in a practical world, be treated so as to give a right to every person injured by them to demand relief. In this way rules of law arise which limit the range of complainants and the extent of their remedy ».

des produits, mais de tout le régime de responsabilité civile »¹⁰⁷⁰ britannique (*torts law*). Cette solution, appliquée au cas particulier de Mrs Donoghue, a, par la suite, été étendue à d'innombrables situations factuelles extrêmement variées, mais ayant en commun d'exiger d'un fabricant d'établir la preuve d'une particulière diligence à l'égard des consommateurs dans l'élaboration de ses produits, faute de quoi il serait tenu pour responsable des dommages causés aux victimes¹⁰⁷¹.

2) L'absence d'analogie comme justification du *distinguishing*

333. Pratique du *distinguishing*. Par la pratique du *distinguishing*, le juge soutient que le contexte factuel de l'espèce qu'il doit juger est, sur les aspects considérés comme juridiquement pertinents, fondamentalement différent¹⁰⁷². La pratique du *distinguishing* consiste ainsi en l'établissement de distinctions pertinentes entre deux espèces, afin de justifier l'application de deux règles différentes. Dans cette perspective, établir une distinction revient à mettre en évidence une absence d'analogie entre deux espèces sur les éléments pertinents formant la *ratio decidendi*. La particularité de cette pratique réside dans le fait que, *a priori*, la situation factuelle en litige entre dans le champ d'application de la *ratio decidendi* du premier cas. C'est l'argumentation du juge dans le second cas qui vient ensuite justifier l'application d'une autre solution, plus restreinte, que celle qui devait en principe s'appliquer avec la *ratio* du premier cas¹⁰⁷³. À cet égard, certains auteurs évoquent plus volontiers la notion de restriction (« *narrowing* ») pour désigner cette pratique¹⁰⁷⁴. Le *distinguishing* apparaît donc comme le pendant négatif de l'enrichissement de la *ratio* par l'identification de situations analogues : il s'agit ici de

¹⁰⁷⁰ F. FERRARI, « Donoghue v. Stevenson's 60th anniversary », 1 *Annual Survey of International and Comparative Law* (1994), p. 83.

¹⁰⁷¹ Sur les suites contentieuses et la portée de l'affaire *Donoghue v.* par ex., parmi une littérature abondante : F. C. UNDERHAY, « Manufacturer's Liability : Recent Developments of Donoghue v. Stevenson », 54 *South African Law Journal* (1937), p. 52 ; F. POLLOCK, « The Snail in the Bottle, and Thereafter », 49 *Law Quarterly Review* (1933), p. 22 ; R. F. V. HEUSTON, « Donoghue v. Stevenson in Retrospect », 20 *Modern Law Review* (1957), p. 1 ; A. RODGER, « Lord MacMillan's Speech in Donoghue v. Stevenson », 108 *Law Quarterly Review* (1992), p. 236.

¹⁰⁷² V. not. : J. L. MONTROSE, « Distinguishing Cases and the Limits of Ratio Decidendi », 19 *Modern Law Review* (1956), p. 525.

¹⁰⁷³ G. LAMOND, « Precedent and Analogy in Legal Reasoning », *op. cit.* : « The effect of *distinguishing*, then, is that the later court is free not to follow a precedent that, *prima facie*, applies to it, by making a ruling which is narrower than that made in the precedent case ».

¹⁰⁷⁴ R. M. RE, « Narrowing Precedent in the Supreme Court », 114 *Columbia Law Review* (2014), p. 1861.

démontrer une non-analogie pour appliquer une autre règle, ce qui démontre encore le caractère essentiellement analogique du raisonnement précédentiel de *common law*.

Qu'il s'agisse de préciser le contenu de la *ratio decidendi* ou de dissocier des situations présentées comme objectivement distinctes sur les éléments essentiels du précédent, le raisonnement analogique, positif ou négatif, est propre au raisonnement précédentiel de *common law*. Si l'on peut identifier un certain raisonnement analogique en France, il ne joue cependant qu'un rôle très faible dans le raisonnement précédentiel des juges.

B – Le caractère faiblement analogique du raisonnement précédentiel français

Le précédent en France, qui se présente comme la formulation d'un principe de jugement, fournit préalablement, comme une norme générale et abstraite écrite, un cadre de significations (1°). Dès lors, si l'analogie est utilisée par les juges français, elle l'est le plus souvent à l'intérieur de ce cadre, de sorte qu'elle n'est, en définitive, qu'une technique particulière d'interprétation (2°).

1) L'existence d'un cadre de significations préalablement fixé par le précédent

334.Principe. Comme l'a souligné Ch. Perelman, « en droit, le raisonnement par analogie occupe une place beaucoup plus limitée qu'il n'y paraît, et cela parce que lorsqu'il s'agit de l'application d'une règle à de nouveaux cas, nous nous trouvons d'emblée à l'intérieur d'un seul domaine, de par les exigences mêmes du droit, puisque nous ne pouvons sortir du domaine que la règle nous assigne »¹⁰⁷⁵. Ce constat semble surtout adapté aux systèmes romano-germanique, spécifiquement au système français, davantage qu'à ceux de *common law*. Dans ces derniers, l'analogie joue en effet un rôle essentiel dans la détermination et la construction du précédent. En tant que norme générale formulée explicitement, sur le modèle législatif, le précédent en France constitue déjà une prescription relativement claire et déterminée disposant d'un certain cadre préétabli de significations. Deux situations sont ainsi généralement envisageables : soit le précédent de la cour souveraine interprète une norme générale

¹⁰⁷⁵ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, p. 532.

préexistante, soit il établit de façon prétorienne une norme générale de jugement, en l'absence de norme formelle interprétée. Dans le premier cas, la décision de la cour souveraine retenant une certaine interprétation d'une norme générale constitue déjà l'attribution d'une signification à l'intérieur du cadre fourni par cette norme. L'énoncé par lequel la cour souveraine interprète la loi ou la constitution dispose par ailleurs lui aussi de diverses significations possibles et est ainsi sujet à interprétation par la cour souveraine elle-même ou par les juges du fond dans des affaires ultérieures. Dans le second cas, celui de la création prétorienne, le précédent ne s'appuie pas, sinon de façon très éloignée et parfois artificielle, sur une norme générale, et constitue ainsi une prescription générale sujette à interprétation au même titre que la loi ou la constitution.

335.Exemple. Dans l'arrêt *Arcelor*¹⁰⁷⁶, le Conseil d'État s'est prononcé sur un problème inhérent aux rapports de systèmes entre l'ordre interne et l'ordre supranational de l'Union européenne : le contrôle de la constitutionnalité, par le juge administratif, des décrets de transposition des directives de l'Union. Dans l'hypothèse où les dispositions de la directive à transposer sont suffisamment précises et inconditionnelles, le pouvoir réglementaire qui transpose la directive dans l'ordre interne ne dispose d'aucune marge d'interprétation dans sa réception, de sorte que le contenu du décret est matériellement identique au contenu de la directive. Ainsi, lorsque le juge administratif est amené à contrôler la conformité à la Constitution d'un décret de transposition d'une directive précise et inconditionnelle, il contrôle indirectement la constitutionnalité du contenu de la directive. Afin de régler cette situation potentiellement conflictuelle, le Conseil d'État propose une solution et un mode de raisonnement spécifiques au juge administratif lorsque survient cette hypothèse. Dans un long considérant pédagogique, le Conseil d'État précise notamment qu'« il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de

¹⁰⁷⁶ CE, ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, *Rec.*, p. 55, concl. Guyomar ; *RFDA* 2007, p. 384, concl. ; *RTD eur.* 2007, p. 378, concl., note Cassia ; *AJDA* 2007, p. 577, chr. Lenica et Boucher ; *DA* mai 2007, étude Gautier et Melleray ; *Europe* mars 2007, p. 5, comm. Simon ; *JCP G.* 2007.II.10049, note Cassia ; *JCP A.* 2007, p. 2081, note Drago ; *LPA* 28 février 2007, comm. Chaltiel ; *RTD civ.* 2007, p. 80, comm. Encinas de Munagorri ; *RMCUE* 2007, p. 335, comm. Chaltiel ; *JCP A.* 2007.I.166. § 2 et *RJEP* 2007, p. 298, obs. Plessix ; *RFDA* 2007, p. 564, 578, 601 et 789, notes Levade, Magnon, Roblot-Troizier Canedo-Paris ; *LPA* 8 juillet 2007, note Chrestia ; *RTD civ.* 2007, p. 299, comm. Rémy-Corlay ; *D.* 2007, p. 2272, note Verpeaux ; *D.* 2007, p. 2742, comm. Deumier ; *RDP* 2007, p. 1031, note Roux ; *RRJ* 2008, p. 255, note Michéa, *GAJA* n° 107.

la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ». S'il constate une telle équivalence au niveau communautaire dans la protection effective du principe invoqué, le Conseil d'État le contrôle au niveau communautaire, en sa qualité de juge de droit commun du droit de l'Union. À l'inverse, « s'il n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire garantissant l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées ». Par ce considérant, le Conseil d'État établit un précédent ayant la forme d'une notice de règlement de conflit, mobilisable dans tous les cas de confrontation entre l'ordre interne et l'ordre de l'Union européenne, en matière de transposition, au niveau réglementaire, des directives de l'Union. Le cadre factuel et les éléments précis contenus dans la directive ou le décret ne déterminent pas l'application du précédent *Arcelor* à de potentiels cas ultérieurs. Ce qui en détermine l'application sont des éléments purement formels : un acte réglementaire de transposition des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive dont on conteste la conformité à la Constitution.

Puisque le précédent en France fournit, en principe, explicitement son cadre d'application, il ne s'agit plus d'extension analogique à de nouvelles situations factuelles, mais tout devient finalement question d'interprétation face au précédent et l'analogie est précisément utilisée dans ce cadre-là.

2) *L'analogie en France : une technique d'interprétation*

336.Principe. Parmi les définitions de l'analogie retenues dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, la quatrième et dernière évoque une « méthode d'interprétation des textes de loi et de la jurisprudence »¹⁰⁷⁷. Le rôle du raisonnement par analogie en France ne serait donc pas, comme en *common law*, d'identifier et de constituer les précédents mais bien de les interpréter. Cette nuance, en termes de raisonnement du juge, est cependant fondamentale. Elle constitue l'une des multiples déclinaisons de la distinction première établie entre le modèle précédentiel de *common law* et le modèle précédentiel français. Dans sa thèse parue en 1911, J. Spassoïevitch soutient, sur ce point, que « lorsqu'on pose la

¹⁰⁷⁷ « Analogie » in. A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 10.

question d'interprétation, il est inévitable de poser aussi la question d'analogie »¹⁰⁷⁸ et établit un lien ontologique entre la nécessité d'interpréter les lois et le mode de raisonnement analogique permettant l'extension de l'application des lois aux diverses situations factuelles¹⁰⁷⁹. Puisque « la nécessité de juger, la plénitude de la loi et l'analogie ne font qu'un »¹⁰⁸⁰, l'analogie apparaît comme étant « avant tout, le prolongement de la loi »¹⁰⁸¹. Il apparaît ainsi que le raisonnement par analogie, dans le système français, ne vise pas à construire le précédent au sens strict mais à interpréter les normes générales et à préciser leur signification à partir d'un cadre déterminé. Cette méthode d'extension par le raisonnement analogique peut même apparaître parfois contradictoire avec le dogme de la plénitude de la loi. Les réflexions critiques sous l'entrée « Analogie » du *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* rappellent d'ailleurs que, « en droit, l'analogie n'est pas suspectée en tant que mode d'argumentation ou d'exposition mais en tant que méthode d'interprétation extensive au texte », de sorte que « c'est l'économie de la règle qui est en jeu »¹⁰⁸².

L'analogie ne remplit donc pas, en France, le rôle déterminant qu'elle produit dans les systèmes précédentiels de *common law*, spécialement le système britannique. L'analogie ne peut être considérée comme réellement constitutive du raisonnement précédentiel des juges français. Le trait véritablement marqué du raisonnement précédentiel en France réside dans son caractère déductif.

¹⁰⁷⁸ J. SPASSOÏEVITCH, *L'analogie et l'interprétation : contribution à l'étude des méthodes en droit privé*, Paris, A. Pedone, 1911, p. 4.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.* : « Tant que règnera dans l'histoire de la loi que le général ne naît pas en la forme générale, mais sous une forme limitée, le besoin de l'extension par analogie persistera et l'adage romain *ubi eadem ratio ibi eadem jus*, sera toujours applicable ».

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 16.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, p. 29.

¹⁰⁸² « Analogie » in. A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 12.

SECTION 2 : UN RAISONNEMENT PRECEDENTIEL ESSENTIELLEMENT DEDUCTIF

En appliquant la règle issue d'un précédent, la *ratio decidendi* ou le motif de principe, à une espèce concrète, le juge mobilise le même raisonnement déductif que lorsqu'il applique une loi, ce qui se vérifie en France autant qu'en *common law* (§ 1). La particularité française réside cependant dans le fait que ce raisonnement déductif précédentiel se calque, formellement, sur le syllogisme judiciaire issu de la révolution française (§ 2).

§ 1 – Application des précédents et raisonnement déductif

Un lien est fréquemment établi entre précédent et induction. Cela peut sembler pertinent s'agissant de la création d'un précédent, dans la mesure où l'on peut considérer que la règle émerge du cas jugé. Il sera soutenu que le raisonnement précédentiel consistant à appliquer un précédent est, en revanche, de nature essentiellement déductive (B), constat qui nécessite toutefois un rappel de la distinction entre déduction et induction (A).

A – Rappel de la distinction entre raisonnement déductif et inductif

337. Le raisonnement déductif. Dans son acception générale, la déduction se comprend comme une « opération par laquelle on conclut rigoureusement, d'une ou de plusieurs propositions prises pour prémisses, à une proposition qui en est la conséquence nécessaire, en vertu des règles logiques »¹⁰⁸³. Cette compréhension est issue de la pensée logique d'Aristote¹⁰⁸⁴, développée principalement dans l'*Organon* et par laquelle est établi ce lien entre des prémisses supposées vraies et, comme conséquence « nécessaire », la vérité de la conclusion fondée sur ces prémisses. Ainsi la déduction, « qui épouse, dans le champ juridique, la forme

¹⁰⁸³ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 204.

¹⁰⁸⁴ R. SMITH, « Aristotle's Logic », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), E. N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/aristotle-logic/>

paradigmatique du syllogisme »¹⁰⁸⁵, permet « à partir d'une norme générale valide (« N »), d'énoncer un ensemble de normes particulières ou individuelles dérivées (« N1 », « N2 », « N3 », « N4 ») qui seraient elles-mêmes valides », de sorte que « toutes les conséquences logiques d'une norme générale sont réputées être aussi des normes valides du système »¹⁰⁸⁶. En conclusion, « le passage d'une règle à ses applications, d'une variable à ses valeurs, est une des opérations les plus fondamentales du raisonnement déductif »¹⁰⁸⁷.

338. Le raisonnement inductif. L'induction est un mode de raisonnement qui « consiste à passer d'une proposition particulière à une proposition générale ou universelle »¹⁰⁸⁸. Plus précisément, elle renvoie, dans le langage des logiciens, à une « opération mentale qui consiste à remonter d'un certain nombre de propositions données, généralement singulières ou spéciales, que [l'on appelle] *inductrices*, à une proposition ou à un petit nombre de propositions plus générales, appelées *induites*, telles qu'elles impliquent toutes les propositions inductrices »¹⁰⁸⁹. D'une façon schématique, la déduction se comprendrait donc comme une inférence allant de propositions générales vers des conclusions particulières, alors qu'à l'inverse, l'induction serait une inférence allant du particulier vers le général. Appliquée à la matière juridique, l'induction a vocation à « transformer une pluralité de normes en une norme de plus grande généralité strictement équivalente aux normes primitives »¹⁰⁹⁰. En outre, l'induction en droit ne peut être considérée comme une inférence à conclusion certaine, mais seulement à « conclusion probable »¹⁰⁹¹, que l'on qualifie alors d'« induction amplifiante ». Celle-ci « consiste en effet à énoncer une proposition générale dont la portée dépasse l'addition des propositions particulières ou des cas observés qui lui ont servi de point de départ »¹⁰⁹². L'induction dans son sens « ordinaire »¹⁰⁹³ correspond à cette induction dite « amplifiante », que l'on comprend comme « celle où la relation formulée par la proposition induite s'applique

¹⁰⁸⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 362.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 363.

¹⁰⁸⁷ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 205.

¹⁰⁸⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 366.

¹⁰⁸⁹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 507.

¹⁰⁹⁰ C. ALCHOURRON, E. BULYGUIN, *Introducción a la metodologica de las ciencias jurídicas y sociales*, cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 366.

¹⁰⁹¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 366.

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 367.

¹⁰⁹³ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 508.

à tous les termes d'une classe, en nombre fini ou indéfini, alors que cette relation n'a été affirmée que de quelques-uns seulement d'entre eux par les propositions inductrices »¹⁰⁹⁴. Les systèmes précédentiels de *common law*, fondés sur un droit essentiellement casuistique, sont généralement présentés comme ayant principalement recours au raisonnement inductif. En effet, un précédent est une règle générale qui émerge d'un cas particulier et semblerait constituer, en ce sens, une application, au domaine juridique, du raisonnement inductif. Si l'on peut éventuellement parler d'induction en droit, il s'agit simplement d'induction « amplifiante » et non pas « rigoureuse », dans la mesure où il est impossible de saisir l'ensemble des situations factuelles advenues ou possibles pour en inférer la norme générale de jugement qui leur est applicable.

339.Des raisonnements juridiques « pseudo-logiques ». Qu'il s'agisse du raisonnement par déduction ou par induction, les rapports qu'ils établissent dans le domaine juridique ne peuvent être qualifiés de logiques, mais seulement de « pseudo-logiques »¹⁰⁹⁵. Cela s'explique par le fait que les raisonnements juridiques, « y compris lorsqu'ils se présentent sous une forme déductive, engagent d'irréductibles parts d'appréciation qui affaiblissent le caractère contraignant de toutes les étapes des raisonnements »¹⁰⁹⁶. Ces parts d'appréciation en font des inférences dont les prémisses sont sujettes à diverses significations et dont les conclusions ne sont donc pas certaines et n'obéissent pas à la rigueur de la logique formelle. Les acteurs du système juridique disposent d'une liberté certaine dans l'interprétation des prémisses et maîtrisent, de cette manière, et dans une certaine mesure, l'issue de la conclusion. Appliquée à la sphère juridictionnelle, l'on s'aperçoit que les juges ont, d'une part, la possibilité d'interpréter la norme générale applicable au litige, la prémisse majeure, et, pour les juges du fond, d'apprécier souverainement les situations factuelles litigieuses, à savoir la prémisse mineure. Ces parts d'appréciation discrétionnaire font du raisonnement juridique un raisonnement échappant à toute conclusion certaine comme dans le syllogisme mathématique ou dans la logique formelle « pure ». Ce constat rejoint d'ailleurs l'idée selon laquelle, fondamentalement, la logique juridique est, comme le soutient Perelman, davantage fondée sur des raisonnements

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, p. 361.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, p. 362.

dialectiques que sur des raisonnements analytiques¹⁰⁹⁷. Le raisonnement juridique n'est donc pas, à l'inverse du raisonnement mathématique, fondé sur une stricte logique formelle, mais répond davantage à une structure rhétorique. Comme l'a souligné V. Champeil-Desplats, « les raisonnements contraignants dans un système formel perdraient cette qualité dès lors qu'ils mobilisent des énoncés du langage naturel car celui-ci véhicule intrinsèquement l'indétermination »¹⁰⁹⁸. Dès lors, la « logique juridique » se rapprocherait davantage d'une technique de persuasion visant à justifier une position ou une décision, et traduirait ce passage « de la logique à la rhétorique »¹⁰⁹⁹.

B – Le raisonnement précédentiel comme raisonnement déductif

340.Subsomption. S'intéresser au caractère déductif du raisonnement précédentiel implique de poser la question de la subsomption. Le raisonnement précédentiel consiste à subsumer certaines situations factuelles sous une même règle. L'acte de subsumer consiste à « penser un individu comme compris dans une espèce, ou une espèce comme comprise dans un genre »¹¹⁰⁰, de sorte qu'il s'agit de « penser le particulier sous le général » ou de « considérer un fait comme compris sous une loi »¹¹⁰¹. Dans le cadre du syllogisme logique, la subsomption constitue alors le raisonnement qui permet de rattacher la prémisse mineure à une prémisse majeure. Appliquée au raisonnement judiciaire, elle correspond à l'identification des faits pertinents et leur rattachement sous l'empire d'une règle générale. La subsomption se traduit ainsi par l'opération de qualification juridique des faits. Si l'on attribue généralement l'activité de subsomption exclusivement à l'application des normes textuelles, ce raisonnement est parfaitement transposable au raisonnement précédentiel.

341.Subsomption des faits sous un précédent : un cas général. Lorsqu'un précédent est invoqué dans le cadre d'un procès, le juge, s'il l'estime pertinent juridiquement,

¹⁰⁹⁷ Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit., pp. 1-2 : Perelman débute sa *Logique juridique* par un rappel de la distinction entre raisonnement analytique et raisonnement dialectique chez Aristote.

¹⁰⁹⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 360.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

¹¹⁰⁰ A. LALANDE, « Subsumer », in. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., p. 1056.

¹¹⁰¹ « Subsumer », in. *Trésor de la langue française informatisé*, <http://www.atilf.fr/tlfi>, ATILF - CNRS & Université de Lorraine.

subsume la situation factuelle concernée sous la règle générale contenue dans le précédent, de la même manière qu'il l'aurait fait avec une règle générale écrite, législative ou constitutionnelle. Il n'y a, de ce point de vue, aucune spécificité du raisonnement précédentiel vis-à-vis du raisonnement à partir des normes juridiques formelles. En outre, l'on serait tenté de considérer qu'une telle logique ne serait applicable qu'à la situation française, qui connaît une forme de précédent plus explicitement formulé, sur le mode des normes générales, et sous lequel il serait plus simple de subsumer une situation factuelle. Or, nous souhaitons soutenir ici la thèse de l'indistinction entre *common law* et système français sur ce point précis. C'est en effet le précédent, c'est-à-dire la norme générale de jugement tirée d'une solution particulière antérieure, qui sert de référence au rapprochement des situations factuelles, et c'est sur la base de cette norme générale qu'il est possible de dire que deux cas sont semblables ou analogues¹¹⁰². En outre, dans le raisonnement du juge, ce n'est pas le rapprochement des situations factuelles qui importe, mais bien l'identification de la règle et la pertinence de son application. Ce dernier constat, en revanche, se vérifie tout particulièrement dans le cas français. Par exemple, par la solution *Perreux* de 2009¹¹⁰³, le Conseil d'État reconnaît que « tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires ». À l'instar de l'exemple du précédent *Arvelor* sus-évoqué, pour que le précédent *Perreux* puisse être identifié comme applicable à une situation ultérieure, il n'est pas indispensable de procéder par extension analogique sur la base de situations factuelles pertinentes. Il est simplement nécessaire d'identifier, d'une part, l'existence d'un acte administratif individuel pris à l'endroit d'un administré, et, d'autre part, une directive aux dispositions précises et inconditionnelles non transposées par l'État dans le délai imparti. Le fait qu'une telle solution ait été adoptée dans le cadre précis d'un refus de nomination d'une magistrate au poste de chargé de formation de l'ENM pour motifs politiques,

¹¹⁰² H. KELSEN, *Théorie générale de l'Etat*, *op. cit.*, p. 203 : « C'est uniquement en se référant à cette norme générale qu'on établira que d'autres cas sont "semblables" au premier – la décision qui s'y rapporte étant considérée comme le "précédent" – et que ces cas devront par conséquent être décidés de façon analogue ».

¹¹⁰³ CE, ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, *Rec.*, p. 407, concl. Guyomar ; *RFDA* 2009, p. 1125, concl., note Cassia ; 2010, p. 126, note Canedo-Paris et 201, chr. Santulli ; *AJDA* 2009, p. 2385, chr. Liéber et Botteghi ; *Europe* 2009, repère 11, Simon ; mars 2010, chr. Kalfèche p. 10 ; *JCP G.* 2009, p. 542, note S. et V. Corneloup ; *JCP A.* 2009, p. 551, § 2, chr. Plessix ; *DA* 2009, étude 21, Gautier ; *JCP A.*, 2010, p. 2036, note Dubos et Katz ; *Europe* janv. 2010, p. 5, étude Kovar ; *D.* 2010, p. 351, note Chrestia ; *D.* 2010, p. 553, note Calvès ; « *L'Observateur de Bruxelles* » janv. 2010, p. 26, comm. Biancarelli ; *RGDIP* 2010, p. 232, note Azoulai ; *RTD eur.* 2010, p. 223, note Ritleng ; *AJDA* 2010, p. 1412, étude Coutron ; *AJDA* 2014, p. 120, note Raynaud.

en raison de son appartenance au syndicat de la magistrature, et que ce refus ait été contesté sur le fondement d'une directive du Conseil de l'Union européenne sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ne joue qu'un rôle subsidiaire dans le raisonnement précédentiel ultérieur. Ce qui peut, en revanche, apparaître comme déterminant dans les cas ultérieurs où le précédent *Perreux* est applicable, est l'interprétation à donner à certains termes du motif de principe. La question se pose par exemple de savoir ce qu'il convient d'entendre par « dispositions précises et inconditionnelles »¹¹⁰⁴.

342. Déduction de la solution à partir du précédent. Une fois la situation factuelle subsumée sous le précédent, ce dernier est appliqué par le juge pour en déduire la solution. Cela renvoie très clairement au schéma déductif qui part de la règle générale, en l'occurrence le précédent, pour aller vers les faits. Ce schéma est rigoureusement le même que lorsqu'il s'agit, pour le juge, d'appliquer une norme constitutionnelle, législative ou réglementaire et se traduit, dans la décision, par un raisonnement précédentiel formellement syllogistique.

§ 2 – *Un raisonnement précédentiel formellement syllogistique*

Dans sa présentation formelle, le jugement qui applique un précédent contient un rappel de la règle, généralement une reprise du motif de principe, puis d'une application à un litige particulier, pour conclure par une solution fondée sur la combinaison de ces deux prémisses. Le raisonnement précédentiel des juges français est donc, à la manière du raisonnement à partir des sources formelles, un raisonnement qui est restitué par l'apparence d'un syllogisme (**B**), ce qui s'explique par le fait que, plus généralement, le syllogisme judiciaire hérité de la révolution a conditionné la forme moderne des décisions de justice en France, et a donc rejailli sur l'application des précédents (**A**).

¹¹⁰⁴ V. not. : CE, 17 mars 2010, *Alsace Nature et autres*, Rec., p. 672 : le Conseil d'Etat rejette l'application du précédent *Perreux* en l'espèce, refusant de reconnaître un effet direct aux dispositions de la directive invoquée « en raison de leur imprécision ».

A – Le syllogisme comme structure classique des décisions de justice

343. Le syllogisme comme forme aboutie du raisonnement déductif. Le raisonnement juridique déductif, consistant à appliquer une norme générale tenue pour la prémisse majeure à des faits particuliers, afin d'en déduire une solution juridique particulière, se manifeste dans « la forme paradigmatique du syllogisme »¹¹⁰⁵. Depuis le début du XIXe siècle, « (l)e syllogisme reste la forme de raisonnement déductif la plus investie par les juristes »¹¹⁰⁶. Dans le domaine de la logique formelle, le syllogisme, en tant que raisonnement à conclusion certaine, permet d'aboutir à une conclusion nécessairement vraie dès lors que les deux prémisses du raisonnement sont tenues pour vraies. La vérité de la conclusion est contenue logiquement dans les prémisses du raisonnement. C'est sur cette mathématisation du raisonnement judiciaire que se sont appuyés les révolutionnaires, souhaitant par ce biais endiguer le pouvoir créateur des juges et asseoir l'autorité de la loi. L'application de la loi à des faits particuliers devait systématiquement emporter une solution déductible par syllogisme. Le raisonnement judiciaire ne peut cependant être assimilé à un raisonnement logique à conclusion certaine, comme l'a relevé tout un courant anti-formaliste.

344. Le syllogisme comme prescription. Le constituant et le législateur révolutionnaires ont parfaitement pris la mesure, dès les premiers temps de l'instauration de l'ordre républicain nouveau, de « l'importance politique qu'il y a à présenter le raisonnement des juges comme syllogistique : la conclusion à laquelle ils parviennent n'est pas le fait d'une création volontaire et subjective mais le fruit d'une connaissance rationnelle et objective »¹¹⁰⁷. Dès l'origine, le syllogisme n'est pas conçu comme la conséquence « naturelle » de la fonction de juger, mais bien comme une prescription adressée au juge¹¹⁰⁸. De cette manière, l'on souligne

¹¹⁰⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 362.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 363.

¹¹⁰⁷ P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits* 2004/1, n° 39, p. 197.

¹¹⁰⁸ I. BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle : contribution à l'analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, op. cit., p. 50 : « La définition matérielle de la fonction dépend ici des choix du législateur ou du constituant et non d'une prétendue "nature". Ce choix dépend lui-même de la place et du pouvoir qu'ils entendent accorder aux juges au sein du système. Depuis la révolution française, cette définition s'inscrit dans une organisation et une répartition des compétences entre différents organes qui visent à limiter les organes judiciaires à une fonction d'application mécanique de la loi au moyen d'un syllogisme. Le terme "juger" prend une signification très précise : Juger, ce ne peut pas être administrer. Juger, c'est, ce doit être, formuler un syllogisme "judiciaire" ».

que « ce n'est pas le syllogisme qui justifie la subordination de la fonction judiciaire à la fonction législative mais c'est bien au contraire la subordination de la fonction judiciaire qui justifie que les juges se conforment au syllogisme »¹¹⁰⁹. L'on se situe ainsi très loin du syllogisme aristotélicien. Le syllogisme, en tant que prescription sur ce que *doit être* l'acte de juger, a durablement influencé et conditionné la structure des décisions de justice en France.

345. Conditionnement de la structure des décisions juridictionnelles. En dépit de la mécanisation et la formalisation de l'acte de juger, établie à partir de 1790 en France, le juge conserve néanmoins un véritable pouvoir créateur, qui tend à se manifester, d'une manière ou d'une autre, officiellement ou officieusement. Dans cette perspective, le syllogisme a été généralement perçu, par le courant sceptique anti-formaliste, comme une façon, pour le juge, de masquer ses intentions véritables et ses choix politiques¹¹¹⁰. Il s'agit notamment de l'un des éléments fondateurs de la théorie réaliste de l'interprétation (TRI)¹¹¹¹. Selon cette vision, « (l)e syllogisme normatif donne donc l'illusion d'une déduction mais il est en réalité un mode de justification d'une décision dont le processus apparaît bien plus complexe, alliant à la fois connaissance et volonté mais reposant, en dernier ressort, sur la volonté »¹¹¹². Nous ne souscrivons pas à un scepticisme radical sur la question du syllogisme, et considérons qu'il existe une part importante d'interprétation-connaissance dans le processus juridictionnel. Si l'application d'une règle générale est conditionnée par le cadre fourni par la norme générale, elle l'est également par le choix d'une certaine interprétation particulière de cette norme et par la mise en avant d'une certaine justification de ce choix. Ces deux derniers aspects relèvent clairement de la sphère volitionnelle et se conjuguent avec la dimension cognitive d'identification des règles. L'acte de juger renvoie à la fois à un acte de connaissance et à un acte de volonté, et il ne s'agit pas ici de développer la question de savoir lequel des deux est prépondérant. En réalité, la réponse donnée à cette question n'a pas d'incidence sur le rôle objectif joué par le syllogisme judiciaire que l'on souhaite ici mettre avant. Il s'agit de soutenir en effet que le syllogisme judiciaire n'a pas pour fonction essentielle de masquer un choix politique inavouable du juge. Le syllogisme constitue simplement une certaine façon de concevoir la fonction de juger, héritée d'une certaine tradition juridique et politique qui remonte

¹¹⁰⁹ P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme... », *op. cit.*, p. 217.

¹¹¹⁰ V. not. : J. WROBLEWSKI, « Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision », 5 *Rechtstheorie* (1974), p. 33.

¹¹¹¹ V. par ex. : M. TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs* 1981, n° 16, p. 5.

¹¹¹² P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme... », *op. cit.*, pp. 216-217.

au légicentrisme de la Révolution française. Cette conception, après plus de deux siècles d'ancrage culturel et institutionnel, a durablement et considérablement influencé la structure de la décision de justice et les canons de ce que les juristes considèrent comme un jugement acceptable et raisonnable. Les juges français qui établissent et suivent des précédents sont, aujourd'hui encore, les héritiers de cette tradition de rédaction et de raisonnement juridictionnel. S'il existe inévitablement une dimension politique, celle-ci se retrouve essentiellement au niveau des cours souveraines, sur certains sujets de nature fondamentalement politique.

Les juges du fond, comme les cours souveraines la plupart du temps, appliquent et interprètent les règles générales, législatives ou précédentielles, et leur raisonnement est aussi bien traduit que conditionné par le syllogisme. Ainsi, le raisonnement précédentiel français reprend les canons du raisonnement par syllogisme à partir de la loi.

B – Le recours au syllogisme dans le raisonnement précédentiel français

346.Substitution de prémisse majeure. Lorsque, dans une affaire donnée, il existe un précédent identifiable et applicable, les trois éléments formant le syllogisme sont conditionnés par la norme générale extraite du précédent, davantage que par la norme formelle interprétée, si toutefois il en existe une fondant juridiquement la décision. Tout d'abord, la prémisse majeure que le juge prend en compte pour parvenir à sa solution est constituée par la norme générale contenue dans le précédent. Ainsi, le précédent se substitue, dans le raisonnement du juge, aux normes formelles applicables. Ce cas de « substitution » se retrouve uniquement lorsqu'il existe une norme formelle rattachable à la décision et ayant fait l'objet d'une interprétation particulière par la cour souveraine. Dans le cas de création prétorienne pure, il n'y a pas, à proprement parler, substitution mais le précédent tient lieu, de fait, d'unique prémisse majeure. Si, lorsqu'il y en a une, la norme formelle est visée comme fondement textuel de la décision, le fondement véritable, qui détermine la solution, réside dans la reproduction du motif de principe.

347.Prémisse mineure et conclusion conditionnées par le précédent. Ensuite, la prémisse mineure est conditionnée par le précédent en ce sens que la situation factuelle est

appréhendée en fonction de la norme générale précédente. Les faits sont subsumés sous la ou les catégories élaborées par le précédent, en particulier lorsque le précédent est une création prétorienne ou lorsqu'il interprète une norme très indéterminée, comme dans le cas des normes constitutionnelles. Enfin, la conclusion est également conditionnée par le précédent davantage que par la norme formelle qui s'applique juridiquement. Cela se constate parfaitement lorsque les termes du motif de principe sont repris dans le dispositif afin d'édicter la norme individuelle et concrète qui s'impose.

348.Exemple. À partir de 1996¹¹¹³, le Conseil constitutionnel, se fondant sur l'article 16 de la DDHC, a décidé qu'« il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »¹¹¹⁴. Si le fondement normatif est bien à identifier dans le bloc de constitutionnalité, par le biais de l'article 16 de la DDHC, la norme générale qui fonde la solution du Conseil est bien le droit à un recours juridictionnel effectif, norme incluse parmi les normes de référence du Conseil sur le fondement de l'article 16. Cette formulation de principe se retrouve dans les décisions du Conseil chaque fois qu'est invoquée une violation du droit à un recours juridictionnel effectif¹¹¹⁵. Dans ce cas, on constate bien une substitution de la prémisse majeure utilisée pour décider qui, matériellement, est dans l'énoncé du droit à un recours juridictionnel effectif et non dans l'énoncé de l'article 16 qui, de ce point de vue, constitue une simple « couverture normative » à la consécration du nouveau précédent ou à l'application du précédent existant. Il existe de la sorte un certain nombre d'exemples particulièrement évocateurs devant le Conseil constitutionnel, qui est amené à interpréter des normes très générales et indéterminées. Par ailleurs, toujours devant le Conseil constitutionnel,

¹¹¹³ Cons. const., déc. n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*.

¹¹¹⁴ Considérant n° 83.

¹¹¹⁵ V. not. : Cons. const., déc. n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, considérant n° 38 ; déc. n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, considérant n° 38 ; déc. n° 2005-522 DC, 22 juillet 2005, *Loi de sauvegarde des entreprises*, considérant n° 13 ; déc. n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, considérant n° 11 ; déc. n° 2011-198 QPC, 25 novembre 2011, *M. Albin R. [Droits de plaidoirie]*, considérant n° 3 ; déc. n° 2012-231/234 QPC, 13 avril 2012, *M. Stéphane C. et autres [Contribution pour l'aide juridique de 35 euros par instance et droit de 150 euros dû par les parties à l'instance d'appel]*, considérant n° 5 ; déc. n° 2013-314 QPC, 14 juin 2013, *M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen]*, considérant n° 5 ; déc. n° 2018-704 QPC, 4 mai 2018, *M. Franck B. et autre [Obligation pour l'avocat commis d'office de faire approuver ses motifs d'excuse ou d'empêchement par le président de la cour d'assises]*, considérant n° 5 ; déc. n° 2019-791 QPC, 21 juin 2019, *Section française de l'Observatoire international des prisons [Autorisation de sortie sous escorte d'une personne détenue]*, considérant n° 7.

un exemple caractéristique de détermination de la conclusion du syllogisme par le précédent, et non pas par la norme formelle de référence, se retrouve dans la technique des réserves d'interprétation. Par ce moyen, le principe formulé dans les motifs se trouve en effet directement et explicitement inclus dans le dispositif. Dans ce cas, le dispositif contient non pas un renvoi à l'article visé, mais un renvoi à son interprétation, c'est-à-dire le précédent qui s'est substitué à la norme générale formelle applicable.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

349. Le raisonnement précédentiel français, en tant que raisonnement de type législatif, est donc fondamentalement un raisonnement déductif. Les juges appliquent la norme générale, le précédent, au litige particulier porté devant eux. Le recours à l'analogie s'opère essentiellement dans le cadre de l'interprétation de cette norme générale et n'a pas le même rôle constitutif que le raisonnement analogique développé par les juges de *common law*.

CONCLUSION DU TITRE I

350. Dans le système juridique français, les précédents sont appliqués de la même façon que le sont les autres normes formelles, essentiellement la constitution et la loi. Les cours souveraines constituent des « législateurs » de l'ordre juridictionnel au sommet duquel elles sont placées, et disposent seules du pouvoir d'édicter des précédents. Une fois ces précédents adoptés, elles les respectent scrupuleusement dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, mais demeurent libres d'opérer des revirements lorsque cela est opportun et dûment justifié. Les juges du fond sont en revanche contraints de suivre les précédents des cours souveraines sans avoir, immédiatement, la possibilité d'opérer des revirements. En dehors de cette distinction, le raisonnement déployé est le même et ne diffère pas du raisonnement déductif consistant à appliquer une loi à un cas particulier. Le système juridique français ne reconnaissant pas formellement la normativité des précédents, ce raisonnement et la pratique précédentielle des juges demeurent très largement dissimulés et extérieurs à la décision.

TITRE II

UNE PRATIQUE PRECEDENTIELLE DISSIMULEE

351. La pratique précédentielle des juges correspond à la façon dont ils appliquent ou abandonnent concrètement les précédents et comment ils décident de mettre en évidence la justification de cette décision. La pratique précédentielle des juges en France demeure encore une pratique officieuse et détournée, dans la mesure où le système juridique ne reconnaît pas formellement la normativité des précédents. En cela, le modèle français se démarque encore clairement du *common law*, où la règle *stare decisis* constitue le fondement normatif à l'obligation de suivre les précédents. En dépit du fait que la France ne dispose pas d'une norme analogue, dans un sens formel, l'on constate cependant que les juges agissent comme si ils avaient l'obligation de respecter les précédents. Ce respect global n'est pas le fruit d'une simple pratique coordonnée et régulière mais manifeste davantage l'émergence d'une certaine règle matérielle du précédent, dont il s'agira d'identifier le contenu (**Chapitre 1**). La situation transitoire du système précédentiel français engendre ici un nouveau paradoxe, en vertu duquel, malgré le sentiment clair de respecter une règle du précédent, les juges maintiennent la fiction légicentriste dans le jugement. Il s'agit bien d'une fiction dans le sens où le juge fait apparaître, dans son jugement, l'application d'une disposition constitutionnelle ou législative alors que, concrètement, il applique au litige un précédent, dont les dispositions formelles en question ne constituent que la « couverture normative ». Le raisonnement précédentiel et la mention des précédents doivent ainsi figurer en dehors de la décision, au risque de laisser croire que l'on accorde une valeur contraignante au précédent. Concrètement, cela se traduit par une reprise textuelle des motifs de principe sans mentionner la décision d'où ce principe est issu. Cette situation contradictoire s'explique par une vision strictement dualiste, mise en évidence par P. Deumier, selon laquelle « soit le précédent n'est pas obligatoire et il n'a pas sa place dans la décision ; soit le précédent est cité dans la décision et il est nécessairement obligatoire : aucune autre option ne semble envisageable »¹¹¹⁶. La dynamique à l'œuvre dans l'évolution du système

¹¹¹⁶ P. DEUMIER, « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *op. cit.*

précédentiel français permet toutefois de voir poindre, à la faveur des réformes récentes des cours souveraines, les prémises d'une issue à ce paradoxe *a priori* insoluble (**Chapitre 2**).

CHAPITRE I : LA RECONNAISSANCE D'UNE REGLE MATERIELLE DU PRECEDENT

352. L'étude du phénomène précédentiel français fait apparaître une situation en apparence contradictoire : alors qu'il est formellement interdit de fonder juridiquement une décision de justice sur un précédent, tous les juges du système juridique français procèdent cependant de la sorte. Ainsi, les juges s'appuient, officieusement, sur les précédents des cours souveraines pour déterminer leurs solutions. En outre, la particularité de ce système réside dans le fait que les juges agissent comme s'ils avaient l'obligation de respecter les précédents. La situation n'est donc guère réductible au simple constat d'une série de comportements allant dans le même sens : ces comportements sont conditionnés par une règle du précédent. Les juges, institués formellement par le système juridique, ont intégré les précédents comme normes à respecter dans le cadre de l'exercice de leur office juridictionnel. Les développements suivants tenteront donc d'établir qu'il existe bien une règle du précédent en France, quoique d'une nature différente de la règle du précédent du *common law*.

353. La règle du précédent ne bénéficie pas d'une reconnaissance formelle, comme pour le *stare decisis*, de sorte qu'il est juridiquement interdit de fonder une décision exclusivement sur un précédent (**Section 1**). Cette règle résulte néanmoins d'une reconnaissance matérielle qui, bien que d'un type différent des autres règles applicables dans le système, doit être pensée comme une véritable règle et non comme une simple autorité de fait (**Section 2**).

SECTION 1. L'ABSENCE D'UNE REGLE FORMELLE DU PRECEDENT DANS LE SYSTEME FRANÇAIS

Evoquer l'éventualité d'une règle du précédent en France exige que soit rappelée clairement la différence normative existant entre précédent et règle du précédent (§ 1). La compréhension de ce double niveau normatif permet de saisir plus clairement l'irrégularité formelle de la normativité des précédents dans le système français (§ 2).

§ 1 – *Distinction entre précédent et règle du précédent*

Un certain nombre de contre-sens dans l'analyse de la normativité des précédents peuvent découler d'une confusion entre précédent et règle du précédent. Cette confusion peut être dissipée en établissant clairement l'existence de deux degrés propres de normativité entre ces deux notions d'un point de vue théorique (A). Le système de *common law* offre, par ailleurs, un exemple historique de règle formelle du précédent, la règle du *stare decisis*, permettant d'illustrer cette distinction (B).

A – Deux degrés de normativité : la règle du précédent et la règle issue du précédent

354. La règle issue du précédent. Le premier degré de normativité est constitué par la règle issue du précédent, correspondant à la *ratio decidendi* de la décision en *common law* ou, en France, à ce que l'on a qualifié de « motifs de principe »¹¹¹⁷. Il peut alors s'agir soit d'un raisonnement développé sur les faits et la solution d'un litige sur la base de ce raisonnement, dans le sens retenu notamment par Goodhart¹¹¹⁸, soit d'une règle explicitement formulée dans la décision. Dans les deux cas, cette règle peut être considérée comme la règle issue du précédent lui-même. L'expression « règle issue du précédent » est en réalité employée ici dans

¹¹¹⁷ Cf. *supra* : §§ 181 et s.

¹¹¹⁸ A. L. GOODHART, « Determining the Ratio Decidendi of a Case », *op. cit.*

une visée pédagogique, afin de l'opposer à la « règle du précédent ». En effet, parler de « règle issue du précédent » est quelque peu redondant et il est plus simple de parler uniquement de précédent. *A priori*, cette règle n'est pas, en elle-même, contraignante et ne dispose d'aucune portée obligatoire. S'il est admis la proposition selon laquelle un système donné confère valeur juridique au précédent, alors cette valeur juridique, cette « validité » au sens kelsénien du terme, ne peut résider dans le précédent en lui-même mais doit découler d'une norme supérieure indiquant que le précédent est obligatoire. C'est précisément le rôle formel joué par la « règle du précédent ».

355. La règle du précédent. La règle du précédent est une norme ayant pour fonction, dans un système juridique particulier, de conférer valeur obligatoire aux précédents dégagés par les juges du système¹¹¹⁹. Il s'agit donc d'une norme juridique formellement reconnue par le système juridique et qui fonde la normativité des précédents. En l'absence d'une telle norme, les précédents peuvent disposer d'une autorité mais ne seront pas reconnus comme juridiquement obligatoires. Elle est donc située à un autre niveau normatif que les précédents, qui ne peuvent porter en eux-mêmes leur propre fondement juridique. Il se manifeste ainsi un double niveau de normativité, de sorte que « le juge qui envisage de ne pas suivre une décision antérieure tend à violer deux règles juridiques – la règle substantielle établie dans les cas précédents, et la règle (simple) du précédent »¹¹²⁰ qui impose de suivre la première.

Cette règle du précédent est concrétisée dans les systèmes de *common law* avec la règle dite « *stare decisis* ».

B – La règle *stare decisis* : fondement normatif à l'obligation de suivre les précédents en *common law*

La règle *stare decisis* n'a pas toujours existé en *common law* et n'a pas été, à proprement parler, constitutive du *common law* anglais puis britannique, et encore moins états-unien. D'un point de vue formel, le *stare decisis* apparaît au XIXe siècle, prenant acte du tournant formaliste

¹¹¹⁹ V. not. : A. PECZENIK, « The Binding Force of Precedent », in. R. Summers, N. MacCormick (ed.), *Interpreting Precedents*, *op. cit.*, p. 463 ; J. EVANS, « The Status of Rules of Precedent », 41 *Cambridge Law Review* (1982), p. 162.

¹¹²⁰ Th. M. BENDITT, « The Rule of Precedent », in. L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, *op. cit.*, p. 101.

et positiviste du droit anglais (1°). Le statut normatif de cette règle, rigide à la fin du XIX^e siècle, puis compris d'une façon plus souple au milieu du XX^e, a considérablement évolué (2°).

1) Identification de la règle *stare decisis*

356. Définition. Dans sa formulation complète, la maxime *stare decisis et non quieta movere* indique qu'il faut s'en tenir à ce qui a été décidé et ne pas modifier ce qui est établi. En *common law*, cette maxime ne correspond pas uniquement à un adage ou un principe général non contraignant mais constitue véritablement « une règle ou un principe d'action que les tribunaux doivent suivre »¹¹²¹. Cette règle implique concrètement que, « lorsqu'un point ou un principe de droit a été officiellement décidé ou tranché, par la décision d'un tribunal compétent, dans une affaire où il était directement et nécessairement impliqué, et davantage lorsqu'il en a été décidé de même d'une façon répétée, ce point de droit ne doit plus être discuté ou reconsidéré, ni faire l'objet d'une nouvelle solution, par le même tribunal ou par ceux qui sont liés par ses décisions »¹¹²². L'idée que le point de droit tranché ne peut plus être soumis à une nouvelle solution évoque la même logique que la règle *res judicata pro veritate habetur*, signifiant que la chose jugée est tenue pour étant vraie et ne peut donc être soumise, une seconde fois, à examen, exception faite des voies de recours prévues par le système juridique. Cross et Harris ont en effet noté que l'usage indifférencié de termes comme « cas », « jugement » ou « décision » pour désigner la *ratio decidendi* peut entraîner dans le même temps une confusion entre *res judicata* et *stare decisis*¹¹²³. Il y a cependant une différence essentielle entre ces deux règles, la première, *res judicata*, ne valant que pour les parties au litige, la seconde, *stare decisis*, ayant vocation à rejaillir pour toutes les instances ultérieures jugées analogues. Cette distinction est, somme toute, classiquement admise dans l'ensemble des systèmes entre portée concrète et individuelle de la solution d'espèce et portée générale et abstraite du précédent.

357. Évolution de la règle *stare decisis*. La règle *stare decisis* n'a pas toujours existé dans les systèmes de *common law*. Elle constitue en réalité le produit de l'évolution positiviste et

¹¹²¹ H. CAMPBELL BLACK, « The Doctrine of *Stare Decisis* », 20 *Law Student's Helper* (1912), p. 209.

¹¹²² *Ibid.*

¹¹²³ R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, *op. cit.*, p. 97 : « The fact that words such as "case", "judgment", or "decision" may all be used to mean the *ratio decidendi* of a case sometimes leads to the confusion of *ratio decidendi* with *res judicata*, i.e. the confusion between the effect of a decision from the point of view of subsequent litigation involving different parties, and its effect on the parties to the dispute ».

formaliste moderne des systèmes de *common law* à partir du XIXe siècle, mouvement amorcé en Angleterre. Il a déjà été démontré par ailleurs¹¹²⁴ que la conception du droit au Royaume-Uni a connu un tournant positiviste important dès le début du XIXe siècle, sous l'influence d'auteurs comme J. Bentham et J. Austin¹¹²⁵, mouvement concrétisé notamment par diverses réformes du système judiciaire britannique en 1832 puis avec les lois de 1873-75. Ces évolutions, au niveau doctrinal comme au niveau du droit positif, ont entraîné une évolution dans la façon de penser les précédents judiciaires¹¹²⁶, s'inscrivant à rebours de l'ancienne conception qui avait prévalu jusqu'au XVIIIe¹¹²⁷ dans la pensée de Sir W. Blackstone. Comme l'a en effet rappelé J. Evans, la vision « traditionnelle » au sujet de la doctrine du précédent, en vertu de laquelle « le *common law* est la coutume commune du royaume que les tribunaux ne font que déclarer »¹¹²⁸ est encore véritablement dominante à la fin du XVIIIe siècle. Cette théorie « déclaratoire » du précédent, issue de toute la tradition des penseurs de *common law*, depuis Bracton, Glanville ou Coke et formalisée, dans sa dernière version, dans les *Commentaries* de Blackstone, correspond fondamentalement à une approche jusnaturaliste du précédent. En suivant le précédent d'une cour supérieure, un juge ne se soumet donc pas directement à un droit créé par cette dernière mais il se soumet à la règle de droit existant objectivement avant que la décision de la cour ne vienne lui donner une traduction judiciaire concrète. Le tournant du XIXe siècle est résolument « formaliste »¹¹²⁹ et positiviste en ce sens qu'il a vocation à démystifier la vision objectiviste jusnaturaliste de la théorie déclaratoire pour s'attacher à une conception centrée sur le « *judge-made law* ». Ainsi que l'a noté N. MacCormick, « la véritable raison du développement moderne du *stare decisis* a été la destruction du fondement sur lequel l'ancienne conception du précédent reposait »¹¹³⁰. En effet, tant que l'on admet que le juge ne fait que déclarer le droit, nul besoin d'une norme supérieure pour donner un caractère obligatoire au précédent, dans la mesure où le juge n'est qu'une courroie de transmission d'un droit objectif et déjà obligatoire en soi. En revanche, à partir du moment où la théorie déclaratoire décline au profit d'une conception plus

¹¹²⁴ Cf. *supra* : § 31 et §§ 166-167.

¹¹²⁵ V. not. : Sir W. HOLDSWORTH, « Bentham's Place in English Legal History », 28 *California Law Review* (1940), p. 568 ; N. DUXBURY, « English Jurisprudence Between Austin and Hart », 91 *Virginia Law Review* (2005), pp. 6-22 ; E. G. NALBANDIAN, « Early Legal Positivism : Bentham and Austin », *op. cit.*

¹¹²⁶ J. EVANS, « Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century », *op. cit.*

¹¹²⁷ Sir W. HOLDSWORTH, « Precedents in the Eighteenth Century », 51 *Law Quarterly Review* (1935), p. 441.

¹¹²⁸ J. EVANS, « Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century », *op. cit.*, p. 36.

¹¹²⁹ *Ibid.*, p. 39.

¹¹³⁰ N. MACCORMICK, « Can *Stare decisis* Be Abolished ? », 197 *Juridical Review* (1966), p. 206.

positiviste du précédent, il faut qu'une norme supérieure vienne habiliter les juges à créer des précédents et justifier le fait que ces derniers doivent être suivis¹¹³¹.

358. Différence entre Angleterre et États-Unis. A. Goodhart, dans une étude comparée des deux systèmes précédentiels anglais et américain¹¹³², rappelle qu'il est « presque aussi difficile pour un juriste anglais de comprendre la théorie américaine du précédent que de comprendre celle des systèmes civilistes » de sorte qu'« au lieu de deux systèmes concurrents – *common law* et *civil law* – on fait face désormais à trois méthodes différentes, l'anglaise, l'américaine et la civiliste »¹¹³³. Il existe en effet une différence fondamentale entre ces deux approches, quant à la portée et au sens donnés à la règle *stare decisis*. L'approche anglaise du *stare decisis* est en effet une approche stricte et formaliste, quand bien même celle-ci s'est assouplie depuis le *Practice Statement* de 1966¹¹³⁴. Par cette approche, les tribunaux sont considérés comme liés par les précédents des cours supérieures, quand bien même la solution leur paraîtrait mauvaise ou infondée. De même, si, depuis 1966, la Chambre des Lords, devenue Cour suprême en 2005, peut revenir sur ses propres précédents, elle ne le fait que très rarement et avec une grande précaution. Selon Goodhart, l'approche anglaise est fondée sur l'idée qu'« il est essentiel, pour le droit, d'être certain, et c'est en vue de parvenir à cette certitude qu'il est parfois nécessaire de sacrifier à l'exigence de justice »¹¹³⁵, qui, à l'inverse, peut exiger que l'on s'écarte d'un précédent. Cette acception stricte du *case law* est bien ancrée dans la pensée des juges anglais qui, « ayant à traiter presque exclusivement de questions de droit techniques, ne se sentent pas entravés par la doctrine du *stare decisis* »¹¹³⁶. L'attitude américaine vis-à-vis du précédent est, en revanche, davantage conditionnée par une approche politique de la fonction de juger. Ainsi, à la différence des tribunaux anglais, les juges américains « considèrent parfois comme nécessaire, sur des questions touchant au droit constitutionnel, d'opérer un volte-face total en l'espace de quelques années »¹¹³⁷. Les cours américaines ont ainsi une compréhension

¹¹³¹ P. WESLEY-SMITH, « Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis* », in L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, *op. cit.*, p. 80 : « *stare decisis* did not emerge in its fully developed form until the declaratory theory was in decline and in the process of being partially replaced by positivists ideas ».

¹¹³² A. L. GOODHART, « Case Law in England and America », 15 *Cornell Law Quarterly* (1930), p. 173.

¹¹³³ *Ibid.*

¹¹³⁴ Cf. *supra* : § 283.

¹¹³⁵ A. L. GOODHART, « Case Law in England and America », *op. cit.*, p. 178.

¹¹³⁶ *Ibid.*, p. 188.

¹¹³⁷ *Ibid.*

plus souple du *stare decisis*¹¹³⁸ dans le cas des questions constitutionnelles revêtant, par définition, une nature éminemment politique. Cette position rejoint le constat dressé par A. Tunc, précisant qu'aux États-Unis, « le juge ne se contente plus de dire le droit tel qu'il est ; il fait preuve d'esprit critique à son égard et éprouve le besoin de justifier la règle de droit qu'il applique »¹¹³⁹, ce qui « est certainement contraire à l'esprit même de la doctrine du précédent »¹¹⁴⁰. Ces différences, très prononcées à l'époque où ces auteurs les conceptualisent, à partir des années 1930 jusqu'en 1960, ont été progressivement relativisées. Elles demeurent néanmoins, pour l'essentiel, pertinentes, même si la Cour suprême du Royaume-Uni tend également à jouer un rôle politique et constitutionnel de plus en plus important¹¹⁴¹.

2) Statut normatif de la règle *stare decisis*

359. *Stare decisis*, théorie déclaratoire et positivisme. Lorsque l'on évoque la normativité des précédents, deux modèles s'opposent systématiquement : l'un prétend que le juge n'est jamais que le relai d'un droit objectif préexistant ; l'autre soutient que le juge fait œuvre créatrice. Cette dualité d'approche se retrouve dans l'ensemble des systèmes et des théories modernes, sous diverses appellations et à divers degrés. En théorie du droit, cela reflète généralement l'opposition entre le jusnaturalisme et le positivisme. En *common law*, cette distinction a été formalisée dans la théorie déclaratoire de Blackstone et dans le positivisme formaliste de Bentham ou Austin. Dans un article consacré aux liens entre ces deux théories et la règle *stare decisis*, P. Wesley-Smith soutient que « ni la théorie déclaratoire, ni le positivisme ne peuvent justifier l'effet invariablement contraignant des précédents »¹¹⁴², tel qu'il résulte de

¹¹³⁸ V. également : H. C. COVINGTON, « The American Doctrine of *Stare Decisis* », 24 *Texas Law Review* (1945-46), p. 190.

¹¹³⁹ A. TUNC, S. TUNC, *Le droit des États-Unis d'Amérique. Sources et techniques*, *op. cit.*, p. 155.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

¹¹⁴¹ La dimension politique du contentieux américain ne saurait cependant constituer un facteur unique d'explication du caractère plus souple du *stare decisis* aux États-Unis, et Goodhart en synthétise d'ailleurs cinq principaux : « 1) le flux incontrôlable des décisions américaines, 2) la position prédominante des questions constitutionnelles en droit américain, 3) la plus grande nécessité de flexibilité des règles de droit, 4) la méthode d'enseignement dans les écoles de droit américaine, 5) le « restatement of the law » élaboré par l'American Law Institute » (A. L. GOODHART, « Case Law in England and America », *op. cit.*, p. 186).

¹¹⁴² P. WESLEY-SMITH, « Theories of Adjudication and the Status of *Stare Decisis* », *op. cit.*, p. 73 : « The argument of this essay is that two theories of adjudication coexist in the minds of judges trained in the English common law tradition but provide no theoretical support for the full doctrine of *stare decisis* ; indeed, neither the declaratory theory nor positivism can justify the invariably binding effect of precedent ».

la règle *stare decisis*. S'inscrivant dans un certain relativisme théorique, il défend l'idée selon laquelle ces théories, dans la pratique concrète des tribunaux, constituent « des armes alternatives dans l'arsenal des juges »¹¹⁴³, dont ces derniers peuvent user selon les besoins de leur démonstration. Selon cette perspective, les deux approches semblent donc « complémentaires », dans la mesure où « l'approche positiviste fournit un appui à la création de droit par le juge, la théorie déclaratoire pour l'application d'une règle nouvelle à des événements antérieurs »¹¹⁴⁴. L'auteur présente toutefois chacune d'elle, dans sa forme la plus radicale, comme incompatible avec l'idée même du *stare decisis* comprise strictement. D'un côté, si la théorie déclaratoire consiste à faire du juge l'organe privilégié de la découverte d'un droit objectif non posé, alors il ne peut être lié par un quelconque précédent. En effet, « un juge ne peut être lié par l'opinion d'un autre juge, lorsque son devoir est de découvrir le droit par lui-même », de sorte que « la théorie déclaratoire ne peut servir de fondement à l'effet contraignant des précédents »¹¹⁴⁵. D'un autre côté, l'approche positiviste semblerait, de prime abord, davantage adaptée à la thèse du *stare decisis*. Elle peut néanmoins soulever également certains problèmes, tenant à l'identification de la normativité de cette règle et sa spécificité par rapport aux autres sources formelles du système. Ainsi, si l'on admet l'approche positiviste selon laquelle les juges créent le droit et ne le déclarent pas, alors une règle *stare decisis* est en effet nécessaire afin d'assurer la cohésion du système, sans quoi tout juge peut créer son propre droit sans être lié par les décisions précédentes des cours supérieures. Cela ne répond toutefois pas, de prime abord, au statut normatif de la règle *stare decisis*, c'est-à-dire au fondement du caractère contraignant des précédents. Plusieurs hypothèses peuvent alors être envisagées.

360. Norme coutumière formalisée. Le *common law*, à l'origine le droit commun du royaume issu des décisions des juges de la Cour du Roi, est fondamentalement un droit coutumier. L'Angleterre, puis le Royaume-Uni, ont reconnu à la coutume une place parmi les sources formelles du droit, allant même jusqu'à disposer d'une Constitution coutumière dite « non écrite »¹¹⁴⁶. Fruit d'une longue tradition, quasiment immémoriale, de respect des décisions précédentes des juges de la Couronne dans les cas similaires, lorsqu'aucune bonne raison de

¹¹⁴³ *Ibid.*, p. 77.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 80.

¹¹⁴⁶ Sur ce point, v. not. : D. BARANGER, *Ecrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, coll. Leviathan, 2008.

justifiait de s'en écarter, le *common law* s'est fondé sur cette pratique institutionnelle judiciaire de respect des précédents¹¹⁴⁷. Dans son étude historique sur la formation du précédent en *common law*, T. Ellis-Lewis relève que « la répétition de cas analogues a conduit à une certaine tradition judiciaire. Le *common law* a évolué par les décisions des juges royaux ; ils ont développé la coutume de la *Curia Regis*, and cet "*usus curiae*" est le germe du précédent judiciaire. Il s'agissait d'une coutume judiciaire, consistant à juger de la même façon les cas similaires, mais ce n'était rien de plus qu'une coutume »¹¹⁴⁸. Le précédent en lui-même ne peut être assimilé à une norme coutumière, mais la pratique consistant à se conformer généralement aux précédents et à se sentir lié par les précédents semble en revanche constituer une coutume. La règle du précédent serait donc, dans cette perspective, une norme coutumière issue de la pratique institutionnelle des juges de *common law*, norme qui s'est formalisée dans la règle *stare decisis* au XIXe siècle.

361. Règle de reconnaissance. D'une façon plus générale, l'autorité de la règle *stare decisis* pourrait également se comprendre en référence à la « règle de reconnaissance » et au « point de vue interne », tels que développés chez H. Hart. En effet, Hart distingue deux aspects du rapport que l'on peut avoir aux règles, un aspect « externe » et un aspect « interne ». Dans un système juridique donné, « il est en effet possible de considérer les règles, soit simplement comme un observateur qui ne les accepte pas lui-même, soit comme un membre du groupe qui les accepte et les utilise comme modèles de conduite »¹¹⁴⁹. Pour saisir la façon dont certains membres du groupe, acteurs du système juridique, utilisent certaines règles et les considèrent comme contraignantes, il est important d'identifier ce que Hart appelle « l'aspect interne des règles de droit ». En effet, « ce que le point de vue externe, qui se réduit à des régularités observables de comportement, ne peut reproduire, c'est la façon dont les règles fonctionnent dans la vie de ceux qui constituent normalement la majorité dans une société. Ce sont les autorités publiques, les praticiens du droit ou les personnes privées qui les utilisent, au fil des situations, comme des modèles pour la direction de la vie en société » et « dans toutes les

¹¹⁴⁷ Sur le statut de la coutume en *common law* et son lien avec le précédent, v. not. : F. A. GREER, « Custom in the Common Law », 9 *Law Quarterly Review* (1893), p. 153 ; G. J. POSTEMA, « Custom, Normative Practice, and the Law », 62 *Duke Law Journal* (2012), p. 707 ; G. LAMOND, « Legal Sources, the Rule of Recognition and Customary Law », 59 *American Journal of Jurisprudence* (2014), pp. 43-47.

¹¹⁴⁸ T. ELLIS-LEWIS, « The History of Judicial Precedent III », *op. cit.*, p. 422 : « A repetition of analogous cases led to some judicial tradition. The common law was being evolved by the decisions of the King's justices ; they developed the custom of the *Curia Regis*, and this "*usus curiae*" is the germ of judicial precedent. It was a custom of judicial decision, to decide similar cases in the same way, but it was no more than a custom ».

¹¹⁴⁹ H. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2^e éd., 2005., p. 108.

transactions courantes d'une vie régie par des règles »¹¹⁵⁰. Ce point de vue interne est décisif pour saisir l'identification, par Hart, des règles secondaires, s'ajoutant aux règles primaires d'obligation. Parmi ces règles secondaires, Hart identifie la « règle de reconnaissance » (*rule of recognition*), « indiquant d'une manière positive et décisive que la règle visée qui les possède, constitue bien une règle du groupe, et qu'elle devra être soutenue par la pression sociale exercée par ce groupe »¹¹⁵¹. En d'autres termes, la règle de reconnaissance est la règle qui contient les critères permettant d'identifier quelles normes sont des normes relevant du système juridique et de les hiérarchiser entre elles¹¹⁵². Il s'agit donc du critère ultime de validité du système juridique, à l'instar de la norme fondamentale kelsénienne. Certains auteurs rattachent l'autorité de la règle *stare decisis* à une certaine règle de reconnaissance, estimant que la règle du précédent constitue « une partie de la norme fondamentale ou de la règle de reconnaissance du système juridique »¹¹⁵³. En effet, l'autorité des précédents ne peut « reposer sur les précédents eux-mêmes ou sur une autre source, mais seulement sur l'acceptation de leur appartenance à l'ultime source d'autorité du système »¹¹⁵⁴. La règle de reconnaissance contiendrait donc, dans sa formulation complexe, l'obligation de se conformer aux décisions des cours supérieures dans les cas ultérieurs analogues, de sorte que le *stare decisis*, ainsi incorporé à la règle de reconnaissance, conférerait la validité, c'est-à-dire le caractère juridiquement obligatoire, aux précédents du système¹¹⁵⁵.

362.Pratique institutionnelle. Ces tentatives de rattachement du *stare decisis* à une norme formelle du système, par la coutume, norme primaire, ou la règle de reconnaissance, norme secondaire, peuvent cependant révéler un caractère relativement artificiel. Dans cette perspective, la règle *stare decisis* pourrait également être présentée comme une simple règle de pratique institutionnelle, que les cours supérieures acceptent de respecter jusqu'à ce qu'elles

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 110.

¹¹⁵¹ *Ibid.*, p. 114.

¹¹⁵² V. également : G. LAMOND, « Legal Sources, « Legal Sources, the Rule of Recognition and Customary Law », *op. cit.*

¹¹⁵³ J. EVANS, « The Status of Rules of Precedent », *op. cit.*, p. 172.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*

¹¹⁵⁵ V. not. : P. WESLEY-SMITH, « Adjudication, and Statuts of Stare Decisis », *op. cit.*, p. 85 : « (...) a rule of *stare decisis* cannot plausibly belong to the ratio decidendi. However a more sophisticated form of positivist theory could portray *stare decisis* as legal and thus formally obligatory by incorporating it into the legal system's rule of recognition ».

décident de ne plus l'être, en témoigne la pratique de l'*overruling*¹¹⁵⁶. Ainsi, la distinction opérée par Th. Benditt entre destinataire et producteur du droit peut être mobilisée de façon opportune. L'auteur précise que « le destinataire du droit est totalement lié : aussi longtemps que le droit s'applique à sa situation, il est juridiquement contraint de se comporter d'une certaine façon, et rien de ce qu'il fera ne pourra changer cela (...). Il ne serait pas correct, cependant, de penser que quiconque est lié, l'est totalement, car ceux qui font le droit ne sont pas liés de cette façon. Ils sont liés à moins qu'ils changent le droit »¹¹⁵⁷. L'autorité des précédents découlerait donc, en dernière instance, non pas d'une règle de droit mais d'une acceptation, implicite ou explicite, de la normativité des précédents, manifestée par la pratique institutionnelle des cours supérieures et des juges inférieurs. Nombre d'auteurs prennent l'exemple, pour illustrer cela, d'individus décidant de jouer à un jeu quelconque, football ou échecs par exemple¹¹⁵⁸. Ils se mettent d'accord sur un certain nombre de règles qu'ils devront respecter pour que le jeu puisse se dérouler. Tant que ces règles demeurent, les joueurs sont liés par elles, mais ils peuvent en outre décider de retrancher une règle ou d'en ajouter une, donc de modifier les règles du jeu. À partir de ce moment-là, ils devront, pour pouvoir jouer, respecter mutuellement ces nouvelles règles. Ainsi, ils sont liés par les règles jusqu'à ce qu'ils décident, souverainement, d'en changer.

Le système français ne dispose pas de la même tradition en matière de règle du précédent. Aussi la normativité des précédents y est-elle considérée comme formellement irrégulière.

§ 2 – L'irrégularité formelle de la normativité des précédents en France

Le constat de l'inexistence, en France, d'une règle formelle pouvant être rapprochée du *stare decisis* (A) se traduit concrètement, en droit positif, par l'interdiction de fonder une décision de justice exclusivement sur un précédent juridictionnel (B).

¹¹⁵⁶ Cf. *supra* : § 285.

¹¹⁵⁷ Th. M. BENDITT, « The Rule of Precedent », *op. cit.*, p. 103 : « The addressee of law is bound through and through : so long as the law applies to his situation, he is legally required to behave in certain ways, and nothing he does can change this (...). It would not be correct, though, to think that everyone who counts as legally bound is bound through and through, for those who administer laws are not bound. They are *bound unless* they change the law ».

¹¹⁵⁸ *Ibid.*

A – L’absence d’une règle équivalente ou analogue au *stare decisis* en France

1) Le constat

363. Absence de norme écrite conférant force obligatoire aux précédents. Il n’existe pas, en France, de règle équivalente ou analogue à la règle *stare decisis* qui s’est développée en *common law*. Premièrement, il n’y a pas de règle équivalente, en ce sens que le système français ne reconnaît pas de statut spécifique à la coutume et ne dispose donc pas, par définition, d’une norme coutumière imposant aux tribunaux de se conformer aux décisions des cours souveraines. Le système français n’a pas connu la même tradition judiciaire que celle qui a construit le *common law* anglais, et la rupture établie par la Révolution française a effacé la pratique institutionnelle judiciaire et le caractère coutumier du droit qui ont prévalu à la période médiévale et durant l’Ancien Régime. Deuxièmement, il n’y a pas non plus de règle que l’on pourrait simplement qualifier d’analogue au *stare decisis*, en ce sens qu’elle n’aurait pas les mêmes traits objectifs que la règle *stare decisis*, mais remplirait néanmoins la même fonction dans le système juridique. En effet, la France est un système légaliste, de droit écrit, et ne reconnaît pas de statut à la coutume en dehors de ce que la Constitution ou la loi prévoient. Par conséquent, s’il devait, dans un tel système, y avoir une règle conférant force obligatoire aux précédents des cours souveraines, celle-ci devrait figurer explicitement dans la Constitution ou la loi. Aucune norme écrite du système ne précise toutefois que les juges du fond doivent respecter les précédents des cours souveraines dans les cas ultérieurs analogues. Un tel cas de figure n’est pas simplement hypothétique et se retrouve dans d’autres systèmes juridiques positifs.

364. Exemples étrangers – Constitution indienne et code civil suisse. Certains systèmes juridiques dans le monde ont prévu des dispositions formelles écrites habilitant les cours supérieures à établir des précédents et obligeant, par là-même, les juges inférieurs à les respecter. Ainsi, au niveau constitutionnel tout d’abord, l’article 141 de la Constitution indienne dispose que « le droit déclaré par la Cour suprême sera obligatoire pour tous les tribunaux du territoire de l’Inde »¹¹⁵⁹. Le système juridique indien contient ainsi une règle *stare decisis* explicitement posée au niveau constitutionnel, ne valant toutefois que pour la Cour suprême. Au niveau législatif ensuite, l’exemple suisse est particulièrement éclairant. En effet, l’article

¹¹⁵⁹ P. TRIKAMDAS, « The Supreme Court of India », 8 *Journal of the International Commission of Jurists* (1967), p. 81.

premier du code civil suisse dispose que « (l)a loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ». Cet article premier du code civil suisse correspond ainsi à une sorte de règle de reconnaissance hartienne formalisée dans une disposition législative. Elle prévoit quelles sont les éléments utilisés par les juges comme normatifs, et elle les hiérarchise. Si la loi figure en premier, en l'absence de dispositions législatives ce seront les dispositions coutumières qui devront être appliquées, puis, à défaut, les juges sont habilités à faire œuvre créatrice. L'article ne reconnaît pas exactement de règle *stare decisis*, dans la mesure où les juges inférieurs ne sont pas considérés comme liés par la « jurisprudence », mais sont simplement supposés s'en « inspirer »¹¹⁶⁰.

2) L'explication

365.Le fait qu'il n'existe pas de règle du précédent dans le système français s'explique de façon cohérente, par la compréhension de ce qu'est le précédent dans la culture juridique française. S'il n'y a pas en France, à la différence du *common law*, de dualité identifiable entre règle du précédent et précédent c'est que, paradoxalement, toute la normativité réside dans le précédent en lui-même. Le précédent en France étant en effet conçu, dès son origine, comme une sorte de législation informelle prononcée par les cours souveraines, sa normativité s'est développée à l'ombre de toute habilitation juridique. La normativité des précédents en France demeure une irrégularité juridique et, en tant que telle, elle ne saurait être consacrée par une norme du système. Dans un système qui connaît une règle du précédent, obligeant les juges inférieurs à se conformer aux précédents des juges supérieurs, les décisions des cours supérieures bénéficient de cette habilitation normative et n'ont pas à développer un style particulièrement directif en vue d'asseoir l'autorité de leurs décisions. Les cours se sont donc concentrées davantage sur la motivation et le raisonnement sur les faits. En France, en revanche, l'absence de règle *stare decisis* a conduit les cours souveraines à adopter un style beaucoup plus directif et prescriptif. Dans le système précédentiel français, seul le précédent est normatif, ce qui explique sa forme plus prescriptive et générale que dans les systèmes où les

¹¹⁶⁰ Sur ce sujet, v. : M. MÜLLER-CHEN, « Precedent in Switzerland », in. C. BAUDENBACHER, S. PLANZER (ed.), *International Dispute Resolution : The Role of Precedent*, Stuttgart, German Law Publishers, 2011, p. 13.

précédents bénéficient d'une force contraignante par l'habilitation d'une règle du précédent. N'étant pas formellement reconnu par le système, le précédent en France, comme la première partie de cette étude a tenté de l'établir, a dû se calquer sur les attributs des normes formelles « officielles » du système pour être normatif. On voit donc à l'œuvre un phénomène d'engendrement mutuel dont il serait périlleux d'identifier la cause première : le précédent en France est fondamentalement prescriptif car il n'y a pas de règle du précédent ; dans le même temps, c'est ce caractère prescriptif du précédent, en lui-même, qui justifie l'absence de règle du précédent.

En l'absence d'une telle règle conférant une normativité « officielle » au précédent, toute décision de justice fondée exclusivement sur un précédent est considérée comme juridiquement irrégulière.

B – Interdiction formelle de fonder une décision de justice exclusivement sur un précédent

Ce constat peut être établi à la fois en droit civil (1°), en droit administratif (2°) et en droit constitutionnel (3°).

1) Code de procédure civile

366. Absence de motivation suffisante. L'article 455 du code de procédure civile dispose que « le jugement doit être motivé ». La question se pose cependant de savoir ce que signifie « être motivé » et si, en l'occurrence, la simple mention d'un précédent suffit à fonder une décision. Accepter cela reviendrait, implicitement, à admettre la normativité des précédents. De façon constante, la Cour de cassation juge que la seule référence à une décision antérieure, rendue dans un cas analogue à celui présent, ne saurait constituer une motivation suffisante, et constitue, en ce sens, une violation de l'article 455 du code de procédure civile. Dès 1961, la Cour de cassation a précisé que « le juge doit se déterminer d'après les circonstances particulières au procès et non par voie de simple référence à des causes déjà jugées »¹¹⁶¹. Plus directement, sur la question de la mention des précédents, la Cour a jugé, en

¹¹⁶¹ Civ. 2^e, 15 novembre 1961, *Bull. civ.* II, n° 753.

1991, que « la référence à une décision rendue dans un litige différent de celui soumis à une juridiction ne saurait (...) servir de fondement à la décision de cette dernière »¹¹⁶². D'une façon plus nette encore, dans un attendu de principe placé en « chapeau » de la décision, la Cour a posé, deux ans plus tard, au visa des articles 455 et 458 du code de procédure civile, que « le jugement doit, à peine de nullité, (...) être motivé ; qu'il ne peut y être supplée par référence à une autre décision, fût-elle annexée, qui n'a pas été rendue dans la même instance »¹¹⁶³.

2) *Code de justice administrative*

367. Vice de forme. En contentieux administratif, c'est l'article L. 9 du code de justice administrative qui pose que « les jugements sont motivés ». De la même façon qu'au civil, la seule lecture de cette disposition ne peut permettre de savoir si une mention exclusive de précédents juridictionnels serait susceptible de satisfaire à cette exigence de motivation. La jurisprudence du Conseil d'État, interprétant cet article L. 9, ne fournit, en outre, pas de réponses analogues à celles données par la Cour de cassation interprétant l'article 455 du code de procédure civile. À côté de l'article L. 9, dans la partie réglementaire du code de justice administrative, l'article R. 741-2¹¹⁶⁴ établit les « mentions obligatoires de la décision » de justice administrative¹¹⁶⁵. Son second alinéa dispose que la décision « contient le nom des parties, l'analyse des conclusions et mémoires ainsi que les visas des dispositions législatives ou réglementaires dont elle fait application ». Les précisions contentieuses relatives à cette disposition concernent toute une série de mentions formelles, notamment sur la question du visa des mémoires produits avant comme après la clôture de l'instruction, mais rien n'est dit sur l'hypothèse d'une éventuelle mention exclusive des précédents. Cette disposition semble n'admettre comme règles pouvant figurer dans les visas que les seules dispositions législatives et réglementaires, à l'exclusion des précédents. Il pourrait également être soutenu que cette disposition indique ce qui doit obligatoirement figurer dans les visas, sans pour autant interdire qu'y figure, par ailleurs, les précédents. Mais une mention exclusive d'un précédent, sans

¹¹⁶² Soc., 27 février 1991, n° 88-42.705.

¹¹⁶³ Com., 8 juin 1993, n° 90-16.634 ; v. également : Com., 11 février 1986, *Bull. civ.*, IV, n° 6, *Gaz. Pal.* 1986, 2, 419.

¹¹⁶⁴ Dans sa rédaction issue du décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005, art. 8.

¹¹⁶⁵ V. not. : V. HAÏM, « Le jugement », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, Juin 2017 (actualisation avril 2019).

référence à une disposition législative ou réglementaire, constituerait, de toute évidence, une violation de l'article R. 741-2 du code de justice administrative et, par conséquent, un moyen d'ouverture à cassation pour vice de forme de la décision.

3) *Dispositions relatives au Conseil constitutionnel*

368. N'ayant pas à connaître, en cassation, de la régularité de décisions rendues par des juges du fond, le Conseil constitutionnel n'a pas pu développer une jurisprudence similaire à celle de la Cour de cassation sur la question de la mention exclusive de ses précédents. Exception faite de l'autorité conférée aux décisions du Conseil par l'article 62 de la Constitution et la question des réserves d'interprétation, les juges ordinaires ne peuvent cependant pas s'appuyer sur une seule décision du Conseil constitutionnel, mais sur une norme constitutionnelle textuelle. De nombreuses dispositions textuelles applicables au Conseil constitutionnel, en particulier celles de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, précisent que les décisions du Conseil doivent être motivées. Cette obligation est énoncée d'une manière générale dans l'article 20 de l'ordonnance¹¹⁶⁶. En outre, l'article 12 al. 1^{er} du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil pour les QPC dispose que « les décisions du Conseil constitutionnel comportent le nom des parties et de leurs représentants, les visas des textes applicables et des observations communiquées, les motifs sur lesquels elles reposent et un dispositif »¹¹⁶⁷. L'article 18 du règlement applicable en matière de contentieux électoral contient exactement la même formulation. En faisant référence au « visa des textes applicables », ces dispositions des règlements intérieurs du Conseil signifient qu'il ne saurait y avoir de décisions valablement fondées sur un précédent juridictionnel, à l'exception de toute autre norme textuelle.

Dépourvu d'une norme formelle pouvant être assimilée à la règle *stare decisis*, le système juridique français n'en reconnaît pas moins une règle matérielle du précédent, dont il s'agit maintenant d'examiner le contenu et la signification théorique.

¹¹⁶⁶ « La déclaration du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est publiée au *Journal Officiel* ».

¹¹⁶⁷ Décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, *JORF* n° 0041, 18 février 2010, p. 2986.

SECTION 2 : L'EXISTENCE D'UNE REGLE MATERIELLE DU PRECEDENT

L'analyse de la pratique précédentielle des acteurs du système juridique français fait apparaître l'existence d'une véritable règle du précédent qui, bien que non reconnue comme formellement valide, est considérée comme une véritable règle devant être suivie et imposant des obligations (§ 1). Cette situation pose cependant un certain nombre de difficultés théoriques, et certaines hypothèses seront avancées pour tenter d'en fournir l'explication. La règle du précédent en France serait, du point de vue interne des acteurs, une règle juridique matérielle, dont la normativité serait essentiellement d'ordre rhétorique (§ 2).

§ 1 – *L'existence d'une véritable règle imposant de suivre les précédents*

Le constat de l'existence d'une règle du précédent en dehors des canons formels de l'ordre juridique (A) soulève certains débats théoriques récurrents qui constituent, en France, les prismes exclusifs par le biais desquels le pouvoir normatif du juge est pensé (B).

A – Le constat de l'existence de la règle

369.Plus qu'une simple pratique. Constatant le paradoxe du développement d'un système précédentiel dans un système juridique qui l'interdit formellement, M. Troper précise qu'il « serait parfaitement vain de présenter cette situation comme résultant simplement de l'opposition du droit et du fait, car si les règles qui visent à éviter qu'il y ait un système de précédents sont bien "du droit", ce qui se produit "en fait" n'est pas moins "juridique" »¹¹⁶⁸. C'est bien l'opposition du droit et du fait qui est questionnée par l'autorité des précédents en France. En effet, en plus d'une pratique générale de respect des précédents, il existe un véritable sentiment que les précédents constituent une source majeure du droit applicable. Il ne s'agit donc pas, dans ce cas, d'un simple fait, du simple constat d'une régularité de comportement

¹¹⁶⁸ M. TROPER, « La force des précédents et les effets pervers en droit », *op. cit.*, p. 163.

advenant de façon relativement fortuite. Ainsi, poursuit M. Troper, « si la description que fait la doctrine juridique de la jurisprudence est exacte et si certains tribunaux ont bien le pouvoir de créer des règles que d'autres devront suivre, on n'a pas à faire avec une simple pratique »¹¹⁶⁹. Il s'agit bien d'une règle et non pas uniquement d'une situation factuelle, règle qui conditionne le comportement des acteurs juridiques, spécifiquement les juges, et qui leur impose de se conformer aux précédents édictés par les cours souveraines.

Toute la difficulté, face à cette règle qui ne semble pas en être formellement une, est finalement d'en donner une explication théorique satisfaisante et opérante. L'état du débat théorique en France, sur cette question, semble cependant confronté à de nombreuses apories.

B – L'état du débat théorique français sur l'autorité des précédents

L'analyse théorique de la question de l'autorité des précédents et, plus largement, du pouvoir normatif du juge, repose, en France, sur deux grands débats de principe : la distinction du droit et du fait (1^o) et l'interprétation comme acte de connaissance ou de volonté (2^o).

1) Autorité de droit, autorité de fait

370.L'autorité de fait des précédents. Pour appréhender l'autorité des précédents, ou de la jurisprudence, la doctrine française a fréquemment recours à la notion d'autorité de fait, qu'elle oppose à celle de droit¹¹⁷⁰. L'autorité dite « de droit » correspond à la force obligatoire attachée aux normes formelles du système juridique, qui sont des normes juridiques valides imposant une obligation. L'autorité « de fait » est celle qui s'exerce en dehors de toute obligation juridique. En ce sens, elle « désigne l'hypothèse d'une règle jurisprudentielle dépourvue de caractère juridiquement obligatoire »¹¹⁷¹ et justifie « ce ressort par lequel la jurisprudence constitue la règle effective »¹¹⁷² que les juges sont tenus d'appliquer. Une décision de justice ne constitue donc une norme juridique que dans sa dimension individuelle et concrète, à travers

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

¹¹⁷⁰ P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2017, pp. 313-317.

¹¹⁷¹ P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, § 90.

¹¹⁷² *Ibid.*

l'autorité de la chose jugée. En dehors de cela, la position classique de la doctrine française a été synthétisée par G. Vedel en ces termes : « il est impossible à un juge, quels que soient son niveau et sa nature, de se lier lui-même ou de lier d'autres juges, égaux ou inférieurs en rang, quant à l'existence ou l'interprétation ou l'application de règles de droit en dehors de l'espèce concrète qui fait l'objet de sa décision »¹¹⁷³. Si la jurisprudence ne constitue pas une source d'obligation juridique, elle est un simple « phénomène sociologique : elle repose sur la supputation du comportement qu'auront, quant à la solution de litiges futurs, des juges qui, à propos de litiges passés, ont reconnu l'existence et ont dégagé le sens des règles de droit ou connaissent la position d'autres juges (supérieurs, égaux voire inférieurs) sur ces règles »¹¹⁷⁴.

371. Être et devoir-être. La vision dualiste de la doctrine sur la question de l'autorité des précédents trouve ses fondements théoriques et épistémologiques dans la distinction de l'être et du devoir-être, telle que diffusée, au sein de la science du droit, par H. Kelsen. Ce dualisme, véritable socle de la pensée normativiste, postule une différence ontologique fondamentale entre ces deux modes de manifestations que sont l'être et le devoir-être. Posée comme un axiome, cette distinction est, selon Kelsen, « donnée à notre conscience de façon immédiate »¹¹⁷⁵ et n'a, dès lors, point besoin d'être explicitée ou justifiée. Ainsi, « la norme est un "devoir-être (*Sollen*)", alors que l'acte de volonté dont elle est la signification est un "être (*Sein*)" »¹¹⁷⁶. Cet axiome posé, Kelsen rappelle que « (p)uisque l'être et le devoir-être sont des formes ou des modes qui peuvent prendre n'importe quel contenu, le même contenu peut apparaître tantôt comme existant et tantôt comme obligatoire »¹¹⁷⁷. Dans cette perspective, « puisque l'être et le devoir-être sont deux modes de natures différentes, ce qui existe ne peut pas être en même temps ce qui est obligatoire, et ce qui est obligatoire ne peut pas être en même temps ce qui existe »¹¹⁷⁸, ce qui conduit à distinguer clairement les « deux substrats » : le « comportement effectif » et le « comportement obligatoire »¹¹⁷⁹. Cette distinction, appliquée à l'étude de l'autorité du précédent, implique nécessairement de présenter les normes générales

¹¹⁷³ G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *op. cit.*, p. 266.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 267.

¹¹⁷⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 7.

¹¹⁷⁷ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 73.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 74.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

formelles du système, la constitution, la loi, le règlement, comme l'expression d'un *Sollen*, d'un devoir-être, et la motivation des juges pour appliquer ces normes à des litiges concrets un *Sein*, un être. Il apparaît cependant que, d'une part, les précédents, spécialement en France, ont une dimension prescriptive, et, d'autre part, ne sont pas nécessairement, ou de façon très éloignée, des interprétations de normes générales formelles. L'étanchéité du *Sein* et du *Sollen* conduit à voir dans le précédent, norme générale extraite d'un jugement particulier, une simple irrégularité globalement respectée, une pratique (un *Sein*), ne constituant pas une obligation pour les juges mais étant pourtant généralement suivie par ces derniers.

372. Le précédent, source matérielle non obligatoire. C'est cette distinction, reçue d'une façon toute particulière dans la culture légicentriste française du XXe siècle, qui a conduit à parler systématiquement de l'autorité « de fait » de la jurisprudence, ou même, de façon oxymorique, de l'« obligation de fait » s'imposant aux juges de respecter les précédents. Cette situation a entraîné le développement d'un « cadre théorique ambivalent [qui] est pour une large part à l'origine des divisions doctrinales sur le statut de "source du droit" de la jurisprudence, selon que l'on se montrera plus attaché à la force juridiquement obligatoire ou à la force effectivement exercée »¹¹⁸⁰. Cette dualité peut également être parfois exprimée dans la distinction entre source formelle et source matérielle du droit. Dans ce cas, la loi est une source formelle, valide et donc obligatoire pour les juges, tandis que le précédent ne constitue, pour ces derniers, qu'une source matérielle. Il peut être ainsi affirmé que « la règle du *stare decisis* (...) est officielle dans les pays de *Common law* et (...) prend la forme d'une contrainte juridique dans les pays de *Civil law* »¹¹⁸¹. En tant que source matérielle, le précédent conditionne la solution sans toutefois être, « officiellement », la norme appliquée. C'est cette absence de caractère obligatoire qui empêche que soit mentionné un précédent. Ainsi que l'a justement souligné P. Deumier, « il existe en effet une assimilation assez profondément ancrée entre "mention du précédent" et "précédent obligatoire" : soit le précédent n'est pas obligatoire et il n'a pas sa place dans la décision ; soit le précédent est cité dans la décision et il est nécessairement obligatoire : aucune autre option ne semble envisageable »¹¹⁸².

¹¹⁸⁰ P. DEUMIER, « Jurisprudence », *op. cit.*, § 90.

¹¹⁸¹ I. BOUCOBZA, « La fonction juridictionnelle et la production des normes », *op. cit.*, p. 725.

¹¹⁸² P. DEUMIER, « Et pour quelques signes de plus : mentionner le précédents », *op. cit.*

À côté de l'opposition entre droit et fait, la question du pouvoir normatif du juge, et par voie de conséquence de l'autorité des précédents, a été également pensée dans le cadre du débat théorique sur l'interprétation.

2) Théories de l'interprétation

373. Connaissance et/ou volonté. En tant que langage exprimé dans des énoncés prescriptifs, le droit est nécessairement soumis à interprétation¹¹⁸³. Quiconque est confronté à un langage doit en effet en déterminer la signification. C'est la raison pour laquelle, « (t)raditionnellement, le savoir juridique est assimilé à une herméneutique, c'est-à-dire à un *art* d'interprétation des textes »¹¹⁸⁴. Ainsi conçue, l'interprétation apparaît comme l'élément primordial du raisonnement juridique, dans le cadre de l'application du droit. En ce sens, « (l)'interprétation, précise Kelsen, est donc un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur »¹¹⁸⁵. Ce point étant admis, il reste néanmoins à savoir si l'interprétation juridique est fondamentalement un acte de connaissance ou un acte de volonté, ce qui a des conséquences majeures sur la question du pouvoir créateur du juge et l'autorité des précédents issus de ses décisions. Si l'on présente l'interprétation comme un acte de connaissance, cela implique que la signification ou l'ensemble des significations possibles des normes générales applicables sont donnés *a priori*, et que l'organe qui les applique et les interprète est lié par le cadre de significations qu'elles contiennent objectivement. Si, à l'inverse, l'interprétation est présentée comme un acte de volonté, cela accrédite la thèse de la liberté totale de l'interprète, en dépit de tout cadre de significations préétablies. Comme le rappelle, sur ce point, O. Pfersmann, « le terme "interprétation" est lui-même indéterminé et recouvre deux opérations au statut entièrement différent »¹¹⁸⁶. Il est nécessaire, pour clarifier cette situation, d'introduire la distinction entre l'interprétation « doctrinale »¹¹⁸⁷ ou « scientifique »¹¹⁸⁸, et

¹¹⁸³ V. sur ce point : M. TROPER, « Interprétation », in. D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 843.

¹¹⁸⁴ O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », in. L. Favoreu *et alii.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 102.

¹¹⁸⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 453.

¹¹⁸⁶ O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 103.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 102 ; v. également : *id.*, « Contre le néo-réalisme juridique : pour un débat sur l'interprétation », *op. cit.*

¹¹⁸⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 462.

l'interprétation faite par les organes d'application du droit, qualifiée d'« interprétation authentique »¹¹⁸⁹ ou de « concrétisation organique »¹¹⁹⁰. L'interprétation désigne, d'un côté, « une opération d'explication et d'analyse scientifique de la signification d'un texte et c'est là le propre du travail doctrinal »¹¹⁹¹, et, d'un autre côté, « du moins dans le langage doctrinal traditionnel, le fait qu'un organe applique un texte à un cas particulier »¹¹⁹². Autrement dit, « (i)nterpréter ne consiste pas seulement à connaître *ou* à vouloir, mais à connaître *et* vouloir »¹¹⁹³. Ces deux modes d'interprétation ne sont pas exclusifs, et le juge, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, exerce donc à la fois un acte de connaissance et un acte de volonté. Kelsen souligne en effet que « dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance »¹¹⁹⁴.

374. Conséquence de la distinction sur la conception de l'autorité du précédent.

Que l'on perçoive l'activité d'interprétation du juge comme une activité de connaissance ou de volonté entraîne des conséquences majeures sur la façon de penser son pouvoir normatif. Ainsi, c'est la position de l'interprétation-connaissance qui est à l'origine de la mécanisation de l'acte de juger, issue du légalisme révolutionnaire et concrétisée dans le syllogisme judiciaire. Cette conception suppose que le juge applique une norme générale, la prémisse majeure, dont le sens est clair et identifiable. Cependant, « (s)i la conception de l'interprétation comme acte de connaissance est aujourd'hui associée à la théorie du jugement syllogisme, c'est plutôt en tant que "doctrine" de l'interprétation », comme une théorie à « forte valeur prescriptive »¹¹⁹⁵. En ce sens, elle ne décrit pas nécessairement la réalité de l'activité du juge, mais « dit ce que doit être l'interprétation : un acte de connaissance visant à retrouver le sens préexistant du texte »¹¹⁹⁶. À l'inverse, « quand l'interprétation est comprise comme un acte de volonté (...), la

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 461.

¹¹⁹⁰ O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 102.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, p. 103.

¹¹⁹² *Ibid.*

¹¹⁹³ X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, p. 42.

¹¹⁹⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 460-461.

¹¹⁹⁵ I. BOUCOBZA, « La fonction juridictionnelle et la production des normes », *op. cit.*, p. 712.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

théorie du jugement syllogisme semble impossible, tout comme la séparation des pouvoirs, le juge se rendant, par l'interprétation, maître de la prémisse majeure »¹¹⁹⁷. Il apparaît ainsi que derrière l'interprétation-volonté figure une « validation » du pouvoir normatif du juge, qui sera pleinement exprimée, sur le plan théorique, avec la théorie réaliste de l'interprétation.

375. La TRI, justification théorique de l'autorité des précédents. Il a déjà été démontré précédemment¹¹⁹⁸ que la TRI, en reconnaissant que seul l'interprète de la norme en est l'auteur véritable, conduit, en dernière instance, à une reconnaissance maximale de la normativité des précédents. En soutenant, entre autres, un « volontarisme interprétatif »¹¹⁹⁹, la TRI fait du juge l'auteur privilégié des normes juridiques du système, puisqu'il attribue la signification aux énoncés généraux qu'il applique aux litiges qui lui sont soumis. Il n'y a, dès lors, plus à se poser la question de savoir si les précédents constituent une source du droit, dans la mesure où, selon cette thèse réaliste, seuls les interprètes authentiques, en particulier les cours souveraines, sont considérés comme les auteurs des normes du système. En cela, la TRI constitue une justification théorique de la normativité des précédents, et les juges inférieurs ont, en principe, l'obligation de respecter les précédents des cours supérieures. Il reste, cependant, que si l'on suit la logique suggérée par la TRI, « tout texte est indéterminé et toute norme est déterminée »¹²⁰⁰, cette détermination étant attribuée par un interprète authentique, organe juridique d'un système donné. Or, « (l)e propre d'une signification est d'être la signification d'un acte linguistique observable et non cet acte lui-même », de sorte qu'« (i)l n'y a aucune production de normes sans production d'énoncés dont elles sont les significations et il n'existe aucun accès immédiat aux significations en tant que telles »¹²⁰¹. En d'autres termes, le juge qui interprète un énoncé général, lui attribue sa signification dans un texte, identifiable généralement dans les motifs de la décision. Ce texte constitue donc, à son tour, un énoncé dont il conviendrait d'établir la signification. Ce serait alors aux juges inférieurs d'interpréter le

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 711.

¹¹⁹⁸ Cf. *supra* : §§ 86-92.

¹¹⁹⁹ O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique : pour un débat sur l'interprétation », *op. cit.*, p. 290.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, p. 332.

¹²⁰¹ *Ibid.*

précédent de la cour souveraine et il y aurait un véritable « renversement de la pyramide »¹²⁰² normative, les organes d'application des degrés les plus inférieurs étant, *in fine*, les véritables auteurs des normes. O. Pfersmann évoque à ce sujet un phénomène de « double-régression »¹²⁰³ ainsi causé par la thèse primordiale de l'indétermination textuelle. Face à cette critique, M. Troper objecte néanmoins que les rapports d'interprétation sont à comprendre dans le cadre d'un ordre hiérarchisé, avec des organes soumis à d'autres en vertu de certaines procédures. En effet, la critique de la « double régression » serait, selon lui, « irréfutable si elle ne reposait pas sur une vision d'organes indépendants les uns des autres et extérieurs à tous rapports sociaux. Or cette vision est contraire à la réalité »¹²⁰⁴. Dans l'hypothèse d'organes hiérarchisés, comme le sont les juridictions au sein d'un ordre juridictionnel décentralisé, « l'énoncé par lequel une autorité supérieure formule l'interprétation d'un texte peut bien faire l'objet d'une interprétation par une autorité inférieure, cette interprétation pourra être soumise au contrôle de l'autorité supérieure »¹²⁰⁵. C'est bien ce que l'on observe avec le double degré de juridiction et la procédure de cassation, procédures par lesquelles le respect des interprétations des cours souveraines est assuré. Une telle explication ne soutient toutefois pas que les précédents constituent des normes juridiques obligatoires, mais simplement que l'autorité des précédents suit la hiérarchie des organes. Cette vision rejoint finalement la théorie des contraintes juridiques, fréquemment convoquée pour justifier l'autorité des précédents.

376. Explication par la contrainte juridique. La thèse d'une liberté totale de l'interprète, soutenue par la TRI dans son acception la plus radicale, se heurte cependant à « deux données factuelles (qui) révèlent l'existence d'un déterminisme dans l'interprétation effectuée par les juges »¹²⁰⁶. En effet, l'on s'aperçoit que « si, conformément à la TRI, les juges sont juridiquement libres d'interpréter selon leur volonté, il n'en reste pas moins, d'une part, qu'ils expriment avec constance le sentiment d'être liés et, d'autre part, que la jurisprudence

¹²⁰² Sur ce débat, v. spécialement : P. AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, n° 1, p. 5 ; « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 983 ; M. TROPER, « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek », *RDP* 1978, p. 1523 ; D. DE BECHILLON, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *RRJ-DP* 1994, n° 1, p. 252.

¹²⁰³ O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique... », *op. cit.*, p. 332.

¹²⁰⁴ M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *op. cit.*, p. 352.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, pp. 352-353.

¹²⁰⁶ X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, p. 142.

présente une cohérence suffisante pour que les décisions ne soient pas totalement imprévisibles »¹²⁰⁷. Ce double constat d'un déterminisme certain dans l'interprétation des juges révèle l'existence de contraintes pesant sur ces derniers. Dans sa formulation la plus aboutie¹²⁰⁸, la théorie des contraintes juridiques est définie par les tenants de la position réaliste comme « une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place et dans lequel il opère »¹²⁰⁹. Il s'agit alors de prendre en compte les paramètres tenants à la « configuration spécifique du système juridique »¹²¹⁰ pour déterminer ces contraintes. Il arrive fréquemment que le respect global des précédents, au même titre que les normes formelles du système, soit expliqué par le biais de ces contraintes spécifiquement juridiques. Par ce prisme, l'on se trouverait donc face à une certaine règle du précédent, à l'instar du *stare decisis* mais qui, à défaut d'être formellement et officiellement consacrée, « prend la forme d'une contrainte juridique dans les pays de *Civil law* »¹²¹¹. La « configuration » institutionnelle la plus évidente en la matière reste la procédure de cassation et la possibilité de censurer les décisions des juges du fond contraires à un précédent sur le fondement, notamment, de l'erreur de droit. C'est en ce sens que M. Troper avance l'argument de la « hiérarchie des tribunaux » comme élément de contrainte principal pour les juges du fond, dans la mesure où « non seulement les juges appliquent en fait les règles posées par les cours

¹²⁰⁷ *Ibid.*

¹²⁰⁸ Pour l'exposé synthétique des deux formulations successives : X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, pp. 142-145.

¹²⁰⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *op. cit.*, p. 12.

¹²¹⁰ *Ibid.*, p. 13.

¹²¹¹ I. BOUCOBZA, « La fonction juridictionnelle et la production des normes », *op. cit.*, p. 725 : « (...) ce sont surtout les cours suprêmes qui disposent d'un tel pouvoir [de créer du droit], les cours inférieures étant soumises à la règle du *stare decisis* qui est officielle dans les pays de *Common Law* et qui prend la forme d'une *contrainte juridique* dans les pays de *Civil Law* ». Plus loin, l'auteur fait également la distinction entre « obligation » et « contrainte » dans le cadre de l'application des précédents : « Ils (les juges) sont soumis à des obligations juridiques comme celle de statuer sur le fondement d'une norme juridique, de motiver leur décision par un raisonnement (etc.) ainsi qu'à des "contraintes juridiques" comme celle de suivre les précédents jurisprudentiels, dans des systèmes, comme les systèmes de *Civil Law*, où il n'existe aucune prescription juridique dans ce sens ».

supérieures (...), mais il est clair qu'à défaut, leurs jugements pourraient être annulés, *comme si* ils avaient violé une règle »¹²¹².

377.Persistance de la thèse de l'interprétation-connaissance. En dépit d'une adhésion certaine aux thèses réalistes par la doctrine française, du moins de façon implicite par l'admission de la jurisprudence comme source du droit, la thèse de l'interprétation-connaissance demeure généralement un prisme d'analyse des commentateurs de jurisprudence. En dépit d'un certain anti-formalisme de la doctrine contemporaine, il apparaît néanmoins que « la grande majorité des commentateurs (utilisent) la représentation syllogistique de la fonction de juger associée à une conception de l'interprétation-connaissance pour signaler par exemple les errements des juges qui sortent de leur rôle. C'est par ce prisme que la décision du juge est critiquée »¹²¹³. Ainsi, par cette persistance de l'interprétation-connaissance, « le modèle du jugement syllogisme (...) demeure donc aujourd'hui la grille de lecture à travers laquelle les commentateurs appréhendent le droit »¹²¹⁴. Cette situation, manifestement paradoxale, traduit une fois de plus la dynamique de changement de paradigme à l'œuvre en France en matière de pouvoir normatif du juge. Si l'on reconnaît volontiers que les précédents constituent une donnée majeure dans la prise de décision des juges, il est encore difficile de s'émanciper pleinement des schémas de pensée qui ont façonné notre culture juridique, en vertu desquels le jugement est le produit d'un syllogisme, ou du moins l'application, et non la création, d'une norme générale. Cela manifeste les paradoxes mis en avant par I. Boucobza, évoquant le fait que, « d'une part, la conception du juge qui ne doit pas produire de normes (mais des syllogismes) semble construite en pleine conscience du potentiel créateur de droit de l'acte de juger » et, « d'autre part, le discours consensuel actuel sur le juge qui ne peut pas ne pas produire de normes paraît recouvrir des thèses inconciliables qui continuent, dans leur grande majorité, de faire coexister deux conceptions de la fonction entre affirmation et négation du pouvoir »¹²¹⁵.

¹²¹² M. TROPER, « La force des précédents et les effets pervers en droit », *op. cit.*, p. 171 ; argument développé également in. M. TROPER, Ch. GRZEGORCZYK, « Precedent in France », *op. cit.*, p. 118 : « Nevertheless, while this is true *de jure*, it is generally understood, not only that it is possible for courts to follow precedents, but that there is a *de facto* obligation to do so, which simply derives from the hierarchy of courts already mentioned above. Because a lower court's decision can be overturned if it contradicts the mode of interpretation and application of the statute established by the Court of cassation, it will be bound to follow it ».

¹²¹³ I. BOUCOBZA, « La fonction juridictionnelle et la production des normes », *op. cit.*, p. 720.

¹²¹⁴ *Ibid.*

¹²¹⁵ *Ibid.*, p. 708.

Ces prismes théoriques d'analyse ne semblent pas nécessairement adaptés à la compréhension du phénomène précédentiel en France, ou du moins peuvent-ils conduire à des apories et des débats insolubles, ne rendant pas compte, de façon satisfaisante, de l'exercice réel du pouvoir normatif du juge. Des propositions et hypothèses théoriques doivent désormais être formulées, pour tenter de saisir et d'expliquer la nature de la règle du précédent française.

§ 2 – *Hypothèses théoriques sur la nature de la règle du précédent*

La phénomène précédentiel en France n'est pas statique mais dynamique. La rapidité de son évolution s'est, par ailleurs, accrue à la fin du XXe et au début du XXIe. Longtemps dans l'ombre de la loi, source formelle exclusive du droit en France, le précédent a été saisi théoriquement en conséquence. S'il est possible, dans une certaine mesure, d'aborder ce phénomène selon une approche positiviste (**A**), l'évolution de la nature même du précédent, de sa pratique et de la motivation des décisions de justice, orientera également l'analyse vers une vision résolument rhétorique (**B**). Ainsi l'alliance de l'analyse hartienne des règles de droit et le tournant rhétorique constituent, dans l'ensemble, l'essentiel de l'explication théorique retenue (**C**).

A – L'approche positiviste de la règle du précédent

Evoquer une approche positiviste de la normativité des précédents renvoie à de très nombreuses approches théoriques possibles et le positivisme ne constitue certainement pas une approche monolithique, *a fortiori* sur ce sujet. Deux grandes tendances peuvent être cependant dégagées en l'occurrence : si la définition du droit selon un critère de validité systémique, au sens kelsénien, ne permet pas d'expliquer de façon satisfaisante la règle du précédent (1°), la question de l'aspect interne des règles de droit chez Hart semble plus opportune et sera retenue à ce titre (2°).

1) *L'explication positiviste classique : le rejet du critère exclusif de la validité systémique*

378. Validité. L'une des principales difficultés d'une approche positiviste du précédent réside dans la question de la validité. Si l'on s'en tient à une définition strictement kelsénienne de la validité normative, celle-ci, en tant que « mode d'existence spécifique des normes »¹²¹⁶, doit être présentée comme une « validité systémique »¹²¹⁷. Selon cette conception de la validité, « une norme est formellement en vigueur si a) elle a été adoptée et promulguée au cours d'une procédure en bonne et due forme, b) elle n'a pas été abrogée, c) elle n'entre pas en conflit avec une autre norme en vigueur du système, d) en cas de conflit, il y a une règle reconnue pour le trancher »¹²¹⁸. Selon cette approche systémique, une norme est considérée comme valide « parce qu'elle est identifiée par une autre norme du système comme une norme valide », de sorte que « (p)our connaître l'existence de la norme, il est nécessaire d'interroger la norme qui en établit les conditions de production »¹²¹⁹. Laissant de côté la question de la norme fondamentale supposée, l'on peut affirmer que l'ordre juridique est ainsi structuré selon un schéma récursif d'habilitations normatives, chaque norme devant être adoptée selon la procédure de production prévue par une norme supérieure pour être valide au sens du système. Ainsi, un tel « principe de hiérarchisation rend possible la structuration de toutes les normes d'un système »¹²²⁰ et exclut de cette typologie les normes qui n'auraient pas été adoptées selon les procédures formelles du système. Un tel critère de validité systémique exclut donc les précédents et ne semble pas nécessairement le plus adapté pour en saisir la normativité.

379. Caractère inopérant du critère de validité systémique. Il n'est pas opportun d'appréhender la question de l'autorité du précédent sous l'angle de la validité. D'une façon plus générale, l'approche positiviste classique, concevant le droit comme des énoncés prescriptifs assortis de sanction, n'est pas adaptée à l'objet « précédent ». Ainsi que l'a relevé N. Duxbury, les positivistes classiques, en premier lieu Bentham et Austin, « ont voulu expliquer la validité des règles. La validité, en tant que concept figé, est faiblement adaptée à

¹²¹⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 13.

¹²¹⁷ A. AARNIO, « La validité comme acceptabilité rationnelle », in. C. Grzegorzcyk, F. Michaut, M. Troper (dir.), *Le positivisme juridique*, *op. cit.*, p. 327.

¹²¹⁸ *Ibid.*, p. 328 : Aarnio apporte ici une définition synthétique s'appuyant sur les travaux de J. Wróblewski.

¹²¹⁹ X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, p. 75.

¹²²⁰ O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 74.

l'analyse de l'autorité du précédent »¹²²¹, dans la mesure où les précédents ne sont pas des normes formelles élaborées selon les procédures de production du système et ne sont pas, du moins pas de façon directe et officielle, des énoncés prescriptifs assortis d'une sanction. Cross et Harris ont également posé sur ce point une nuance entre le caractère dérivé et subordonné des précédents vis-à-vis des sources formelles, en particulier de la loi. Ils précisent en effet que les précédents sont « subordonnés à la loi dans la mesure où ils peuvent être abrogés par elle »¹²²² mais, en revanche, « ils ne dérivent pas de la loi mais de la pratique judiciaire »¹²²³, en ce sens qu'ils ne tirent pas leur validité de la loi. En d'autres termes, les précédents ne sont pas intégrés à la structure hiérarchique de l'ordre juridique, qui se pense en termes d'habilitation normative et de validité. Aussi une telle approche, à l'exclusion de toute autre analyse, ne pourrait-elle pas saisir le phénomène précédentiel autrement que comme relevant de la sphère du *sein*, et éventuellement comme un comportement irrégulier, dans la mesure où il concurrence, sans habilitation en ce sens, la production régulière des normes générales du système. Ainsi, les précédents ne sont pas des normes juridiques valides dans le sens kelsénien, car il n'y a aucune norme juridique formelle supérieure qui leur confère cette qualité. Un précédent serait alors, dans cette perspective, rien de plus qu'une norme générale formellement irrégulière mais globalement efficace.

380. La thèse de M. Troper : la norme juridique implicite. L'hypothèse d'une règle du précédent comme norme juridique implicite du système a été avancée par M. Troper, dans sa contribution sur « La force des précédents et les effets pervers en droit »¹²²⁴. En cela, cette explication se présente comme une volonté de conserver la cohérence de l'argument de validité avec la normativité des précédents. Constatant l'existence d'une véritable contrainte pesant sur les juges qui doivent appliquer un précédent, principalement « en raison de la hiérarchie des tribunaux »¹²²⁵, l'auteur relève l'usage de l'expression « obligation *de facto* » pour tenter d'expliquer ce phénomène, sorte de « chimère monstrueuse » ou de « *contradictio in adjecto* »¹²²⁶. En effet, selon la distinction du *Sein* et du *Sollen* présentée plus haut, et à laquelle la science du

¹²²¹ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*, p. 58 : « classical postivists wanted to explain the validity of laws. Validity, being a non-variable concept, is poorly suited to analyses of precedent authority ».

¹²²² R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, *op. cit.*, p. 173.

¹²²³ *Ibid.*

¹²²⁴ M. TROPER, « La force des précédents et les effets pervers en droit », *op. cit.*

¹²²⁵ *Ibid.*, p. 171.

¹²²⁶ *Ibid.*

droit souscrit généralement, d'une situation factuelle ne peut être déduite une obligation juridique, c'est-à-dire une norme. Autrement dit, du simple fait que les juges du fond respectent globalement les précédents, l'on ne peut inférer qu'ils ont l'obligation de le faire. M. Troper souligne cependant que, « s'il est clair qu'une obligation ne peut être créée que par une norme, il n'est nullement nécessaire qu'il s'agisse d'une norme expresse et cette norme peut être implicite, c'est-à-dire susceptible d'être dégagée d'un texte, d'un ensemble de textes ou du système juridique »¹²²⁷. Or, il résulte du système juridique que les juges du fond doivent appliquer les précédents sous peine de sanction, sanction concrétisée dans l'annulation, par la cour souveraine, des jugements du fond ne suivant pas ou n'imposant pas de suivre ses précédents. Dès lors, poursuit l'auteur, l'obligation en question « n'est nullement *de facto*. Elle est bien *de jure*, mais instituée par une norme implicite »¹²²⁸. Cette norme implicite, c'est celle que la cour souveraine émet « en cassant les arrêts des cours d'appel qui n'annuleraient pas les jugements des tribunaux inférieurs contraires à sa propre jurisprudence, car elle prescrit ainsi à ces tribunaux inférieurs de suivre les précédents »¹²²⁹. La règle du précédent est ainsi expliquée non pas à partir d'un simple constat de fait, d'un *sein*, mais bien d'un *sollen*, dans la mesure où, « en soulignant l'existence d'une hiérarchie des cours, on n'a pas expliqué pourquoi les tribunaux suivent les précédents, mais pourquoi ils *doivent* les suivre »¹²³⁰. Cette thèse, convaincante, se heurte néanmoins toujours, dans le cadre d'analyse kelsénien, à l'argument de la validité, dans la mesure où cette norme implicite n'est pas « valide » au sens de la procédure de production et n'est donc pas « juridique » en ce sens.

Au critère de validité systémique sera donc préférée l'approche de Hart, qui a « tenté de démontrer que l'autorité du précédent devait être expliquée par autre chose que le langage du positivisme classique présentant le droit comme un ensemble d'ordres contraignants »¹²³¹.

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ *Ibid.*

¹²²⁹ *Ibid.*

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent, op. cit.*, p. 102.

2) *La thèse de l'aspect interne des règles de droit chez Hart*

381. Point de vue interne et règle du précédent. La question du « point de vue interne », ou de « l'aspect interne des règles de droit » chez Hart, est fondamentale pour expliquer l'autorité des précédents¹²³². Le point de départ de sa théorisation réside dans une volonté de distinguer clairement entre une simple habitude ou pratique globalement uniforme au sein d'un groupe donné, et l'existence d'une véritable règle sociale régissant les comportements au sein de ce groupe. Hart souligne à cet égard que « (l)orsqu'une habitude est générale dans un groupe social, cette généralité n'est qu'un fait relatif au comportement observable de la plupart des membres du groupe »¹²³³, mais ne constitue toutefois pas, par ce simple trait, une règle. En effet, il y a existence de règles sociales, au point de vue interne, lorsque ces règles « sont généralement acceptées par un groupe social et généralement appuyées par la critique sociale et par des pressions qui incitent à s'y conformer »¹²³⁴, de sorte que « (c) qui est nécessaire, c'est qu'il y ait une attitude de réflexion critique à l'égard d'un certain type de comportement, considéré comme un modèle commun, et que ce modèle se révèle lui-même dans les critiques (y compris l'auto-critique), dans les réclamations qu'on s'y conforme, et dans le fait qu'on reconnaisse que ces critiques et réclamations sont justifiées »¹²³⁵. Plus loin, Hart précise un élément essentiel pour notre propos : « (l)'utilisation que font les tribunaux et d'autres personnes de règles de reconnaissance non formulées, lorsqu'ils identifient les règles particulières du système, est caractéristique du point de vue interne »¹²³⁶. Lorsque l'on analyse le rapport qu'ont les juges vis-à-vis des précédents, en se plaçant du point de vue interne, il apparaît que les précédents pourraient bien constituer une règle sociale que les juges reconnaissent, même implicitement, dans la pratique de leur office juridictionnel. Il ne s'agirait donc pas uniquement de faire état d'une habitude ou d'une pratique de respect global des précédents (aspect externe), mais bien d'établir que les juges considèrent les précédents comme

¹²³² Sur le point de vue interne, v. not. : S. J. SHAPIRO, « What is the Internal Point of View ? », 75 *Fordham Law Review* (2006), p. 1170 ; B. C. ZIPURSKY, « Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules », 75 *Fordham Law Review* (2006), p. 1229 ; D. A. NANCE, « Rules, Standards and the Internal Point of View ? », 75 *Fordham Law Review* (2006), p. 1316 ; J.-Y. CHEROT, « La question du point de vue interne dans la science du droit », *RIEJ* 2007/2, vol. 59, p. 17 ; R. GUASTINI, « Le "point de vue" de la science juridique », *RIEJ* 2007/2, vol. 59, p. 49 ; E. MILLARD, « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *RIEJ* 2007/2, vol. 59, p. 59.

¹²³³ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 75.

¹²³⁴ *Ibid.*, p. 76.

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ *Ibid.*, p. 121.

des modèles ou des standards déterminant leur comportement et celui de leurs pairs. Un juge du fond qui n'applique pas, dans une espèce donnée, le précédent de la cour souveraine pourtant applicable, est dans une situation de « résistance »¹²³⁷ à l'égard de celle-ci, et sera perçu de la sorte par l'ensemble des autres juges de l'ordre juridictionnel concerné. La pratique institutionnelle des juridictions fait donc apparaître un « modèle public et commun de décision judiciaire correcte »¹²³⁸, dans le cadre duquel les précédents constituent, pas au même titre que la loi ou les autres sources formelles, mais d'une manière bien réelle cependant, une règle à respecter. Dans ce cadre, « chaque tribunal appartenant au système, tout en pouvant occasionnellement transgresser ces règles, doit en général considérer de telles transgressions de manière critique comme constituant des manquements par rapport aux modèles qui sont, par essence, communs ou publics »¹²³⁹. La règle de reconnaissance étant la règle secondaire fournissant les critères d'appréciation des normes valides du système, il pourrait être soutenu que, dans ce sens bien précis, les précédents constituent des normes « valides », bien qu'ils le soient dans un sens plus faible que la validité systémique kelsénienne.

382. Points de vue externe et interne sur l'autorité des précédents en France. Les jugements permettant d'établir l'existence d'une règle valide, dans le sens de la règle de reconnaissance, par les acteurs du système, constituent donc des jugements internes. Plus précisément, « (i)ls consistent en des jugements internes de droit qui expriment le point de vue de ceux qui acceptent la règle de reconnaissance du système et qui, comme tels, passent sous silence une grande part de ce qu'on pourrait énoncer dans les jugements externes de fait relatifs au système »¹²⁴⁰. Autrement dit, un juge du fond qui respecte un précédent ne formalise pas pour autant son respect dans un énoncé précisant qu'il considère le précédent comme étant une règle s'imposant à lui, quand bien même sa pratique traduirait sa soumission consciente à une telle règle. Dans ce cas, « ce qui est ainsi passé sous silence forme l'arrière-plan ou le contexte normal des jugements de validité juridique, ce qui permet de dire qu'il se trouve "présupposé" par eux »¹²⁴¹. Ainsi, ce qui est passé sous silence dans le cadre de la pratique effective du droit peut être formulé par des observateurs extérieurs, notamment la doctrine

¹²³⁷ Cf. *supra* : §§ 307 et s.

¹²³⁸ H.L.A. HART, *Le concept de droit, op. cit.*, p. 134.

¹²³⁹ *Ibid.*, pp. 134-135.

¹²⁴⁰ *Ibid.*, p. 127.

¹²⁴¹ *Ibid.*

juridique, se livrant à un jugement externe sur la règle. La formalisation de ces jugements externes peut même être considérée, dans ce contexte, comme une fonction primordiale de la science du droit. Le cas du précédent en France, en cela singulier vis-à-vis des systèmes de *common law*, fait apparaître un écart très important entre l'aspect interne et l'aspect externe de la règle du précédent. Si, du point de vue externe, les précédents ont généralement tendance à ne pas être présentés comme de véritables règles mais davantage comme des autorités « de fait », ils sont, du point de vue interne des juges, traités comme des règles, des modèles conditionnant les solutions à adopter. Cet écart, qui tend néanmoins à se réduire, traduit la coexistence de deux conceptions du précédent, l'ancienne et la nouvelle, situation caractéristique des périodes de transition.

383. Coexistence de deux modèles de précédent. Le constat d'un tel écart entre conception interne des juges sur la normativité du précédent et jugement externe s'explique par la dynamique propre au changement de paradigme à l'œuvre. Le premier modèle, issu de la Révolution et qui persiste encore sous différents avatars aujourd'hui, est celui d'un précédent de type législatif et appliqué de façon officieuse. Le second modèle, qui est en train d'apparaître, est celui d'un précédent de plus en plus extrait d'une motivation développée et appliqué d'une façon de plus en plus « officielle »¹²⁴². Il reste néanmoins que l'ancienne conception a laissé, dans la façon de penser le droit en général et le pouvoir normatif du juge en particulier, un certain nombre d'automatismes et de schémas de pensée que le second modèle tend à remettre en cause. Entre un modèle tendant à être dépassé et un autre qui n'est pas encore pleinement advenu ou parvenu à maturité, l'on s'aperçoit que les jugements et appréciations de la science du droit (jugement externe) peuvent être en décalage avec la pratique réelle des tribunaux et la conception qu'ils se font (jugement interne) des règles applicables devant eux.

A côté d'une explication axée sur l'aspect interne de la règle du précédent, une certaine approche complémentaire, concevant le précédent essentiellement dans sa dimension argumentative, met parfaitement en lumière l'évolution du système précédentiel français.

¹²⁴² Cf. *infra* : §§ 4231-437.

B – Explication complémentaire : l'approche rhétorique du précédent

Le précédent, en tant que norme générale issue des motifs d'un jugement, est essentiellement le fruit d'une justification : celle que le juge présente au soutien de sa solution. En cela, le choix d'une justification particulière est un élément de décision, résultat d'une démarche rationnelle et finalisée. Par conséquent, la dimension essentiellement argumentative du précédent (2°) se comprend, fondamentalement, en termes de raison pratique (1°).

1) *La raison pratique*

384. Définition. La raison pratique peut se définir comme « la capacité générale de l'être humain à résoudre, par la réflexion, la question de savoir quoi faire »¹²⁴³. La raison est « pratique » en ce sens qu'elle est mise au service de l'action de l'agent raisonnable concerné, et détermine sa volonté. Le raisonnement peut être dit « pratique », d'une part, « dans son objet, dans la mesure où il concerne l'action » et, d'autre part, « dans ses conséquences ou son résultat, dans la mesure où la réflexion au sujet de l'action elle-même pousse les individus à agir »¹²⁴⁴. À la raison pratique est généralement opposée la raison théorique, qui se présente comme une démarche conceptuelle ou spéculative indépendante d'une action concrète immédiate pouvant en découler. Le raisonnement théorique a trait à « l'explication et à la prédiction »¹²⁴⁵ des faits, et trouve en cela « une expression paradigmatique dans les sciences naturelles et sociales »¹²⁴⁶. Dans le domaine de la raison pratique, il n'est pas question de « faits et de leur explication, mais il est question de valeur, de ce qu'il serait souhaitable de faire. Par le raisonnement pratique, les agents tentent d'évaluer les motifs d'action, les considérations pour et contre l'action qui s'offrent à eux »¹²⁴⁷. En outre, « alors qu'un raisonnement théorique consiste dans une inférence qui tire une conclusion à partir de prémisses, le raisonnement pratique est celui qui justifie une décision »¹²⁴⁸. La raison pratique se place donc du point de vue de la volonté et de la délibération

¹²⁴³ W. R. JAY, « Practical Reason », *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018 edition), E. N. ZALTA (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/practical-reason/>

¹²⁴⁴ *Ibid.*

¹²⁴⁵ *Ibid.*

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ Ch. PERELMAN, « Le raisonnement pratique », in. *Ethique et droit, op. cit.*, p. 341.

des agents, et s'intéresse ainsi à la motivation et aux choix que ces derniers mettent en avant pour justifier leur action.

385. Raison pratique et justification. Dans une contribution sur cette thématique, Ch. Perelman souligne que « (s)i l'on recherche un exemple patent de raisonnement pratique, on le trouvera dans le jugement ou arrêt d'un tribunal qui indique outre la décision (le dispositif), les motifs qui justifient le dispositif adopté par le juge, les attendus, qui indiquent les raisons pour lesquelles le jugement n'est ni illégal ni arbitraire »¹²⁴⁹. Étudier la question de la motivation du juge sous l'angle du raisonnement pratique permet de mettre en lumière la délibération et les choix de ce dernier dans la justification d'une solution. La motivation n'est, en ce sens, plus perçue comme le lieu de la présentation mécanique d'un syllogisme, mais comme le lieu de la justification et de l'argumentation. C'est, en outre, cette justification qui constitue la matière de laquelle émerge le précédent, la *ratio decidendi*. En effet, N. MacCormick a, sur ce point, démontré en quoi la justification constitue un facteur essentiel de généralisation des cas particuliers, dans la mesure où toute justification d'une solution, nécessairement plus générale que le seul phénomène factuel en litige, a vocation à s'appliquer à d'autres situations¹²⁵⁰. Par ailleurs, la justification n'est pas livrée à l'arbitraire absolu, dans la mesure où elle est guidée par un certain nombre d'exigences de la raison pratique. En ce sens, la motivation du juge doit être reconnue, par ses différents « auditoires »¹²⁵¹, comme rationnelle et rationnellement acceptable.

386. Raison pratique et précédent. Cette vision rationaliste pratique rejoint la « règle de justice », selon les termes de Ch. Perelman, qui « exige que *soient traités de la même façon ceux qui sont essentiellement semblables* »¹²⁵². En effet, si l'on considère qu'il peut y avoir « quelque usage pratique de la raison, il doit se manifester dans l'action juste, qui témoignerait d'une rationalité,

¹²⁴⁹ *Ibid.*, p. 343.

¹²⁵⁰ N. MACCORMICK, « Why Cases Have Rationes and What These Are », *op. cit.*, p. 62 : « The conception or model of justification which I have just put forward clearly take universalizability to be essential to justification. (...) To justify requires one to put one's claim, defence, or decisions on the footing that *because* the facts F1, F2, ... Fn, the judgement *j* had to be pronounced. But such a "*because...*" requires a commitment to the universal "*whenever f1, f2, ... fn, then j*", coupled with : "*and in this case, F1, F2... Fn, which are instances of f1, f2, ... fn*". No doubt one must have and give some ulterior reasons for the "*whenever...*" clause, but the "*whenever...*" clause is essential to justify the actual decision ».

¹²⁵¹ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, p. 22.

¹²⁵² Ch. PERELMAN, « La règle de justice », in. *Ethique et droit*, *op. cit.*, p. 119.

dont serait dépourvu un comportement injuste »¹²⁵³. Or, « (e)n disant qu'il est juste de traiter de la même façon des êtres égaux, puisque chaque propriété de l'un de ces êtres est aussi une propriété de l'autre, et qu'il n'existe donc aucune raison qui permette de justifier leur traitement inégal, le traitement juste se présente comme le traitement fondé en raison, car conforme au principe de la raison suffisante »¹²⁵⁴. Il y a donc un lien étroit entre raison pratique et justice formelle, c'est-à-dire entre l'instauration d'un système fondé sur la rationalité et la tendance au respect des précédents. En résumé, « (l)'établissement d'un ordre raisonnable présuppose, tout naturellement, la conformité aux précédents »¹²⁵⁵.

387. « *Adjudicative theory* ». La théorie du droit a connu, à la fin du XXe siècle, un regain d'intérêt pour la question de la raison pratique, sous l'influence notamment d'auteurs comme R. Dworkin ou J. Raz¹²⁵⁶. Cette « redécouverte » de la raison pratique dans le domaine juridique a été notamment mise en évidence par N. MacCormick¹²⁵⁷. Dans une étude théorique substantielle consacrée à la question de l'obligation s'imposant au juge en matière de précédent dans les systèmes de *common law*, S. Perry met en avant deux approches théoriques concurrentes sur la question¹²⁵⁸. La première est l'approche positiviste classique, portée tout particulièrement par H. Hart, en vertu de laquelle les obligations pesant sur le juge coïncident avec les règles reconnues comme sources du droit dans le système. La seconde est une approche naturaliste moderne, et « suppose que la fonction du droit est, du moins en partie, le jugement et la résolution institutionnalisés de litiges, conformément aux principes de justice et d'équité »¹²⁵⁹. L'auteur évoque, pour cette seconde approche, la notion d' « *adjudicative theory* » ou « *adjudicative approach* »¹²⁶⁰, ce que l'on pourrait traduire, sans toutefois parvenir à retranscrire fidèlement

¹²⁵³ *Ibid.*, p. 116.

¹²⁵⁴ *Ibid.*, p. 117.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, pp. 119-120.

¹²⁵⁶ V. not : J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975 ; *Engaging Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2001 ; *Between Authority and Interpretation : on the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹²⁵⁷ N. MACCORMICK, « Contemporary Legal Philosophy : the Rediscovery of Practical Reason », 10 *Journal of Law & Society* (1983), n° 1, p. 1 : « Perhaps the most exciting development of the past decade or so has been in the rediscovery of practical reason, a recognition that general analyses of practical reasoning, practical discourse or practical reasonableness have much to offer to our understanding of the particular cases of law and legal activity ».

¹²⁵⁸ S. PERRY, « Judicial Obligation, Precedent and the Common Law », *op. cit.*

¹²⁵⁹ *Ibid.*, p. 215.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, p. 216.

l'idée, par théorie processuelle ou juridictionnelle¹²⁶¹. Plus précisément, pour ce courant, « c'est le processus juridictionnel lui-même, davantage que le phénomène du droit positif, qui est considéré comme l'essence du droit »¹²⁶². En d'autres termes, l'on peut résumer le contenu de l'« *adjudicative theory* » en précisant qu'il s'agit d'un jusnaturalisme moderne appliqué à la sphère du procès juridictionnel, et qui estime que, des différents débats et arguments en litige et de leur résolution par le biais de procédures institutionnalisées, émerge nécessairement un modèle de justice et des solutions justes et raisonnables s'imposant au juge. Ils justifient en cela, en dehors du formalisme moderne, l'autorité des précédents par une objectivation du processus juridictionnel. Cette thèse, fondamentalement jusnaturaliste, semble entrer en conflit direct avec la conception positiviste précédemment défendue. Les approches en termes de raison pratique, proposée notamment par J. Raz et S. Perry tendrait, selon nous, à concilier raison pratique et positivisme.

388. Les « raisons d'exclusion » de J. Raz. Principal penseur des liens entre normes et raison pratique¹²⁶³, J. Raz a théorisé une distinction entre deux modes d'expression de la raison pratique, les raisons primaires et les raisons secondaires (*first-order and second-order reasons*), en référence aux normes primaires et secondaires de Hart¹²⁶⁴. En substance, les raisons primaires sont celles qui traduisent une délibération approfondie, une « balance des raisons » en présence et une considération précise de l'ensemble des données, avant de prendre une décision. Les raisons secondaires¹²⁶⁵ en revanche, sont celles qui évitent d'avoir recours à la « balance des raisons » et à une délibération approfondie. Raz précise que ces raisons secondaires permettent de s'abstenir de mettre en avant une raison primaire pour justifier et

¹²⁶¹ Parmi les tenants de cette conception, v. not. : G. FLETCHER, « Two Modes of Legal Thought », 90 *Yale Law Journal* (1981), p. 970 ; « Punishment and Compensation », 14 *Creighton Law Review* (1981), p. 691 ; Ch. FRIED, « The Laws of Change : The Cunning of Reason in Moral and Legal History », 9 *Journal of Legal Studies* (1980), p. 335 ; L. FULLER, « Reason and Fiat in Case Law », 59 *Harvard Law Review* (1946), p. 376 ; « The Forms and Limits of Adjudication », 92 *Harvard Law Review* (1978), p. 353 ; E. WEINRIB, « Toward a Moral Theory of Negligence Law », 2 *Law and Philosophy* (1983), p. 37 ; « The Insurance Justification and Private Law », 14 *Journal of Legal Studies* (1985), p. 681 (cités par S. PERRY, in. « Judicial Obligation, Precedent and the Common Law », *op. cit.*, notes 4-7).

¹²⁶² S. PERRY, « Judicial Obligation, Precedent and the Common Law », *op. cit.*, p. 216 : « (...) the process of adjudication itself, rather than the phenomenon of positive law, is taken to be the essence of law ».

¹²⁶³ J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*

¹²⁶⁴ W. A. EDMUNDSON, « Review : Rethinking Exclusionary Reasons : a Second Edition of Joseph Raz's "Practical Reason and Norms" », 12 *Law and Philosophy* (1993), p. 329.

¹²⁶⁵ V. not. : S. PERRY, « Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory », 62 *Southern California Law Review* (1989), p. 913.

fonder son action¹²⁶⁶. Ainsi, J. Raz parle de « raisons d'exclusion » (*exclusionary reason*) pour qualifier certaines de ces raisons secondaires. Cette distinction permet de mettre en lumière le processus en vertu duquel, face aux règles de droit adoptées par voie d'autorité, les destinataires de ces règles ne réexaminent pas systématiquement d'un point de vue rationnel strict le bien-fondé des règles qu'on leur oppose et considèrent ces règles « comme des raisons d'exclusion », dans la mesure où elles sont « des instructions à se conformer à un jugement d'autorité sur ce qui est juste selon la balance de raisons, et non selon leur propre jugement »¹²⁶⁷. Comme le souligne S. Perry, cette distinction constitue un « puissant outil conceptuel dans l'analyse de la raison pratique »¹²⁶⁸, permettant en définitive d'éclairer la question de l'autorité des précédents. Dans cette perspective, le précédent issu d'un cas particulier est considéré comme « constituant, ou donnant lieu à, une règle d'exclusion »¹²⁶⁹ dans le sens présenté par J. Raz, évitant ainsi au juge suivant de réexaminer intégralement l'affaire dans l'ensemble de ses composantes, dès lors qu'il estime que la cour supérieure a rationnellement et justement jugé l'affaire. De cette manière, pour reprendre l'expression de N. Duxbury, « le recours au précédent est souvent un bon moyen d'éviter d'avoir à réinventer la roue »¹²⁷⁰.

389. La thèse de S. Perry. À côté de la conception de J. Raz, S. Perry expose deux explications alternatives de l'autorité du précédent, du point de vue de la raison pratique : une explication « faible » et une explication « forte »¹²⁷¹. Selon la conception faible, premièrement, « un tribunal est lié par une décision précédente (...), du moins jusqu'à ce qu'il estime que les raisons n'ont pas été correctement évaluées, et que l'évaluation correcte aboutisse à un résultat opposé. En d'autres termes, un tribunal ne peut se départir d'une décision précédente, à moins qu'il n'ait une raison valable de le faire »¹²⁷². De ce point de vue, l'autorité du précédent est

¹²⁶⁶ J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, *op. cit.*, p. 39 : « reason to act on or refrain from acting on a reason ».

¹²⁶⁷ S. PERRY, « Judicial Obligation, Precedent and the Common Law », *op. cit.*, p. 220 : « Raz further illustrates the concept of an exclusionary reason by pointing to rules issued by authority. Such rules are exclusionary reasons because they are, in effect, directions to comply with the authority's judgment of what is right on the balance of reasons, rather than with one's own judgment ».

¹²⁶⁸ *Ibid.*, p. 221.

¹²⁶⁹ *Ibid.*

¹²⁷⁰ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, *op. cit.*, p. 66.

¹²⁷¹ L'auteur parle de « Weak Burkean conception » et de « Strong Burkean conception », précisant, dans la note n° 25, qu'il ne s'agit pas de faire référence « à la philosophie politique de Burke, mais simplement d'évoquer l'idée d'une sorte de présomption en faveur de pratiques généralement admises ».

¹²⁷² S. PERRY, « Judicial Obligation, Precedent and the Common Law », *op. cit.*, p. 221.

certaine mais finalement fortement relativisée, dans la mesure où n'importe quelle raison jugée « valable » peut conduire à en écarter l'application et à réexaminer, selon la « balance des raisons », les conditions ayant présidé à son adoption. La conception forte, deuxièmement, repose sur « l'intuition qu'un tribunal est lié par une décision précédente, à moins qu'il ne soit convaincu qu'il existe une raison *impérieuse* de décider autrement »¹²⁷³. Il n'est, dès lors, plus nécessaire d'invoquer un simple motif valable pour s'écarter d'un précédent, mais il convient de mettre en avant l'existence d'une raison impérieuse, ce qui implique une justification particulièrement développée. Sous cette dernière catégorie, l'auteur inclut également la thèse des « principes » de R. Dworkin.

390. Les « principes » de R. Dworkin. L'un des principaux apports de l'œuvre de Dworkin réside dans la réfutation des thèses positivistes, spécialement celles de H. Hart, en matière d'obligation pesant sur le juge¹²⁷⁴. L'objet principal de cette célèbre controverse porte sur la question du pouvoir discrétionnaire du juge, lorsque celui-ci est confronté à un « cas difficile » (*hard case*), c'est-à-dire « (l)orsqu'une affaire judiciaire particulière ne peut pas être soumise à une règle de droit claire »¹²⁷⁵. Dans un tel cas, à rebours de la position hartienne admettant un pouvoir discrétionnaire, Dworkin estime que « le juge est toujours lié dans sa prise de décision, que ce soit par la norme explicite ou par les principes qu'il a pour mission de découvrir »¹²⁷⁶. Dans le vocabulaire dworkinien, un principe est, pour le juge, un « standard qu'il faut appliquer (...) parce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale »¹²⁷⁷. Ainsi, le positivisme réduisant le droit à un ensemble de règles, « empêche de reconnaître le rôle important joué par ces standards qui ne sont pas des règles »¹²⁷⁸ mais qui, pour autant, s'imposent au juge. En effet, en présence d'un cas difficile, « ce sont eux, et non un quelconque pouvoir discrétionnaire, qui vont permettre au droit de tendre vers la complétude »¹²⁷⁹. Ce jusnaturalisme, impliquant la reconnaissance d'un système

¹²⁷³ *Ibid.*, p. 222.

¹²⁷⁴ Sur cette controverse et ses enjeux théoriques, v. spéc. : E. Ph. SOPER, « Legal Theory and the Obligation of a Judge : the Hart/Dworkin Dispute », 75 *Michigan Law Review* (1977), p. 473.

¹²⁷⁵ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, « Léviathan », 1995, p. 153.

¹²⁷⁶ W. MASTOR, « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin. La force d'Hercule et le talon d'Achille », *APD* 2010, p. 323.

¹²⁷⁷ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 80.

¹²⁷⁸ *Ibid.*, p. 79.

¹²⁷⁹ W. MASTOR, « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin... », *op. cit.*, p. 321.

objectif, d'un « déjà là » se surajoutant aux règles positives, implique, en outre, que le juge ne dispose pas d'un nombre infini de réponses possibles à un cas difficile, selon sa discrétion. C'est alors à un juge « omniscient »¹²⁸⁰, « supposé herculéen »¹²⁸¹, d'identifier l'« unique bonne réponse »¹²⁸² à ce cas difficile, mettant ainsi à jour le principe applicable et le concrétisant au cas d'espèce. Selon S. Perry, « cet ensemble de principes constitue la doctrine du précédent »¹²⁸³, dans la mesure où « la doctrine du précédent n'est pas une règle, selon Dworkin, mais plutôt un ensemble de principes que le juge doit en quelque sorte évaluer »¹²⁸⁴ au moment de trancher un cas¹²⁸⁵. Dès lors, la thèse de Dworkin convoque la raison pratique du juge pour que ce dernier parvienne, au terme d'une « quête herméneutique »¹²⁸⁶ dans le système juridique, à identifier les principes. En effet, comme le souligne W. Mastor, « tous les juges n'étant pas herculéens, le plus important est que ces derniers s'astreignent à essayer de chercher la bonne réponse et soient persuadés de l'avoir trouvée. Faute d'être parvenus à la bonne réponse, le fruit de leur quête herméneutique sera tout au moins *leur* bonne réponse »¹²⁸⁷. C'est par l'usage de la raison pratique, dans le cadre d'une interprétation du système finalisée vers une solution juste, que le juge se prononce. Au-delà de l'objectivité des principes, le juge s'insère dans l'intersubjectivité de l'ensemble des juges qui l'ont précédé et qui lui succéderont. Lorsqu'il rend une décision, il s'inscrit dès lors dans cette « chaîne du droit »¹²⁸⁸, que Dworkin compare à une structure narrative faisant intervenir plusieurs romanciers, liés chacun par le récit de l'autre.

2) La « nouvelle rhétorique » et la dimension essentiellement argumentative du précédent

391. Une logique juridique rhétorique. L'un des principaux apports de la pensée de Ch. Perelman à la science du droit a été de réhabiliter la dimension rhétorique de la logique

¹²⁸⁰ *Ibid.*, p. 329.

¹²⁸¹ *Ibid.*, p. 347.

¹²⁸² F. MICHAUT, « La "bonne réponse" n'est-elle qu'une illusion ? », *Droits* 1989, n° 9, p. 73.

¹²⁸³ S. PERRY, « « Judicial Obligation, Precedent and the Common Law », *op. cit.*, p. 223.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, p. 224.

¹²⁸⁵ Sur la doctrine du précédent et Dworkin, v. également : D. PANNICK, « A note on Dworkin and Precedent », 43 *Modern Law Review* (1980), p. 36.

¹²⁸⁶ W. MASTOR, « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin... », *op. cit.*, p. 329.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p. 330.

¹²⁸⁸ R. DWORKIN, « La chaîne du droit », trad. F. MICHAUT, *Droit et Société* 1985, n° 1, p. 61.

juridique. À rebours d'une vision formaliste classique, concrétisée dans le syllogisme judiciaire et présentant le raisonnement juridique comme relevant de la logique formelle, Ch. Perelman estime que la spécificité de la logique juridique est d'être « une logique de l'*argumentation*, qui utilise non des preuves analytiques, qui sont contraignantes, mais des preuves dialectiques »¹²⁸⁹. En cela, et contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, il ne s'oppose en rien à la vision de H. Kelsen. Ainsi que l'a relevé N. Bobbio, « du point de vue de la reconnaissance de la différence entre l'argumentation logique et l'argumentation juridique, Kelsen et Perelman (...) sont tous les deux logés à la même enseigne contre des auteurs comme Klug et Kalniewski, qui ont cherché à remettre en honneur la logique formelle dans le champ du droit »¹²⁹⁰. Bobbio rappelle à cet égard, à propos de Kelsen, « l'indubitable intérêt qu'il a manifesté durant ses dernières années pour la théorie de l'argumentation, qui combat, sur le même front de l'anti-logicisme dans le droit, contre la validité du syllogisme normatif et pour une théorie du droit désormais libérée du vieux préjugé du juge passif interprète du droit établi »¹²⁹¹. Il est donc essentiel de porter attention à la vision selon laquelle, « en droit, l'on ne se contente pas de déduire, mais on argumente et toute étude du raisonnement et de la preuve en droit qui négligerait cette situation, ignorerait ce qui fait la spécificité de la logique juridique »¹²⁹².

392. La nature argumentative du procès. Ce postulat établi, Ch. Perelman signale en outre que, « si l'on voulait limiter la logique juridique à la logique formelle, on déformerait la réalité même du raisonnement des juges et des avocats », dans la mesure où « la logique juridique se présente comme une argumentation réglementée »¹²⁹³. Le cadre institutionnel le plus propice au développement et à la réglementation de cette argumentation est certainement le procès juridictionnel. La sphère juridictionnelle est en effet le lieu par excellence de la confrontation d'arguments, de la *disputatio* entre les parties et leurs avocats sur l'interprétation et l'application du droit, c'est-à-dire d'un litige. Comme le souligne à ce sujet N. MacCormick, selon une certaine approche processuelle, les décisions juridiques ne sont pas adoptées dans un univers abstrait et clos, mais « doivent être comprises comme des décisions relatives à des

¹²⁸⁹ Ch. PERELMAN, « Qu'est-ce que la logique juridique ? », in. *Ethique et droit, op. cit.*, p. 600.

¹²⁹⁰ N. BOBBIO, « Perelman et Kelsen », in. *Essais de théorie du droit*, traduit par M. Gueret avec la collaboration de C. Agostini, Préface de R. Guastini, Bruylant, LGDJ, 1998, p. 277.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 278.

¹²⁹² Ch. PERELMAN, « Logique formelle, logique juridique », in. *Ethique et droit, op. cit.*, p. 567.

¹²⁹³ Ch. PERELMAN, « Science du droit et jurisprudence », in. *Ethique et droit, op. cit.*, pp. 505-506.

prétentions (*claims*) dans le cadre de litiges (*disputes*) »¹²⁹⁴. De plus, ces prétentions, ce qui est fondamental, sont « avancées en tant que *prétentions juridiques* »¹²⁹⁵. Par conséquent, de telles prétentions « exigent, de la part de leur auteur, une volonté d'avoir recours à une argumentation juridique spécifique dans le but de les justifier »¹²⁹⁶. Ainsi le procès dispose d'une nature argumentative à deux niveaux : au niveau des parties et au niveau du juge. Premièrement, les parties en litige, généralement par l'intermédiaire de leur avocat, argumentent en fonction de leurs intérêts. Deuxièmement, le juge doit arbitrer entre les différents arguments en présence et délivrer une solution justifiée, c'est-à-dire argumentée. Il apparaît, dans ce contexte, que « le raisonnement judiciaire vise à dégager et à justifier la solution autorisée d'une controverse, dans laquelle des argumentations en sens divers, menées conformément à des procédures imposées, cherchent à faire valoir, dans des situations variées, une valeur ou un compromis entre valeurs, qui puisse être accepté dans un milieu et à un moment donnés »¹²⁹⁷.

393. Autorité du précédent et argumentation. Cette dimension rhétorique du procès rejaille nécessairement sur la nature du précédent. En tant que décision sur un litige entre diverses prétentions juridiques contradictoires, la décision retenue par le juge doit être motivée. La motivation constitue en effet l'« un des cœurs de l'argumentation juridique » et a essentiellement « pour raison d'être d'éviter l'arbitraire »¹²⁹⁸. En ce sens, le droit se dégageant du procès, de nature éminemment démocratique, « doit chercher, par la motivation, à obtenir une adhésion raisonnée »¹²⁹⁹. Cette nécessité d'éviter l'arbitraire et de susciter une adhésion auprès d'un auditoire particulier est cruciale dans l'approche rhétorique du droit proposée par Ch. Perelman. En effet, « (p)uisque tout litige implique un désaccord, une controverse, le rôle du juge est de trouver une solution qui soit raisonnable, acceptable, c'est-à-dire ni subjective, ni arbitraire »¹³⁰⁰. Les motifs des décisions de justice y sont alors perçus comme des raisonnements qui « conduisent à des conclusions d'ordre pratique, qui visent à justifier des

¹²⁹⁴ N. MACCORMICK, « Why Cases Have Rationales and What These Are », *op. cit.*, p. 159.

¹²⁹⁵ *Ibid.*

¹²⁹⁶ *Ibid.*

¹²⁹⁷ Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, p. 135.

¹²⁹⁸ S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2019, p. 30.

¹²⁹⁹ Ch. PERELMAN, « La motivation des décisions de justice », in *Ethique et droit*, *op. cit.*, p. 682.

¹³⁰⁰ Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, p. 162.

décisions, des choix et des prétentions, qui cherchent à établir la rationalité d'une conduite »¹³⁰¹. Enfin, puisque l'objectif est « de rendre les décisions de justice acceptables, le recours aux techniques argumentatives devient indispensable » et « l'argumentation judiciaire (...) aura pour mission de montrer comment la meilleure interprétation de la loi se concilie avec la meilleure solution des cas d'espèce »¹³⁰². Le précédent est donc une norme générale de jugement qui émerge de la justification fournie par le juge dans ses motifs. Par les motifs, le juge décide de mettre en avant une certaine justification à l'appui d'une certaine décision. La motivation contient donc, à cet égard, deux éléments de décision du juge : le choix de la solution au litige et le choix d'une argumentation « officielle » justifiant la solution. Cette argumentation est celle qui est proposée par le juge pour la résolution des cas ultérieurs analogues, et devient, à ce titre, éminemment normative. L'on soutient ainsi, avec N. MacCormick, qu' « il pourrait sembler douteux qu'une compréhension satisfaisante du *case-law* ou du précédent (sa source) puisse faire l'économie d'une théorie adaptée de la justification juridique »¹³⁰³.

394. Double aspect rhétorique du précédent. Évoquer la nature rhétorique du précédent et de son autorité renvoie en réalité à deux degrés de manifestation : au niveau de l'édition du précédent par la cour souveraine et au niveau de sa réception, par cette même cour ou les juges du fond, dans les cas ultérieurs analogues. Premièrement, le précédent est le fruit d'un discours particulier développé par la cour souveraine, dont la fonction est de « justifier la décision prise, en fournissant une argumentation convaincante »¹³⁰⁴, afin de susciter « l'adhésion des parties et de l'opinion publique »¹³⁰⁵, aussi bien que celle des juges du système et de la communauté des juristes dans son ensemble. Dans ce contexte, le précédent doit alors être compris dans sa dimension prospective, dans la mesure où « chaque décision pouvant servir de précédent pour la solution ultérieure de cas de même espèce, il y a lieu de montrer qu'elle peut remplir ce rôle, en s'insérant sans difficulté dans cette œuvre collective que constitue la jurisprudence »¹³⁰⁶. Deuxièmement, l'aspect rhétorique du précédent se manifeste dans l'application de ce dernier dans les cas ultérieurs, en tant qu'élément de justification de la

¹³⁰¹ Ch. PERELMAN, « Le raisonnement juridique », in. *Ethique et droit*, *op. cit.*, p. 587.

¹³⁰² Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, p. 137.

¹³⁰³ N. MACCORMICK, « Why Cases Have Rationales and What These Are », *op. cit.*, p. 155.

¹³⁰⁴ Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, p. 162.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, p. 158.

¹³⁰⁶ *Ibid.*, p. 163.

solution retenue. Cet aspect est évidemment lié intrinsèquement au premier : le précédent ayant été adopté en vue de servir de fondement à la justification de solutions ultérieures, il est logique qu'il soit effectivement utilisé comme prémisse privilégiée du raisonnement judiciaire par la suite. Les arguments tenant à la cohérence et à la stabilité du système ainsi qu'à l'uniformité dans l'application et l'interprétation du droit sont, en outre, des facteurs à l'appui de l'application des précédents. Cela rejoint le contenu de la « règle de justice », exigeant le traitement semblable d'affaires essentiellement semblables. Sur ce point enfin, Perelman précise qu'un « argument fort, dans un domaine envisagé, est un argument qui peut se prévaloir de précédents »¹³⁰⁷, dès lors que « la règle de justice résulte d'une tendance, naturelle à notre esprit, de considérer comme normal et rationnel, donc comme n'exigeant aucune justification supplémentaire, un comportement conforme aux précédents »¹³⁰⁸. Cette position rejoint d'ailleurs la thèse des raisons d'exclusion de J. Raz ainsi que la thèse de S. Perry exposées précédemment.

La dimension rhétorique du précédent étant établie, il reste à l'intégrer désormais à la conception positiviste exposée précédemment pour synthétiser l'explication théorique retenue.

C – Résumé de la position retenue : point de vue interne et approche rhétorique

395. Nature du point de vue interne. Il a été admis que les juges en France, au-delà d'une simple régularité de comportement, reconnaissent, du point de vue interne, une véritable règle du précédent. Cela se manifeste par un accord général, au sein de la communauté des juristes, entendue largement, de la normativité des précédents et de leur utilisation comme sources du droit. Les praticiens du droit fondent systématiquement leurs raisonnements sur les précédents, qu'il s'agisse des avocats dans leurs moyens, des juges dans les motifs, des avocats généraux ou rapporteurs publics dans leurs conclusions, des juristes conseils dans la sphère privée, etc. Il résulte de cette reconnaissance générale une pratique spécifique du droit, dans laquelle les précédents sont utilisés comme faisant partie intégrante du « réservoir de prémisses

¹³⁰⁷ Ch. PERELMAN, « L'idéal de rationalité et la règle de justice », in. *Ethique et droit*, *op. cit.*, p. 144.

¹³⁰⁸ Ch. PERELMAN, « La règle de justice », *op. cit.*, p. 124.

acceptables »¹³⁰⁹ au soutien de leurs raisonnements juridiques, prémisses qui sont ainsi « reconnues et désignées comme sources »¹³¹⁰ du droit par ces acteurs du système. Par cette acceptation générale du caractère normatif des précédents, chaque juriste du système apprécie le comportement des autres à l'aune, en partie, de cette source du droit, et considère la règle du précédent, ou « règle de justice », comme un « modèle commun »¹³¹¹ de comportement au sein du système.

396. Contenu de la règle de reconnaissance – degrés variables de juridicité. De l'identification de ce point de vue interne découle une certaine règle de reconnaissance, fondement de la validité des normes juridiques du système. Comme il l'a été rappelé, la fonction de la règle de reconnaissance chez Hart est précisément d'identifier les règles sociales qui constituent des sources proprement juridiques, et de les agencer selon un ordonnancement hiérarchique spécifique. En ce sens, il semble que l'évolution contemporaine de la pratique du droit en France traduise un certain changement de perspective sur le contenu de la règle de reconnaissance. Les juges ont conscience d'établir et de suivre des précédents, et la reconnaissance de leur normativité figure, de façon implicite, dans l'exercice même de la fonction juridictionnelle. Depuis la Révolution et jusqu'à une époque récente, seules les sources formelles écrites étaient considérées comme faisant partie de la règle de reconnaissance du système français. Il semble que les précédents en fassent désormais également partie, même s'ils ne disposent pas, au sein de cette règle, d'un statut identique à celui des sources formelles classiques. Il y a toujours une hiérarchie claire entre ces sources, dans la mesure où, par exemple, une révision constitutionnelle ou une loi nouvelle peuvent toujours invalider un précédent. L'on constate néanmoins un certain phénomène de « déformalisation »¹³¹² des sources du droit contenues dans la règle de reconnaissance, par l'inclusion des précédents juridictionnels.

397. Approche rhétorique. La « déformalisation » de la règle de reconnaissance du système juridique français a pour conséquence d'identifier les précédents à des règles de droit contraignantes. Elle permet, en outre, de conserver la spécificité de la normativité du précédent et de ne pas l'assimiler à celle caractérisant les sources formelles classiques. Là où les sources

¹³⁰⁹ S. GOLTZBERG, *Les sources du droit, op. cit.*, p. 8.

¹³¹⁰ *Ibid.*, p. 120.

¹³¹¹ H.L.A. HART, *Le concept de droit, op. cit.*, p. 76.

¹³¹² Par « déformalisation », on entend ici l'abandon de la conception selon laquelle seules les sources formelles (constitution, lois, décrets, etc.) seraient des sources du droit à l'exclusion de toute autre.

formelles sont, en principe, davantage l'expression d'un « droit autoritaire », expression d'un commandement du souverain, le précédent tire sa normativité davantage de son caractère argumenté. Ce constat mériterait toutefois d'être nuancé, dans la mesure où même le constituant et le législateur sont aujourd'hui, et de plus en plus, astreint à une certaine justification et à une transparence dans leurs objectifs, par le biais notamment d'exposés des motifs, de rapports parlementaires ou d'études d'impact. Malgré la disparition progressive d'un droit autoritaire « pur », dont on peut même douter qu'il existât un jour, des tendances restent visibles entre un droit édicté, les sources formelles, et un droit de plus en plus conçu comme un droit motivé. Si dans les premiers temps de son émergence, le précédent en France s'est développé dans le sillage de la loi, adoptant une formulation générale et abstraite de type législatif, la tendance vers une motivation de plus en plus substantielle des décisions traduit l'apparition d'un précédent de type rhétorique. Cette dimension rhétorique du précédent constitue sa spécificité normative au sein de la règle de reconnaissance.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

398. La France dispose donc d'une véritable règle du précédent, imposant aux juges du fond de respecter les précédents adoptés par la cour souveraine. Cette règle est qualifiée de règle « matérielle » en ce sens qu'elle ne reçoit pas la même consécration formelle que les autres sources écrites, insérées dans le schéma d'habilitations normatives de l'ordre juridique. Elle n'en demeure pas moins une véritable règle, que les juges ont, de leur « point de vue interne », parfaitement intégrée. La normativité conférée aux précédents par cette règle prend un aspect spécifique, d'une nature essentiellement rhétorique. Ainsi, la normativité d'un précédent réside fondamentalement dans sa dimension argumentative, aussi bien au stade de son adoption que de son application. Premièrement, le précédent apparaît dans la justification fournie par le juge à l'appui de sa solution ; deuxièmement, il constitue l'élément de justification privilégié pour fonder la solution d'un cas ultérieur dont les éléments pertinents sont jugés analogues. Cette règle matérielle est néanmoins appliquée de façon encore relativement officieuse ou dissimulée au sein du jugement même, la « théorie de l'apparence » légaliste bénéficiant encore d'une influence considérable.

CHAPITRE II : LE MAINTIEN FORMEL DE L'APPARENCE LEGICENTRISTE DANS LE JUGEMENT

399. Dans le « *vade-mecum* » du Conseil d'État du 10 décembre 2018 sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, il est précisé que l'interprétation d'une règle par le juge administratif « peut découler (...) de la jurisprudence du Conseil d'État lorsque celle-ci a déjà donné une interprétation de la règle que le juge applique. Il convient, dans ce cas, de ne pas donner la référence de ces précédents mais de reprendre, lorsqu'ils existent, les paragraphes de principe des décisions publiées ou fichées du Conseil d'État sans les modifier »¹³¹³. Cette précision résume parfaitement la situation paradoxale du système précédentiel en France : si l'on admet que les précédents sont effectivement appliqués, il importe de ne pas le faire apparaître dans la décision.

400. La tradition française en matière de rédaction des décisions de justice est, encore aujourd'hui, très emprunte des motifs fondateurs du légicentrisme révolutionnaire. D'après cette conception, le juge doit appliquer les normes formelles écrites qui s'imposent à lui, et ne pas donner l'impression qu'il accorde une normativité concurrente ou complémentaire aux précédents. Autrement dit, citer un précédent reviendrait à lui reconnaître un caractère obligatoire et constituerait un retour aux arrêts de règlement. Cela se traduit concrètement, dans la décision, par le fait que les motifs de principe sont généralement repris à l'identique sans toutefois être mentionnés. Cette absence de mention explicite du précédent appliqué en l'espèce (**Section 1**), contraint l'observateur à identifier le raisonnement précédentiel du juge dans des documents annexes à la décision (**Section 2**).

¹³¹³ « *Vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative », *op. cit.*, p. 11.

SECTION 1. L'ABSENCE DE MENTION EXPLICITE DU PRECEDENT APPLIQUE

401. La volonté de maintenir la structure légaliste dans le jugement signifie que ce dernier doit toujours se présenter comme une application de la loi, ou plus généralement aujourd'hui, du droit formel écrit. Cela emporte deux conséquences complémentaires : puisque la décision doit toujours être juridiquement fondée exclusivement sur l'une de ces normes formelles (§ 1), l'application des précédents ne peut se faire que tacitement, sans mention expresse des décisions de référence (§ 2).

§ 1 – La volonté de rattachement de la prémisse majeure à une source formelle

402. La question du rattachement de la prémisse majeure à une source formelle ne se pose pas lorsqu'il existe un texte identifiable et clairement applicable au litige. Cette situation est généralement celle dans laquelle le texte applicable n'a pas fait spécifiquement l'objet d'une interprétation sur le problème de droit soulevé en l'espèce. Ainsi, le raisonnement du juge pour parvenir à la solution se fait essentiellement à partir de l'énoncé du texte. Il est cependant des cas dans lesquels c'est l'énoncé du précédent qui constitue matériellement le fondement de la solution. Dans cette hypothèse, le juge prend soin, le plus souvent, de rattacher la solution au texte afin de donner au jugement un fondement formel, quand bien même ce rattachement semblerait quelque peu artificiel (**A**). Les cas de création prétorienne dits « purs », dans lesquels aucune source textuelle ne peut être attachée au précédent sont, dans ce contexte, nettement plus rares (**B**).

A – Les principes généraux : un rattachement parfois artificiel à une source textuelle

403.L'invention des principes. Dans sa note sous l'arrêt *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*¹³¹⁴, G. Vedel souligne que si « (l)es principes généraux sont dans une certaine mesure l'œuvre du juge qui les dégage de la gangue du milieu juridique », ils ne sont toutefois « pas une œuvre arbitraire car ils sont extraits du droit positif à un moment donné ». Amené à « inventer », au sens premier de ce terme, des principes généraux, le juge tentera le plus souvent de les rattacher à un fondement textuel ou, plus généralement, à l'ordre juridique. Cette tendance se manifeste aussi bien dans le recours aux principes généraux par le Conseil d'État et la Cour de cassation (1°) que par le recours aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République devant le Conseil constitutionnel (2°).

1) Les principes généraux inspirés des textes

404.Un phénomène plus marqué devant le Conseil d'État. La Cour de cassation¹³¹⁵ comme le Conseil d'État¹³¹⁶ peuvent avoir recours à des principes généraux du droit afin de combler ce qu'ils présentent comme une lacune ou justifier l'interprétation particulière de la

¹³¹⁴ CE, ass., 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, JCP 1952.II.7138.

¹³¹⁵ V. not. : J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, p. 228 ; P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation : les garde-fous des excès du droit », *JCP G.* 2001, n° 12, p. 589 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 1999 ; « Les vises de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit "hors-la-loi" », *LPA* 2005, n° 113, p. 5 ; « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf (consulté le 13 juin 2019) ; J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in. *Mélanges Ripert, t. 1*, Paris, LGDJ, 1950, p. 51 ; N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001, p. 699.

¹³¹⁶ V. not. : B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954 ; « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE* 1981-1982, p. 33 ; R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles en droit administratif », *D.* 1966, chron., p. 99 ; B. GENEVOIS, « Les principes généraux du droit (aspect droit administratif) », *RIDC* 1980, n° spéc., Journées de la Société de législation comparée, vol. 2 ; P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in. *Mélanges Troper*, Paris, PUAM-Economica, 2006, p. 207 ; F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA* 1998, p. 495 ; « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 722 ; « Sur une méthode d'interprétation du Conseil d'État français : le recours aux principes dont s'inspirent des textes du droit privé », in. *Mélanges Kakouris*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 285 ; M. DE VILLIERS, « Principes généraux du droit », in. D. Chagnollaude, G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, p. 614.

norme applicable. En ce sens, l'intérêt pour la catégorie des principes généraux du droit apparaît, en droit interne, principalement par l'action du Conseil d'État après 1945. La Cour de cassation et la doctrine privatiste en ont eu un usage plus tardif et plus limité¹³¹⁷. La pratique de la Cour de cassation s'est notamment tournée vers la mention de ces principes généraux dans les visas de ses décisions, sans nécessairement que soit systématisée une justification d'invention particulière¹³¹⁸. C'est dans la jurisprudence du Conseil d'État, et sous la plume d'auteurs administrativistes, que l'on trouve le plus de matière pour saisir la notion de principes généraux du droit, leur identification et la légitimité de leur invention par le juge¹³¹⁹. Dans le processus d'invention des principes généraux, il apparaît que le juge « a le souci de ne faire application d'un principe général que pour autant que son existence peut se déduire de la législation existante et repose sur un large consensus »¹³²⁰. Il s'agit principalement de ne pas faire apparaître que le juge fait œuvre créatrice. Il faut donc inscrire la consécration d'un nouveau principe général du droit dans le cadre d'un ordre objectif préexistant, que le juge ne ferait que formaliser. Soit cet ordre objectif se trouve dans un texte déterminé de l'ordre juridique, et le juge extrait de cette source le principe, soit il se réfère de façon plus abstraite à la tradition juridique ou à certaines maximes ou adages universels.

405. Rattachement implicite. Le rattachement d'un principe général à un texte n'est pas toujours explicite mais peut être simplement de l'ordre d'une inspiration textuelle dont l'origine ne fait cependant aucun doute. C'est le cas, tout particulièrement, du principe général d'égalité, dont les consécrations textuelles, constitutionnelles ou conventionnelles, et les déclinaisons en divers principes d'égalité particuliers sont pléthore. Ainsi, « la démarche consistant pour le Conseil d'État à se référer à un principe général d'égalité, sans rattachement exprès à sa base textuelle, s'explique historiquement par le fait que pendant longtemps il était admis que les dispositions de la Déclaration de 1789 ou celles du Préambule de 1946 n'avaient pas de valeur juridique impérative »¹³²¹. Par ce biais, « le recours à la théorie des principes généraux du droit a permis au juge, nonobstant les incertitudes affectant la valeur juridique du

¹³¹⁷ P. MORVAN, « Principes », in. D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1202.

¹³¹⁸ P. MORVAN, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », *op. cit.*

¹³¹⁹ V. not. sur la légitimité : F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*

¹³²⁰ B. GENEVOIS, M. GUYOMAR, « Principes généraux du droit : panorama d'ensemble », *op. cit.*, § 32.

¹³²¹ B. GENEVOIS, M. GUYOMAR, « Principes généraux du droit : principes de philosophie politique », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, § 7.

Préambule, d'obliger l'administration à respecter le principe d'égalité »¹³²². Rattaché principalement aux articles 1^{er}, 6 et 13 de la DDHC de 1789, ainsi qu'à certaines dispositions spécifiques du Préambule de 1946¹³²³, le principe général d'égalité a par la suite connu de très nombreuses concrétisations dans la jurisprudence du Conseil d'État : principe d'égalité devant le service public¹³²⁴, devant le suffrage¹³²⁵, principe d'égalité devant les charges publiques¹³²⁶, etc. Un autre exemple de rattachement possible à une source formelle est le cas du principe général de non-rétroactivité des actes administratifs par la décision *Société du journal « L'Aurore »* de 1948¹³²⁷. Les commentateurs du *GAJA* soulignent que « (l)a justification de cette règle est la même que celle de l'art. 2 du code civil aux termes duquel "la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif" »¹³²⁸. La justification fondamentale de cette disposition textuelle, sous-tendue par la sécurité juridique, n'a aucune raison de recevoir une application exclusive pour la loi et une justification similaire est applicable aux actes administratifs. Dans la mesure où « il serait illogique d'appliquer une règle juridique à une époque où elle ne pouvait encore être connue », que cette règle soit législative ou réglementaire, le bon sens commande de reconnaître l'existence d'un principe général de non-rétroactivité des actes réglementaires.

406. Rattachement explicite. Dans certains cas, le principe général invoqué est explicitement rattaché à un ou plusieurs textes, dont l'« esprit » est à l'origine de la consécration du principe. Parmi les nombreux exemples pouvant être fournis, le droit de l'extradition est particulièrement révélateur. La question de l'extradition est régie par un certain nombre de conventions internationales, dont la Convention européenne d'extradition de 1957 adoptée

¹³²² *Ibid.*

¹³²³ Notamment l'alinéa 3 qui prévoit que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme » ; l'alinéa 12 selon lequel « la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales » ; et l'alinéa 16 disposant que « la France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion ».

¹³²⁴ CE, 19 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, *Rec.*, p. 151, *Dr. soc.* 1951, p. 368, concl. Letourneur, note Rivero ; *GAJA* n° 60.

¹³²⁵ CE, 30 novembre 1990, *Association « Les Verts »*, *Rec.*, p. 339 ; *AJDA* 1991, p. 114, chron. Honorat et Schwartz.

¹³²⁶ Pour l'ensemble des cas d'application du principe d'égalité, v. : GENEVOIS, M. GUYOMAR, « Principes généraux du droit : principes de philosophie politique », *op. cit.*, § 26-441.

¹³²⁷ CE, ass., 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, *Rec.*, p. 289 ; *Gaz. Pal.* 1948.2.7, concl. Letourneur ; *S.* 1948.3.69, concl. ; *D.* 1948, p. 437 ; note M. Waline ; *JCP* 1948.II.4427, note Mestre.

¹³²⁸ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLLE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 356.

dans le cadre du Conseil de l'Europe, ainsi que la loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers¹³²⁹. Dans le cadre de l'extradition d'un ressortissant étranger depuis la France, « l'extradition est accordée, s'il y a lieu, par un décret du Premier ministre susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. C'est au titre du contrôle de la légalité de tels décrets que le Conseil d'État a dégagé des principes généraux du droit de l'extradition »¹³³⁰. Ainsi dans un arrêt de 1984 *Lajambio-Galdeano*¹³³¹, le Conseil d'État, saisi d'une demande d'annulation en excès de pouvoir d'un décret d'extradition pris sur le fondement de la Convention franco-espagnole d'extradition du 14 décembre 1877, a considéré que « contrairement aux allégations du requérant, le système judiciaire espagnol respecte les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine, ainsi que l'exigent les principes généraux du droit de l'extradition ». Par cette formulation, le Conseil d'État reconnaît donc l'existence d'un corpus de principes généraux du droit de l'extradition, dans lequel sont inclus les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine. Cette « consécration » se fait, notamment, au visa explicite de la loi de 1927 et de diverses conventions internationales sur l'extradition applicables en l'espèce. La consécration d'un tel principe découle donc directement et explicitement « de l'inspiration libérale de la loi du 10 mars 1927 »¹³³² et ne peut être présentée, formellement, comme une création prétorienne.

2) *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*

407. Un fondement normatif dans le Préambule de 1946. Le premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 énonce que « le peuple français (...) réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Il dresse ensuite, dans les alinéas suivants, la liste des « principes politiques, économiques et sociaux » qualifiés de « particulièrement nécessaires à notre temps ». La notion de « principes

¹³²⁹ La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, insère ces dispositions dans le code de procédure pénale

¹³³⁰ B. GENEVOIS, M. GUYOMAR, « Principes généraux du droit : principes de philosophie politique », *op. cit.*, § 562.

¹³³¹ CE, ass., 26 septembre 1984, *Lajambio-Galdeano*, *Rec.*, p. 307 ; *JCP* 1985.II.20346, concl. Genevois, note Jeandidier ; *AJDA* 1984, p. 669, chron. Schoettl et Hubac ; *RSC* 1984, p. 804, comm. Lombois ; *RFDA* 1985, p. 158, comm. Errera et p. 183, comm. Labayle.

¹³³² B. GENEVOIS, M. GUYOMAR, « Principes généraux du droit : principes de philosophie politique », *op. cit.*, § 562.

fondamentaux reconnus par les lois de la République » (PFRLR)¹³³³, à l'origine insérée dans le Préambule pour des raisons politiques contingentes¹³³⁴, a connu par la suite une postérité normative importante. La catégorie contentieuse des PFRLR sera en effet consacrée par le Conseil constitutionnel en même temps, par définition, que la valeur constitutionnelle du préambule, dans la décision *Liberté d'association* de 1971¹³³⁵. Le Conseil précise en effet « qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution, il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ». Les PFRLR font ainsi partie du bloc de constitutionnalité et ce, sur le plan juridique, non pas en tant que création prétorienne du Conseil constitutionnel, mais en tant que norme constitutionnelle écrite, tirée du premier alinéa du Préambule de 1946, et concrétisée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Tous les PFRLR consacrés par le juge constitutionnel bénéficient de ce rattachement à la norme constitutionnelle.

408.Des critères d'identification comme démarche d'objectivation. Outre le rattachement formel à la Constitution, les PFRLR ont également connu un processus d'objectivation, par la reconnaissance de différents critères présidant à leur « découverte » ou « invention ». Le processus de consécration des PFRLR et l'émergence de leurs critères d'identification a été progressive et ces critères ne sont pas explicitement formulés par le Conseil constitutionnel à l'origine. Dans la décision *Liberté d'association* précitée, le principe est formellement rattaché à la loi de 1901 relative au contrat d'association, sans davantage de précision quant à la technique d'invention. Le même constat peut être dressé à la lecture de la décision *Validation d'actes administratifs* de 1980¹³³⁶, qui consacre le PFRLR d'indépendance de la

¹³³³ Sur les PFRLR, v. not. : V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Economica-PUAM, 2001 ; J. RIVERO, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.* 1972, chron., p. 265 ; L. FAVOREU, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in P. Avril et M. Verpeaux (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 231 ; B. GENEVOIS, « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA* 1998, p. 477 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA* 2013, p. 945.

¹³³⁴ B. GENEVOIS, « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *op. cit.* : « Il n'y a pas de mystère en ce sens que l'insertion dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 de la référence aux PFRLR, répond à la volonté des membres du Mouvement des républicains populaires (MRP) siégeant à l'Assemblée nationale constituante de faire consacrer indirectement la liberté de l'enseignement ».

¹³³⁵ Cons. const., déc. n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, préc.

¹³³⁶ Cons. const., déc. n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*.

juridiction administrative sur le fondement de la loi du 24 mai 1872, sans mention relative aux critères d'identification¹³³⁷. C'est avec la décision *Loi d'amnistie* de 1988¹³³⁸ que le Conseil constitutionnel édicte des conditions précises pour identifier un PFRLR. Il précise d'abord que la simple mention d'une « tradition républicaine » ne suffit pas à caractériser un PFRLR¹³³⁹. Le Conseil évoque ensuite la nécessité, pour identifier un PFRLR, d'identifier une « législation républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur du préambule de la Constitution de 1946 ». Enfin, le principe manifesté dans la tradition républicaine invoquée ne doit pas connaître une seule exception, et bénéficier ainsi, sous les régimes républicains, d'une application ininterrompue¹³⁴⁰. En résumé, un PFRLR peut être consacré devant le Conseil constitutionnel pour autant qu'il ait connu une application continue dans les législations républicaines antérieures au préambule de 1946. En 1993, dans la décision *Code de la nationalité*¹³⁴¹, le Conseil ajoute une quatrième condition : « le caractère suffisamment général et non contingent de la norme contenue dans les lois de la République »¹³⁴². Dans la décision *Mariage entre personnes du même sexe* de 2013¹³⁴³ enfin, le Conseil refuse de faire du principe du mariage entre un homme et une femme un PFRLR dans la mesure où une telle règle « n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics ». Par la construction progressive de ces conditions d'identification d'un PFRLR, le Conseil constitutionnel fournit des éléments objectifs visant à présenter la consécration de ces principes non comme l'expression d'un pouvoir normatif subjectif mais comme la découverte d'un principe objectif.

¹³³⁷ Cons. n° 6 : « Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ».

¹³³⁸ Cons. const., déc. n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*.

¹³³⁹ Cons. n° 11 : « Considérant que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République ».

¹³⁴⁰ Cons. n° 12 : « il n'en demeure pas moins que la loi d'amnistie du 12 juillet 1937 s'est écartée de cette tradition ; que, dès lors, la tradition invoquée par les auteurs de la saisine ne saurait, en tout état de cause, être regardée comme ayant engendré un principe fondamental reconnu par les lois de la République ».

¹³⁴¹ Cons. const., déc. n° 93-321 DC, 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*.

¹³⁴² L. FAVOREU *et alii*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 140.

¹³⁴³ Cons. const., déc. n° 2013-666 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

Ces rattachements formels au système juridique permettent d'écarter le soupçon d'arbitraire et dissimulent, d'une certaine manière, le pouvoir normatif du juge, pourtant bien à l'œuvre dans la consécration de ces principes. Il reste cependant quelques rares hypothèses de créations prétorienne « pures », non rattachées à une source formelle ou à des critères objectifs d'identification.

B – Le cas des créations prétorienne dépourvue de tout rattachement textuel : le cas des recours contre les contrats administratifs

409.Exemple 1 : le précédent *Béziers I*. Les cas des créations prétorienne dites « pures », c'est-à-dire non rattachables à un fondement normatif objectif dans l'ordre juridique, demeurent relativement rares. Les juges tentent, la plupart du temps, de donner au principe qu'ils dégagent l'apparence de l'objectivité et du « jaillissement » de l'ordre juridique sans que n'intervienne un quelconque pouvoir créateur de leur part, sur lequel pourrait peser le soupçon de l'arbitraire. Il est cependant des cas dans lesquels le juge dégage un précédent en se fondant sur un principe qui ne peut être rattaché à aucune source formelle. Certains exemples de création prétorienne de cet ordre sont clairement identifiables dans la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'office du juge du contrat administratif. C'est le cas du précédent *Béziers I*, par lequel le juge a établi une série de dispositions générales relatives à la contestation de la validité du contrat administratif et aux pouvoirs du juge du contrat. Avec la décision *Béziers I* du 28 décembre 2009¹³⁴⁴, le Conseil d'État a considéré que lorsque le juge administratif est saisi d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat administratif, « il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ». Le long considérant de principe se poursuit pour établir ensuite l'ensemble des

¹³⁴⁴ CE, ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers I*, *Rec.*, p. 509, concl. Glaser ; *BJCP* 2010, p. 138 ; *RFDA* 2010, p. 506 ; *AJDA* 2010, p. 142, chr. Liéber et Botteghi, et 2011, p. 665, chr. Lallet et Domino ; *RDP* 2010, p. 553, note Pauliat ; *RFDA* 2010, p. 519, note Pouyaud ; CE, sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers II*, *Rec.* p. 117, concl. Cortot-Boucher ; *RFDA* 2011, p. 507, concl., 518, note Pouyaud ; *AJDA* 2011, p. 670, note Lallet ; *DA* 2011, n° 46, note Brenet et Melleray ; *JCP A.* 2011, p. 2171, note Linditch.

prérogatives à la disposition du juge du contrat, afin d'éviter le prononcé de l'annulation et ses conséquences brutales sur l'équilibre des relations contractuelles¹³⁴⁵.

410. Exemple 2 : le précédent *Tarn-et-Garonne*. Un autre domaine du droit des contrats administratif ayant donné lieu à des créations prétoriennes célèbres concerne la question des recours ouverts aux tiers au contrat. Le Conseil d'État a en effet, dans l'arrêt *Tarn-et-Garonne*¹³⁴⁶, créé *ex nihilo* un recours de pleine juridiction ouvert à certains tiers au contrat pour en contester la validité. Le considérant de principe énonce ainsi que « tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'État dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ». La consécration solennelle et les conditions précises de mise en œuvre du nouveau recours ne laissent aucun doute sur le caractère parfaitement prétorien de cette solution, qui n'est rattachable (et rattachée) à aucun fondement textuel. En outre, cet aspect purement prétorien est explicitement assumé dans la décision elle-même, le Conseil d'État précisant qu'il consacre ce principe « indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative ».

¹³⁴⁵ « Qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation ».

¹³⁴⁶ CE, ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne, Rec.*, p. 70, concl. Dacosta ; *BJCP* 2014, p. 204 note Terneyre, *RFDA* 2014, p. 425 ; *AJDA* 2014, p. 1035, chr. Bretonneau et Lessi, et p. 2043, dossier ; *BJCL* 2014, p. 316, note Fardet ; *CMP* mai 2014, 5, comm. Llorens et Soler-Couteaux, 7, note Rees ; *D.* 2014, p. 1179, note M. Gaudemet et Dizier ; *DA* 2014, n° 36, note Brenet ; *JCP A.* 2014, p. 2152, note Sestier, p. 2153, note Hul, p. 2154, note Amilhat ; *JCP G.* 2014, p. 732, note Bourdon ; *RDI* 2014, p. 344, note Braconnier ; *RDP* 2014, p. 1148, débat Seiller, Braconnier, Dacosta, p. 1175, note Janicot et Lafaix, p. 1198, note Rollin ; *RFDA* 2014, p. 438, note P. Delvolvé ; *RJEP* juill. 2014, p. 26, note Lafaix ; *GACA* n° 9, obs. P. Cassia.

La décision de justice est donc, généralement et hormis ces cas exceptionnels de création prétorienne pure, fondée explicitement ou rattachée artificiellement à une source formelle du système juridique. Cette volonté de rattachement se justifie par la volonté de ne pas reconnaître officiellement la normativité des précédents, qui sont, dès lors, appliqués sans être mentionnés.

§ 2 – *Une reprise du principe sans mention du précédent*

Le système juridique français connaît une certaine pratique précédentielle dissimulée, consistant à se référer au précédent sans le mentionner expressément (**A**). Cette volonté de ne pas mentionner les précédents s'explique par une assimilation entre citation des précédents et reconnaissance du pouvoir créateur du juge (**B**).

A – Identification de la pratique

La pratique précédentielle dissimulée des juges se manifeste principalement par la reprise textuelle du motif de principe au sein de leurs motifs (1^o). La référence implicite au précédent peut également se faire dans les visas de la décision, comme en témoigne la technique des visas de principe mise en œuvre par la Cour de cassation (2^o).

1) La reprise à l'identique du motif de principe dans les motifs de la décision

411. Pratique commune aux trois cours souveraines et aux juges du fond. Lorsqu'une cour souveraine ou les juges du fond appliquent un précédent, ils reprennent textuellement la motivation développée dans le motif de principe. Cela prend généralement la forme d'une reprise textuelle du principe énoncé, sans toutefois citer la décision à l'origine du précédent. Un tel constat est vérifiable devant les trois cours souveraines et les exemples en ce sens sont innombrables. En ce qui concerne la Cour de cassation, l'exemple du précédent *Société*

les Maréchaux du 10 juillet 2007¹³⁴⁷ en matière d'exécution contractuelle, de bonne foi et d'office du juge, permet de bien mettre en lumière cette pratique. Par cette décision, la chambre commerciale de la Cour, interprétant l'article 1134 du code civil, énonce que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». Cette formulation a, par la suite, été répétée à l'identique à de très nombreuses reprises par la Cour de cassation, sans toutefois jamais citer la décision « source » à l'origine du précédent et qui était reprise en l'espèce¹³⁴⁸. Une pratique similaire est observable devant les deux autres cours suprêmes. Ainsi, par exemple, dans sa décision *Droit d'auteur* du 27 juillet 2006¹³⁴⁹, le Conseil constitutionnel a énoncé que « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». Cette formulation est désormais reprise systématiquement, dès que le Conseil doit apprécier la conformité à la Constitution d'une loi de transposition d'une directive¹³⁵⁰.

412. Difficultés d'identification. La principale critique pouvant être formulée à l'endroit d'une telle pratique réside dans son caractère relativement opaque. Seul un lecteur averti et familier de la jurisprudence de l'institution peut déceler que la cour s'appuie alors sur

¹³⁴⁷ Com., 10 juillet 2007, *Société les Maréchaux*, D. 2007 ; AJ, p. 1955, note X. Delpéch ; Jur., p. 2839, note Ph. Stoffel-Munck et p. 2844, note P.-Y. Gautier ; Pan., p. 2972, obs. B.F.-C ; JCP 2007.II.10154, note D. Houtcief, act. 340, obs. C. Chabas ; CCC 2007, n° 294, note L. Leveneur ; *Deffrénois* 2007, p. 1454, obs. E. Savaux ; RDC 2007, p. 1107, obs. L. Aynès et 1110 obs. D. Mazeaud ; *Dr. et patr.* 2007, p. 94, obs. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2007, p. 773, obs. B. Fages.

¹³⁴⁸ V. not. : Civ. 2^e, 7 mai 2009, n° 08-16.501 ; Civ. 2^e, 25 juin 2009, n° 08-14.254 ; Com., 10 novembre 2009, n° 08-21.175 ; Civ. 3^e, 9 décembre 2009, n° 04-19.923 ; Com., 15 mars 2011, n° 09-13.299 ; Civ. 3^e, 21 mars 2012, n° 11-14.174 ; Civ. 3^e, 26 mars 2013, n° 12-14.870 ; Civ. 3^e, 25 juin 2013, n° 11-27.904 ; Civ. 3^e, 2 décembre 2014, 13-23.988 ; Civ. 3^e, 7 février 2019, n° 17-20.476.

¹³⁴⁹ Cons. const., déc. n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

¹³⁵⁰ V. not. : Cons. const., déc. n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. n° 6 ; déc. n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. n° 44 ; déc. n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. n° 18 ; déc. n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration et à la nationalité*, cons. n° 45 ; déc. n° 2014-694 DC, 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*, cons. n° 4 ; déc. n° 2015-726 DC, 29 décembre 2015, *Loi de finance rectificative pour 2015*, cons. n° 5 ; déc. n° 2015-727, 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, cons. n° 5 ; déc. n° 2018-765, 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, cons. n° 3 ; déc. n° 2018-768 DC, 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, cons. n° 3.

tel ou tel précédent. Il est impossible à un lecteur « profane », à la seule lecture de la décision, de savoir quel précédent est appliqué, ni depuis quand cette formulation est privilégiée par la cour. En pratique, un lecteur de la décision qui souhaite savoir si une telle formulation de principe est une formulation nouvelle ou déjà bien ancrée dans la jurisprudence de la Cour, et qui souhaite remonter jusqu'à la décision « source » du précédent, est contraint de passer par des voies détournées. L'une des façons de procéder pour remonter ainsi la chaîne précédentielle, consiste à entrer la formulation de principe utilisée dans la décision dans les différents outils de recherche des sites des cours souveraines. Ainsi, pour reprendre l'exemple du précédent *Droit d'auteur*, la recherche, sur le site du Conseil constitutionnel, de la portion de phrase « d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », en cochant l'onglet « décisions », fournit une présentation chronologique de toutes les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel a employé cette formulation depuis 2006. Selon les fonctionnalités des différentes plateformes, la recherche ne sera pas nécessairement exhaustive, particulièrement en ce qui concerne les décisions juges du fond, mais il est bien souvent possible de retrouver ainsi la décision ayant fait précédent et ses principales applications par la cour souveraine. En outre, la fonction de recherche du site *Légifrance*, par l'option « mots recherchés », permet également l'identification des différentes utilisations d'un précédent. Ces méthodes, quelques peu « artisanales », permettent de pallier l'absence de raisonnement précédentiel officiel au sein de la décision. Elles ne seraient toutefois pas inutiles, quand bien même le juge ferait référence au précédent appliqué, pour apprécier les différentes occurrences et applications de la solution en question.

À la pratique consistant à reprendre à l'identique le principe dans les motifs de la décision, peut également être ajoutée celle des « visas de principe » employés par la Cour de cassation.

2) *La technique des visas de principe devant la Cour de cassation*

413. Pratique des visas de principe. À l'instar du Conseil d'État, la Cour de cassation a eu recours, dans ses jugements, à certains principes généraux au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Elle y fait cependant référence d'une façon singulière, en évoquant ces principes généraux dans les visas du jugement. C'est dans un arrêt du 20 avril 1948¹³⁵¹ que la

¹³⁵¹ Com., 20 avril 1948, DP 1948, p. 375 ; S. 1948, 1, p. 129 ; RTD com. 1948, p. 697, obs. R. Houin.

chambre commerciale de la Cour de cassation use pour la première fois de cette technique, en mentionnant dans ses visas, en plus de l'article 443 du code de commerce, « les principes applicables en matière de compte courant ». À partir de cette consécration, « les visas de principe connurent une croissance constante durant les décennies ultérieures, devenue exponentielle dans les années 1980 et 1990, poursuivie avec ferveur durant les années 2000 »¹³⁵². Il n'existe aucune matière de prédilection spécifique à la reconnaissance des principes, ni de « modèle-type » des visas de principe. Ces derniers se retrouvent aussi bien en droit civil, en droit public, en droit commercial, en droit social, en droit international, etc.¹³⁵³ En outre, leur fonction est également parfaitement variable : tantôt ils « déterminent le champ d'application des textes »¹³⁵⁴, tantôt ils en révèlent la « portée véritable »¹³⁵⁵, tantôt ils s'en écartent pour concrétiser ou synthétiser sous une formulation générale une œuvre prétorienne de la Cour de cassation. Dans ce dernier cas, à l'égard des textes, le principe dégagé peut « exprimer une solution absente de ceux-ci » comme « écarter des solutions pourtant voulues par eux »¹³⁵⁶. En d'autres termes, les principes peuvent interpréter les textes en vigueur, combler une lacune (ou une lacune prétendue), ou encore intervenir *contra legem*. Les principes consacrés sont très divers, de la maxime ou de l'adage d'ordre général à des formulations parfois assez précise. L'on trouve par exemple les visas suivants : « vu les principes relatifs à la personnalité morale »¹³⁵⁷, « vu le principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* »¹³⁵⁸, « vu le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé »¹³⁵⁹, « vu le principe général du droit selon lequel nul ne pouvant s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, celui qui, par erreur, a payé la dette d'autrui de ses propres deniers, a, bien que non-subrogé aux droit du créancier, un recours contre le

¹³⁵² P. MORVAN, « Les visas de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit "hors-la-loi" », *op. cit.*

¹³⁵³ Pour un « inventaire » et un « bilan statistique » de 1948 à 2004 des différents principes par domaines d'intervention : P. MORVAN, « Les visas de principe... » *op. cit.*

¹³⁵⁴ J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *op. cit.*

¹³⁵⁵ *Ibid.*

¹³⁵⁶ *Ibid.*

¹³⁵⁷ Com., 10 janvier 1990, n° 87-14.366.

¹³⁵⁸ Soc., 8 juin 1995, *Bull. civ.* V, n° 195.

¹³⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 15 mai 2001, *Bull. civ.* I, n° 133.

débiteur »¹³⁶⁰ ou encore, rappelé très récemment par la Cour, « vu les principes généraux du droit électoral »¹³⁶¹.

414. Référence détournée aux précédents. Les principes visés peuvent être, comme les autres principes généraux du droit dégagés par les cours souveraines, rattachés artificiellement à des textes. P. Morvan rappelle qu'une certaine « doctrine classique a longtemps assimilé le principe à une règle de droit quelconque résultant d'un raisonnement juridique, soit analogique, soit inductif »¹³⁶². Autrement dit, les principes seraient issus d'une généralisation de la législation en vigueur. Toutefois, à l'inverse, il apparaît que ces principes peuvent revêtir « une nature belliqueuse et subversive à l'encontre du droit positif. Leur action la plus emblématique (mais non unique ou exclusive) est l'éviction de la loi »¹³⁶³. Il apparaît en effet que le recours aux visas permet bien souvent de dissimuler le pouvoir normatif de la Cour derrière la formulation d'un principe se voulant extrait de toute œuvre prétorienne. Faisant référence à un visa de principe dans lequel la Cour mentionne les « règles relatives à la dénonciation des engagements unilatéraux »¹³⁶⁴, N. Molflessis interroge : « Qui ne voit que, *via* un tel visa, la Cour de cassation parvient à contourner l'interdiction qui lui est faite de viser ses propres décisions pour réussir à statuer, au gré d'une fiction, conformément "aux règles de droit", selon les exigences du nouveau code de procédure civile ? »¹³⁶⁵. En effet, la référence à ces « principes » en sus ou à la place des sources textuelles, constitue le plus souvent un moyen pour la Cour de faire référence à un corpus précédentiel sur le thème concerné, selon le degré plus ou moins grand de précision du principe visé. En définitive, par la technique des visas de principe, « la Cour de cassation parvient à faire advenir, sans le dire, la règle du précédent, puisque les règles invoquées permettent d'asseoir une jurisprudence antérieure »¹³⁶⁶. Cette référence tacite aux précédents dans les visas fait d'ailleurs écho à une autre pratique, qui est la

¹³⁶⁰ Civ. 2^e, 16 septembre 2003, n° 01-20.503.

¹³⁶¹ Soc., 3 octobre 2018, n° 17-29.022.

¹³⁶² P. MORVAN, « Les visas de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit "hors-la-loi" », *op. cit.*

¹³⁶³ *Ibid.*

¹³⁶⁴ Soc., 20 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 237, p. 186.

¹³⁶⁵ N. MOLFLESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *op. cit.*

¹³⁶⁶ *Ibid.*

référence à la « doctrine de la Cour de cassation »¹³⁶⁷, remplissant généralement la même fonction.

B – Justification de la pratique

415. Assimilation de la mention et de l'obligation. La pratique précédentielle des juges français est en apparence contradictoire. Elle révèle, d'un côté, un attachement très net aux précédents, d'une façon parfois à peine dissimulée, tout en se heurtant, d'un autre côté, au refus de principe de citer ces précédents. L'explication réside une fois de plus dans cette culture legaliste française particulière, d'après laquelle la mention du précédent se confond avec son caractère contraignant. Cela se manifeste par un certain dualisme : « soit le précédent n'est pas obligatoire et il n'a pas sa place dans la décision ; soit le précédent est cité dans la décision et il est nécessairement obligatoire : aucune autre option ne semble envisageable »¹³⁶⁸. Au-delà même de la question de l'aspect obligatoire, mentionner un précédent c'est reconnaître qu'il existe. Or, les deux siècles passés se sont bâtis sur une négation de l'existence même du précédent, ce qui explique en partie ces réticences ancrées. Cela explique par exemple pourquoi, dans son *vade-mecum* du 10 décembre 2018, le Conseil d'État recommande « de ne pas donner la référence (des) précédents mais de reprendre, lorsqu'ils existent, les paragraphes de principe des décisions publiées ou fichées du Conseil d'État sans les modifier ». Cette volonté de ne pas mentionner les précédents semble alors fondée sur une « version de l'article 5 du code civil remaniée par la théorie de l'apparence »¹³⁶⁹, en vertu de laquelle il convient d'appliquer les précédents sans toutefois donner l'impression de le faire. Dans une telle perspective, « la question de la motivation n'est donc pas celle de l'autorité du précédent en soi mais celle de la transparence qui peut être donnée à son autorité réelle »¹³⁷⁰.

¹³⁶⁷ R. LIBCHABER, « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTD civ.* 2000, p. 679 ; N. MOLFESSIS, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD civ.* 2003, p. 567 ; P. DEUMIER, « La "doctrine de la Cour de cassation" : opinion ou précédent ? », *RTD civ.* 2006, p. 73.

¹³⁶⁸ P. DEUMIER, « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *op. cit.*

¹³⁶⁹ *Ibid.*

¹³⁷⁰ *Ibid.*

416. Justification infondée. Cette assimilation faite, aujourd'hui encore, entre la citation du précédent et son caractère obligatoire, n'est fondée que sur une sorte de réflexe institutionnel légaliste et sous-tendue par une certaine crainte des conséquences d'un système de précédent officiellement admis. En effet, selon cette conception, mentionner un précédent revient à lui reconnaître une force obligatoire au même titre que les sources formelles, telles que la loi ou la constitution. Le système basculerait donc dans un système de *common law* par le simple fait que les juges mentionnent les références des décisions que, de toute façon, ils appliquent déjà. Cette crainte repose sur une conception spécifique du *common law*, assimilée au « gouvernement des juges », et renvoie en outre à une logique de tout ou rien : le précédent est obligatoire ou n'est pas. Cette vision n'est cependant pas conforme à la situation actuelle du « droit judiciaire » occidental : de nombreux systèmes n'appartenant pas à la tradition du *common law* et ne reconnaissant pas une doctrine stricte du précédent obligatoire¹³⁷¹, ont néanmoins développé une tradition de citation des précédents et de raisonnement précédentiel dans le corps même de la décision, sans que cela n'entraîne un affaiblissement de l'autorité des sources formelles ni un quelconque gouvernement tyrannique de juges arbitraires. C'est notamment le cas des cours supranationales, Cour de justice de l'Union européenne¹³⁷² et Cour européenne des droits de l'homme¹³⁷³, et de certaines cours suprêmes européennes, notamment en Allemagne¹³⁷⁴. Ces systèmes juridictionnels ne sont pas des systèmes de *common law*, ni des systèmes où, à proprement parler, il existe une doctrine du précédent obligatoire. Il s'y est pourtant développé une tradition de citation des précédents appliqués ou applicables, ainsi qu'un raisonnement précédentiel fourni au sein des motifs. Ces systèmes se situent dans cette « troisième voie » suggérée par P. Deumier, comme alternative au dualisme français sur la question, « compatible avec l'autorité de fait sans heurter l'absence d'autorité de droit : la prise en considération du précédent dans une autre fonction que celle de norme obligatoire »¹³⁷⁵.

¹³⁷¹ Notons, à cet égard, que même le *common law* britannique ne consacre pas une telle doctrine.

¹³⁷² V. not. : L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *op. cit.* ; A. RIGAUX, D. SIMON, « Le précédent dans la jurisprudence du juge de l'Union », in. *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 547.

¹³⁷³ V. not. : A. PALANCO, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2019.

¹³⁷⁴ P. STAINER, D. KÖNIG, « The Concept of *Stare Decisis* in the German Legal System – A Systematically Inconsistent Concept with High Factual Importance », 27 *Studia Iuridica Lublinensia*, (2018), p. 121.

¹³⁷⁵ P. DEUMIER, « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *op. cit.*

Cette troisième voie n'a toutefois pas encore été empruntée par les juges d'une façon clairement affirmée. Les précédents constituant néanmoins une source importante de décision pour ces derniers, ils ne peuvent faire l'économie d'un certain raisonnement précédentiel, intégrant une mention explicite aux précédents appliqués. Ces mentions figurent donc, pour l'instant, dans des supports extérieurs à la décision.

SECTION 2 : L'IDENTIFICATION DU RAISONNEMENT PRÉCEDENTIEL HORS DE LA DÉCISION

Le raisonnement précédentiel ne figurant que de façon limitée et insuffisante dans la décision elle-même, il convient, pour l'identifier, de se référer à des sources annexes, issues immédiatement de la cour souveraine ou de ses membres (§ 1). Une tendance notable à la citation expresse des précédents dans le corps même du jugement, dans les visas ou les motifs, doit cependant être évoquée, en ce qu'elle traduit la dynamique d'évolution du système précédentiel français (§ 2).

§ 1 – La mention des précédents dans des sources annexes au jugement

Il existe deux types de documents relatant deux étapes précises du raisonnement précédentiel du juge : ceux intervenant avant la décision, les travaux préparatoires (A) et ceux intervenant après la décision, les commentaires institutionnels (B).

A – Le raisonnement précédentiel antérieur à la décision : les travaux préparatoires

L'étude des travaux préparatoires permet bien souvent de saisir, en filigrane, les points abordés lors des délibérations tenues secrètes (1°) et pose, plus généralement, la question de l'opportunité d'une publication des opinions séparées des juges dans le cadre du développement d'un système de précédent (2°).

1) Les travaux préparatoires des décisions

417. Secret des délibérés. Parce qu'« (u)ne décision ne sort pas toute armée de la plume d'un juge »¹³⁷⁶, il est utile, pour en comprendre les fondements, les enjeux et les

¹³⁷⁶ P. DEUMIER, « Présentation », in. *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, 2013, p. 2.

motivations, d'analyser les travaux préparatoires des décisions des juges. Ces travaux préparatoires correspondent à « l'exposé d'une analyse de la question et des possibilités de solutions, en vue de préparer la discussion et la prise de décision »¹³⁷⁷. Cela peut paraître, *a priori*, contradictoire vis-à-vis de l'exigence de secret des délibérés. Les articles 430 à 449 du code de procédure civile décrivent en effet deux étapes principales présidant à l'élaboration d'un jugement et que l'on retrouve, par ailleurs, au-delà de la simple matière civile, dans le procès administratif et constitutionnel : les débats et le délibéré. D'une façon générale, « (l)es débats sont les développements présentés devant le juge au cours de l'audience orale, au soutien des prétentions des parties. Cependant, en pratique, ils peuvent être réduits au dépôt, par les avocats, du dossier de plaidoirie »¹³⁷⁸. À la clôture des débats intervient ensuite le délibéré, qui correspond à « la phase secrète pendant laquelle les juges, ayant en leur possession tous les éléments de l'espèce, forment leur conviction et élaborent leur décision »¹³⁷⁹. Le secret des délibérés est un principe processuel fondamental et « solidement ancré »¹³⁸⁰ dans notre tradition juridique. Il est consacré aussi bien par le code de procédure civile¹³⁸¹, le code de justice administrative¹³⁸² et l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel¹³⁸³. Puisque « c'est au cours du délibéré que se dégageront les raisons déterminantes de la solution », un observateur extérieur à la formation de jugement ne peut jamais connaître ces dernières avec exactitude, ni savoir dans quelle mesure la solution retenue est le résultat d'un plus ou moins large consensus entre les juges ou au contraire d'une faible majorité. Les travaux préparatoires ne donnent pas le contenu des délibérations et, à ce titre,

¹³⁷⁷ *Ibid.*

¹³⁷⁸ F. EUDIER, N. GERBAY, « Jugement », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, octobre 2018 (actualisation mai 2019), § 51.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, § 187.

¹³⁸⁰ W. MASTOR, « Opiner à voix basse... et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés », in. *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, p. 728.

¹³⁸¹ Art. 448 : « Les délibérations des juges sont secrètes ».

¹³⁸² Art. L. 8 : « Le délibéré des juges est secret » ; Art. R. 731-5 : « Les personnes qui, à un titre quelconque, participent ou assistent au délibéré sont soumises à l'obligation d'en respecter le secret ».

¹³⁸³ Art. 3, al. 2 : « Ils (les membres du Conseil) jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil ».

« ils n'expriment ni la position de l'arrêt ni la jurisprudence de l'institution ni sa doctrine officielle : ils expriment le point de vue de leur auteur »¹³⁸⁴.

418. Les travaux préparatoires. Comme le souligne encore P. Deumier, « s'ils ne permettent pas de percer le secret du délibéré, les travaux préparatoires n'en sont pas moins précieux en ce qu'ils révèlent un mode de raisonnement, de discussion, pratiqué au sein de la juridiction et dans le but d'éclairer, voire d'obtenir l'adhésion de la formation de jugement »¹³⁸⁵. Ces travaux préparatoires correspondent concrètement à deux catégories de documents : d'une part les rapports élaborés par des conseillers-rapporteurs désignés au sein de la formation de jugement en charge de l'affaire, d'autre part les conclusions délivrées par un magistrat de la formation, le rapporteur public au Conseil d'État, un membre du Parquet général à la Cour de cassation, garant du respect de la bonne application du droit par la juridiction. Les rapports des conseillers-rapporteurs ont vocation à présenter les faits pertinents et la procédure suivie, ainsi qu'une analyse des différents problèmes de droit soulevés par les moyens des parties. En outre, les rapports contiennent une note du rapporteur, accompagnée d'un ou plusieurs projets de décision. Les conclusions du rapporteur public près le Conseil d'État et les avis de l'Avocat général près la Cour de cassation contiennent également une synthèse des différents arguments en présence, des questions juridiques soulevées par la requête, ainsi qu'un rappel du droit applicable à l'espèce et une proposition de solution. Dans les deux cas, ces documents expriment la position personnelle du magistrat qui en est l'auteur et non la position de la cour souveraine. L'accès à ces sources, s'agissant des décisions les plus importantes, est nettement plus aisée en ce qui concerne la Cour de cassation que le Conseil d'État. Aux décisions les plus importantes faisant l'objet d'une diffusion sur le site de la Cour (P.B.R.I.) sont désormais joints l'avis de l'avocat général et le rapport du conseiller-rapporteur, généralement accompagnés également de la note explicative rédigée par le service de documentation. Les rapports des conseillers-rapporteurs du Conseil d'État, même s'agissant des décisions considérées comme importantes, ne sont en revanche pas accessibles immédiatement, et certaines conclusions des rapporteurs publics peuvent être consultées sur la base de recherche Ariane ou faire l'objet d'une publication dans des revues juridiques, mais cela n'est toutefois pas systématique.

¹³⁸⁴ P. DEUMIER, « Présentation », in. *Le raisonnement juridique, op. cit.*, p. 2.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, pp. 2-3.

419. Travaux préparatoires et raisonnement précédentiel. Les travaux préparatoires des décisions contiennent de nombreuses références aux précédents de la cour souveraine, que ce soit pour mettre en perspective l'affaire à juger dans un certain « environnement précédentiel », entendu largement, pour convoquer un précédent considéré comme devant être appliqué à l'espèce ou encore pour prendre un ou plusieurs contre-exemples de décision n'allant pas dans le sens de la solution suggérée. Une étude approfondie de ces documents a clairement établi que, aussi bien devant le juge judiciaire qu'administratif, « la lecture des travaux préparatoires témoigne d'une omniprésence des précédents judiciaires dans le raisonnement du juge »¹³⁸⁶. Le rapporteur, l'avocat général ou le rapporteur public se livrent en effet à une démonstration de fond, pouvant s'étendre sur plusieurs dizaines de pages, dans laquelle de très nombreux précédents sont mobilisés et où, surtout, une argumentation particulière est développée pour justifier l'application d'un précédent ou, éventuellement, son abandon par un revirement de jurisprudence. Les rapports et conclusions expriment l'opinion de leur auteur et ne contraignent absolument pas la juridiction à trancher le litige dans le sens préconisé, ni à se fonder sur le précédent invoqué dans les travaux. Ces derniers demeurent toutefois d'un intérêt majeur dans le système précédentiel français. Ces travaux sont en effet rédigés par des magistrats de l'institution qui ont pris connaissance du dossier de façon approfondie et qui constituent, principalement pour l'avocat général et le rapporteur public, la « conscience juridique » de la formation de jugement. Leur rôle est ainsi d'inscrire la solution proposée dans un cadre juridiquement cohérent, notamment, et même principalement, sur le plan précédentiel. Si la formation de jugement n'est pas contrainte de suivre les conclusions, avis ou rapports qui sont portés à sa connaissance, nul doute que, par leur contenu, ces travaux conditionnent largement la solution en ce qu'ils orientent les délibérations dans un certain sens. C'est à partir des précédents relevés dans ces travaux que la formation de jugement délibère, de sorte qu'ils fournissent la « matière première » du raisonnement précédentiel des juges lors du délibéré.

420. Relativisation. Ces travaux préparatoires, très précieux pour saisir la portée d'une décision et son lien avec le précédent applicable, demeurent toutefois une source d'information aléatoire et l'on ne peut y avoir recours de façon systématique. Les avis ou conclusions appartiennent en effet à leurs auteurs et ne font pas toujours l'objet d'une diffusion. Il importe

¹³⁸⁶ Ch. PROS-PHALIPPON, « La référence aux précédents de la juridiction », in. P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique, op. cit.*, p. 36.

de rappeler par ailleurs que, s'ils peuvent éclairer l'observateur sur la portée de la décision et sur l'attachement du juge à tel ou tel précédent, il ne s'agit toutefois pas de leur fonction première. Une telle utilisation des travaux préparatoires est une conséquence de l'absence de raisonnement précédentiel explicite au sein même de la décision, et doit donc se faire avec précaution. Cette source annexe ne concerne, en outre, que les juges administratif et judiciaire.

2) De l'opportunité d'une publication des opinions séparées : l'exemple du Conseil constitutionnel

421. Rôle du rapporteur et du Secrétaire général. À la différence des ordres judiciaire et administratif, les travaux préparatoires des décisions du Conseil constitutionnel ne sont pas accessibles. Une telle opacité empêche bien souvent de saisir la teneur du raisonnement précédentiel qui a conduit le Conseil à adopter telle ou telle option, à suivre un précédent plutôt qu'un autre, à interpréter de telle façon les précédents applicables. L'instruction des affaires portées devant le juge constitutionnel est menée par un membre du Conseil, que le président désigne comme rapporteur. Par ailleurs, à ce stade de la procédure, « (l)e secrétariat général assure (...) un rôle auxiliaire d'instruction »¹³⁸⁷, en particulier par l'élaboration d'un dossier documentaire réunissant, notamment, « les textes traduisant l'évolution de la législation et de la réglementation, l'acquis exhaustif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (...), les autres sources de la jurisprudence nationale, et notamment celle du Conseil d'État et de la Cour de cassation »¹³⁸⁸, ainsi que la jurisprudence des cours supranationales européennes et des cours constitutionnelles étrangères lorsque cela est pertinent. Ce dossier documentaire est désormais systématiquement joint à la décision, mais son exhaustivité ne permet pas de saisir un quelconque raisonnement précédentiel à l'œuvre au moment de la préparation de la décision. Le Secrétaire général du Conseil joue un rôle très important dans cette phase précontentieuse et « il n'est alors pas rare qu'un complément d'informations lui soit demandé par le rapporteur, que son avis d'expert juridique soit sollicité, voire que son aide soit requise pour la rédaction

¹³⁸⁷ O. SCHRAMECK, « Les aspects procéduraux des saisines », in. *Vingt ans de saisines parlementaire du Conseil constitutionnel, journée d'études du 16 mars 1994*, Paris, PUAM-Economica, 1995, p. 83. V. aussi : P.-E. SPITZ, « La question de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in. D. Rousseau (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, Paris, l'Harmattan, 2004, p. 117.

¹³⁸⁸ *Ibid.*

du projet de décision »¹³⁸⁹. À la fois par son rôle dans la constitution du dossier documentaire, mais plus généralement dans sa fonction de « gardien du droit »¹³⁹⁰ au sein du Conseil, le Secrétaire général constitue véritablement « la mémoire jurisprudentielle de l'institution »¹³⁹¹ et, à ce titre, « il est clair (qu'il) bénéficie d'une influence certaine sur le sens de la décision à prendre »¹³⁹².

422. Opacité du raisonnement précédentiel. Dans la procédure d'élaboration de la décision, il apparaît que « le centre de gravité du Conseil est du côté du service juridique »¹³⁹³, de sorte que « les juges n'entrent en jeu (...) que dans un deuxième temps »¹³⁹⁴. Ainsi, la première étape, et la plus décisive, réside dans « la note que le Secrétaire général rédigera à l'attention du rapporteur, et pour laquelle il aura bénéficié de toute l'expertise du service juridique »¹³⁹⁵. Ayant recueilli divers témoignages d'anciens membres de l'institution, de juges, du président Jean-Louis Debré, et d'un membre de la direction juridique, Th. Perroud a notamment pu relever, de l'aveu de certains, que « si le rapporteur souhaite s'écarter des propositions du service juridique, il doit solidement défendre sa position, la charge de la preuve repose sur lui ou elle »¹³⁹⁶. Ces témoignages confirment une intuition globalement partagée par la plupart des observateurs, selon laquelle, « dans l'immense majorité des cas, dans les faits, la décision finale ressemble à l'orientation prise dans la note initiale »¹³⁹⁷. Il résulte de ces différents constats un sentiment d'opacité quant à la justification de la décision et, en dernière instance, du raisonnement précédentiel. Le raisonnement précédentiel du Conseil semble centralisé dans les mains du Secrétaire général, assisté du service juridique, les juges ne faisant généralement qu'enregistrer des choix opérés en amont. La publication des débats serait

¹³⁸⁹ A. CIAUDO, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le Secrétaire général du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2008/1, n° 73, p. 22.

¹³⁹⁰ *Ibid.*

¹³⁹¹ *Ibid.*, pp. 22-23.

¹³⁹² *Ibid.*, p. 22.

¹³⁹³ Th. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *La revue des droits de l'homme (en ligne)*, n° 15, 2019, mis en ligne le 21 décembre 2018, consulté le 22 juin 2019, <https://journals.openedition.org/revdh/5618#tocto1n3>, § 44.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, § 46.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, § 49.

¹³⁹⁶ *Ibid.*

¹³⁹⁷ *Ibid.*, § 53.

certainement le meilleur moyen d'atténuer ce soupçon légitime de « neutralité procédurale »¹³⁹⁸ et permettrait, par ailleurs, d'enrichir le raisonnement précédentiel devant le Conseil. La publication récente des archives du Conseil témoigne, à cet égard, de l'intérêt majeur de disposer des débats pour éclairer une solution et en asseoir la légitimité.

423. Publication des archives du Conseil. La loi organique du 15 juillet 2008¹³⁹⁹, modifiant l'article 58 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958¹⁴⁰⁰, permet la publication des archives des comptes rendus de séance du Conseil constitutionnel, qui peuvent dès lors être librement consultées à l'expiration d'un délai de 25 ans, fixé par le code du patrimoine. Au moment où ces lignes sont rédigées, en juin 2019, toutes les archives des comptes rendus de séances du 13 mars 1959 au 16 décembre 1993 sont librement accessibles sur le site du Conseil et peuvent également être consultées aux Archives nationales. Dès 2009, ont été éditées *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*¹⁴⁰¹, commentées par d'éminents constitutionnalistes français, et ayant fait l'objet d'une seconde édition en 2014, couvrant la période entre 1958 et 1986¹⁴⁰². La publication de ces comptes rendus a permis d'éclairer la portée de certaines solutions et permet de mettre en avant le caractère fructueux de l'étude des débats pour la compréhension du pouvoir normatif du juge. Ces archives sont, par définition, des documents historiques et ne constituent évidemment pas une atteinte immédiate au secret des délibérés. Comme le souligne J.-L. Debré, « le délai de vingt-cinq ans est suffisant pour que les délibérations entrent dans l'histoire et s'extraient des contingences de l'actualité »¹⁴⁰³. Même à l'état de documents historiques, ces comptes rendus de séance rendent toutefois bien évident le fait que « (s)ur le plan juridique et politique, les délibérations permettent de comprendre le cheminement intellectuel, le maniement des concepts, le poids des circonstances qui conduisent à telle ou telle décision » et, en ce sens, si « les décisions se suffisent à elles-mêmes

¹³⁹⁸ *Ibid.*

¹³⁹⁹ Loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel.

¹⁴⁰⁰ « Les articles Les articles L. 211-3, L. 212-1, L. 212-2, L. 212-3, L. 212-4, L. 213-3, L. 214-1, L. 214-3, L. 214-4, L. 214-5, L. 214-9 et L. 214-10 du code du patrimoine s'appliquent aux archives qui procèdent de l'activité du Conseil constitutionnel. Ces archives peuvent être librement consultées à l'expiration du délai fixé au 1° du I de l'article L. 213-2 du même code ».

¹⁴⁰¹ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Paris, Dalloz, 2009.

¹⁴⁰² F. MELIN-SOUCRAMANIEN, B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, D. ROUSSEAU, X. PHILIPPE (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2014.

¹⁴⁰³ J.-L. DEBRE, « Préface », in. *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986, op. cit.*, p. XIV.

pour dire le droit, (...) les délibérations permettent de savoir comment s'élabore ce droit »¹⁴⁰⁴. L'étude de ces différentes archives a permis d'établir, comme le souligne B. Mathieu, que « (s)'il est un domaine où le Conseil conduit avec constance une véritable politique c'est bien sur le plan de sa jurisprudence »¹⁴⁰⁵. En effet, il ressort que « dès les débuts de son fonctionnement, le Conseil fait une référence abondante aux précédents », référence qui est d'ailleurs « particulièrement abondante lorsque le Conseil se trouve confronté à des questions politiquement délicates »¹⁴⁰⁶. En résumé, l'accès aux délibérations permet d'éclairer le processus d'élaboration du droit et fait apparaître un recours systématique aux précédents et un attachement particulier à l'autorité de ces derniers. Cet exemple fourni par le cas du Conseil constitutionnel montre assez clairement que développement d'un véritable système précédentiel doit s'accompagner d'une certaine transparence sur les délibérations et plaide ainsi en faveur d'une publication des opinions séparées des cours souveraines.

424. Opportunité d'une publication des opinions séparées dans un système de précédent. Selon la définition générale posée par W. Mastor, une opinion séparée est « une opinion alternative à celle de la majorité (...), rédigée par un ou plusieurs juges (...), soit parce qu'elle propose une solution différente, soit parce qu'elle offre un fondement différent pour une solution identique »¹⁴⁰⁷. D'après cette définition, « les premières sont des opinions dissidentes, les secondes des opinions concordantes »¹⁴⁰⁸. Si la publication des opinions séparées semble heurter frontalement le principe cardinal du secret des délibérés, c'est en partie car ce dernier reçoit en France une acception absolue, ne souffrant aucune nuance ni tempérament¹⁴⁰⁹. En outre, « (c)ontrairement à bon nombre d'idées reçues, l'expression des opinions séparées (...), n'est pas complètement incompatible avec le maintien du secret. Une partie du contenu du délibéré est certes dévoilée, mais cette expression des opinions n'empêche

¹⁴⁰⁴ B. MATHIEU, « Introduction », in. *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 10.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*

¹⁴⁰⁷ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris, PUAM-Economica, 2005, p. 17.

¹⁴⁰⁸ W. MASTOR, « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », *D.* 2010, p. 714 ; Il est même plus exact de parler d'une « opinion concordante avec le dispositif de la décision (sous-entendu et dissidente quant aux motifs) », W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁰⁹ Pour une réfutation des principaux arguments en faveur du maintien total du secret des délibérés : W. MASTOR, « Opiner à voix basse... et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés », *op. cit.*, sp. pp. 728-740.

pas les délibérations de continuer à se tenir à huis-clos »¹⁴¹⁰. Par ailleurs, il est essentiel, dans un système fondé sur les précédents, c'est-à-dire admettant d'une façon générale le pouvoir normatif du juge, de disposer des opinions séparées des juges. En effet, « les opinions séparées, sorte de métalangage constitutif, produisent des effets sur l'évolution du droit »¹⁴¹¹ et, tout particulièrement, sur le développement des précédents. Comme le relève W. Mastor, publier les opinions séparées des juges aboutit à une « montée dans l'argumentation »¹⁴¹², dans la mesure où « (l)a menace que représente une éventuelle publication des divergences entraîne une meilleure qualité argumentative de la décision de constitutionnalité. Les juges majoritaires vont redoubler d'efforts pour exposer des arguments plus convaincants que ceux des juges dissidents »¹⁴¹³. Nous avons soutenu, au cours de ces développements, que la normativité du précédent réside essentiellement dans ses vertus argumentatives, dans le caractère convaincant de la motivation et du principe qui en est extrait. Il apparaît donc que les « vertus performatives »¹⁴¹⁴ des opinions séparées, loin d'affaiblir l'autorité de la décision, sont en réalité l'occasion d'en renforcer la normativité, puisque l'objectif n'est pas, en définitive, d'afficher des désaccords pour faire état d'une division, mais pour enrichir la discussion autour de l'élaboration et de la réception des précédents. Pour ce faire, il est certain que « seule une utilisation "raisonnable" de la dissidence permet d'aboutir à des effets désirables du point de vue de sa réception par l'auditoire externe »¹⁴¹⁵. Le développement d'un véritable système de précédent exige une motivation substantielle et une élaboration démocratique des jugements. La publication des opinions séparées serait, dans l'absolu, et au-delà de tous les obstacles juridiques matériels qui empêchent encore concrètement une telle publication, l'une des voies les plus sûres pour atteindre cet objectif. En outre, si une majorité de la doctrine française semble encore hostile à l'idée d'une publication des opinions séparées, certains auteurs

¹⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 727.

¹⁴¹¹ W. MASTOR, « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », *op. cit.*

¹⁴¹² *Ibid.*

¹⁴¹³ *Ibid.*

¹⁴¹⁴ *Ibid.*

¹⁴¹⁵ *Ibid.*

suggèrent de plus en plus cette possibilité, dans le cadre du mouvement de réforme de la rédaction des décisions de justice amorcée depuis près de dix ans¹⁴¹⁶.

B – Le raisonnement précédentiel postérieur à la décision : les commentaires institutionnels

Le raisonnement précédentiel ayant conduit la cour à la solution retenue peut être identifié dans des commentaires institutionnels de la décision, qu'il s'agisse d'expliquer le raisonnement adopté dans la décision, dans des commentaires officiels (1°), ou de laisser transparaître d'éventuels raisonnements alternatifs dans des commentaires institutionnels officieux (2°).

1) Le développement du raisonnement précédentiel officiel dans les commentaires institutionnels

425. Commentaire du Secrétaire général du Conseil constitutionnel. Les commentaires du Secrétaire général du Conseil constitutionnel constituent la source la plus précieuse et la plus fiable pour saisir avec une quasi-certitude le raisonnement précédentiel qui a guidé le juge constitutionnel et qui est restitué, plus ou moins implicitement, dans la décision. Dans la phase procédurale antérieure à la décision, le Secrétaire général, assisté du service juridique, rédige une note au rapporteur désigné pour préparer le projet de décision. Une certaine connaissance du fonctionnement interne de l'institution révèle que « le commentaire de la future décision, qui est diffusé sur le site, n'est bien souvent que la reprise de la note »¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁶ V. par ex : P. CASSIA, « Reformater la décision juridictionnelle », *AJDA* 2008, p. 1913 : « Et si la réforme de la juridiction administrative voyait enfin le jour, pourquoi ne pas supprimer la règle législative du secret du délibéré de manière à permettre l'expression d'opinions dissidentes ou partiellement concordantes ? Le "débat juridictionnel", sans être aucunement attentatoire à l'autorité de la chose jugée – de même que les débats parlementaires n'affectent pas la force de la loi –, permettrait peut-être de mieux faire comprendre la décision du juge » ; D. DE BECHILLON, « Motivation des jugements : donner l'exemple », *AJDA* 2018, p. 391 : « La fonction juridictionnelle n'est pas isolée du reste de l'action publique. Dans l'esprit des citoyens – et à juste titre – le juge est un bras armé de l'État, presque comme un autre. Sa responsabilité n'est pas moindre que celle des autres acteurs publics dans la promotion de tout ce qui aide à maintenir le pays dans les limites d'un minimum de rationalité – et donc, de loin en loin, de gouvernabilité acceptable (...). Et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle, je crois désormais qu'il serait judicieux d'ouvrir la faculté d'exprimer des opinions séparées aux membres du Conseil constitutionnel mais aussi aux membres de la Cour de cassation et du Conseil d'État ».

¹⁴¹⁷ Th. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, § 49.

Ce constat établi, une fois de plus, l'importance du rôle du Secrétaire général tout au long du processus décisionnel, de la préparation de la décision jusqu'à son explication. Consulter le commentaire du Secrétaire général revient, en un sens, à avoir accès aux éléments qui ont fondé les délibérations du jugement, même si un tel document ne peut évidemment tenir lieu de compte rendu de séance et ne doit pas être lu comme tel. Il reste néanmoins que, dans le commentaire, le précédent appliqué par le Conseil dans la décision est mentionné, et son application est assez largement justifiée, ce qui n'est pas, ou peu, le cas dans la décision.

426.Exemple. Le Conseil a été saisi en 2018 d'une QPC tendant à contester la conformité à la Constitution, spécifiquement à l'article 8 de la DDHC, de l'article 415 du code des douanes. Cette disposition législative établit une peine de deux à dix ans d'emprisonnement pour le délit de blanchiment douanier. Le requérant considère qu'en fixant une peine minimale, la disposition en question viole le principe d'individualisation des peines, empêchant le juge de prononcer, le cas échéant, une peine inférieure à ce plancher. Dans une décision du 14 septembre 2018¹⁴¹⁸, le Conseil, se fondant sur l'article 8 de la DDHC, a considéré que « le principe d'individualisation des peines qui découle de cet article implique qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Il ne saurait toutefois faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions »¹⁴¹⁹. Le commentaire permet cependant une mise en perspective de cette décision avec les solutions précédentes rendues par le Conseil sur cette question des peines minimales, dites également « planchers ». L'on y apprend notamment qu'« il n'est pas de précédent par lequel, à la différence des peines d'amendes, le Conseil constitutionnel aurait validé un tel dispositif pour les peines d'emprisonnement, sur le seul fondement de la possibilité d'une modulation entre le minimum prévu par la loi et le maximum de peine encouru », ce qui est justifié par le fait que « la gravité supérieure des (peines d'emprisonnement) justifie que l'exigence d'individualisation soit renforcée en ce qui les concerne » (p. 11). Ainsi, sur un point précis, le problème de droit soulevé présente un caractère nouveau et la question se pose de savoir quel précédent lui

¹⁴¹⁸ Cons. const., décision n° 2018-731 QPC, 14 septembre 2018, *Mme Juliet I. [Peine minimale d'emprisonnement pour le délit de blanchiment douanier]* ; v. également : A. PONSEILLE, « Peine minimale en matière douanière devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2018, p. 541 ; L. GREGOIRE, « Peine minimale en matière douanière : une déclaration de constitutionnalité à effet modéré », *AJ pénal* 2018, n° 11, p. 515.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, § 5.

appliquer. Deux précédents sont ensuite présentés par le commentaire : l'un de 2007¹⁴²⁰ relatif aux peines planchers d'emprisonnement dans les cas particuliers de « primorédicive » et de « multirédicive » (p. 12) ; l'autre de 2011¹⁴²¹, dans lequel, saisi d'une disposition législative instituant des peines minimales d'emprisonnement en dehors des cas de récidive, le Conseil « s'est attaché, d'une part, à la gravité particulière des délits » et « d'autre part, à la possibilité de prononcer le sursis ou l'atténuation de responsabilité pour trouble psychique ». En outre, le commentaire rappelle que le juge constitutionnel a pris en compte, dans cette décision, le fait que « le législateur avait expressément prévu que la juridiction pourrait prononcer, par une décision spécialement motivée, *une peine inférieure à ces seuils* ou *une peine autre que l'emprisonnement* » (p. 13). Le commentaire ajoute un point essentiel : « ce faisant, le Conseil constitutionnel a tenu compte du fait que le juge pouvait retrouver une marge d'appréciation s'agissant du quantum de la peine d'emprisonnement ou des alternatives à celles-ci ». Par cette précision, le Secrétaire général opère une montée en généralité en retenant comme point essentiel du précédent, outre les deux critères objectifs mentionnés, la question de la « marge d'appréciation », qui n'est nullement formulée ainsi dans le précédent. Cela signifie qu'une distinction (*distinguishing*) aurait été, en l'espèce, parfaitement envisageable, et l'on se situe bien au cœur de ce « raisonnement précédentiel » qui présente intérêt majeur pour éclairer la solution. Il est finalement confirmé que dans la décision *Juliet I.* du 14 septembre 2018, le Conseil, « inscrivant son examen dans la ligne de sa jurisprudence antérieure, (...) a vérifié, comme dans sa décision n° 2011-625 DC, si, d'une part, la peine plancher prévue par l'article 415 était justifiée par la gravité des faits réprimés et, d'autre part, si le législateur avait conservé au juge une marge d'appréciation suffisante pour assurer le respect du principe d'individualisation des peines » (p. 13).

427. Commentaires des services documentaires du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Le service de documentation, des études et du rapport (SDER) de la Cour de cassation, ainsi que le centre de recherche et de diffusion juridique (CRDJ) du Conseil d'État, remplissent un rôle important dans la diffusion, l'explication et la restitution du raisonnement précédentiel des cours souveraines. Ainsi, le SDER publie, pour les décisions ou avis les plus importants de la Cour, des notes explicatives qui reprennent les principaux éléments de la procédure, le problème de droit posé concrètement, la solution retenue par la Cour et mettent

¹⁴²⁰ Cons. const., décision n° 2007-554 DC, 9 août 2007, *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*.

¹⁴²¹ Cons. const., décision n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*.

en perspective cette solution vis-à-vis de la jurisprudence antérieure de la Cour. Ces notes contiennent donc, la plupart du temps, le développement du raisonnement précédentiel manquant dans la décision. Par ailleurs, le CRDJ publie toutes les deux semaines les « Analyses du Conseil d'État », relevant les principales décisions, classées par matière, et faisant l'objet d'une analyse qui, bien que parfois relativement sommaire, contient très fréquemment des références jurisprudentielles accompagnées de la mention « Rappr. », pour signifier à quel précédent il convient de rapprocher la solution en question.

428.Exemple. Par un arrêt du 7 novembre 2018¹⁴²², la chambre criminelle de la Cour de cassation, saisie d'une QPC contestant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière de confiscation, a considéré, se fondant sur l'article 482 de ce code, que « le jugement qui rejette une demande de restitution est susceptible d'appel de la part de la personne qui a formé cette demande ». Il en résulte que « la cour d'appel ne pouvait opposer à la demande de restitution présentée par Mme X..., l'autorité de la chose jugée attachée à la décision, définitive à l'égard des prévenus, par laquelle les premiers juges avaient, sur l'action publique, ordonné à titre de peine complémentaire la confiscation des biens faisant l'objet de la demande de restitution ». En d'autres termes, la Cour a précisé le sens de l'article 482 du code de procédure pénale, en estimant que l'autorité de la chose jugée d'une décision juridictionnelle ordonnant une confiscation ne pouvait être opposée à l'appel formé contre le jugement de première instance rejetant la demande de restitution. La lecture de la note explicative du SDER apporte en outre quelques précisions intéressantes sur cette solution. Il y figure d'abord un en-tête relatif à la portée générale de la solution, précisant que la chambre criminelle « s'est prononcée sur les droits du tiers, propriétaire de bonne foi, qui sollicite la restitution d'un bien confisqué en tant que produit de l'infraction ». Cela permet de donner, en substance, le contenu de l'apport de la solution commentée et est fondamental dans le cadre de l'identification du précédent. Rappelant le motif précité, la note précise ensuite que cette « solution n'est pas nouvelle, puisqu'elle avait déjà été affirmée dans un arrêt antérieur (Crim. 26 janvier 2016, pourvoi n° 14-86.030, Bull. crim., n° 19). Elle permet cependant de préciser sa portée puisque ce précédent concernait une demande de restitution formulée par des parties civiles ». Outre la mention, anecdotique mais révélatrice, du terme « précédent », ce passage de la note contient la substance du raisonnement précédentiel suivi par la Cour sur ce point précis et contient deux

¹⁴²² Cass. crim., 7 novembre 2018, n° 2493, 17-87.424, *D. actu*, 16 novembre 2018, obs. Goetz ; *AJ pénal* 2019, p. 45, obs. Hy ; *Dr. pénal* 2018 n° 216, note Camous.

informations utiles : d'une part, la chambre criminelle applique la même solution qu'un précédent de 2016 et, d'autre part, elle en « précise la portée », puisque bénéficient désormais de ce précédent non seulement les parties civiles mais également les tiers. D'une certaine manière, cette décision est venue « enrichir » la portée du précédent de 2016, en y incluant de nouveaux bénéficiaires et en élargissant son champ d'application. La note précise, par ailleurs, que dans la suite de l'arrêt, la chambre criminelle « définit, pour la première fois, l'articulation entre les articles 481 du code de procédure pénale et 131-21 du code pénal ». Sans entrer dans le détail du fond de cette articulation, il s'agit là du constat de la création d'un certain précédent, autre que la *ratio decidendi* évoquée précédemment.

L'ensemble de ces éléments forment véritablement le cœur d'un raisonnement précédentiel, absent de la décision et développé, fort utilement, dans la note explicative publiée sur le site de la Cour. Il s'y trouve, justifié et explicité, le raisonnement retenu par la Cour ainsi que la mention du précédent appliqué. Il est par ailleurs possible d'identifier, dans certains documents annexes à la décision, des raisonnements potentiellement alternatifs, sorte d'opinions séparées officieuses.

2) La possibilité d'identification d'un raisonnement précédentiel alternatif dans les commentaires institutionnels officieux

429. La chronique AJDA. La chronique de jurisprudence administrative, publiée à l'AJDA¹⁴²³ par des maîtres des requêtes ou auditeurs du Conseil d'État membres du CRDJ, intéresse la question du raisonnement précédentiel, au moins à deux égards. Classiquement, elle permet de disposer de précisions utiles, fournies par des membres de l'institution, à propos du raisonnement qui a justifié la décision finale du Conseil, accompagnées d'abondantes références précédentielles au soutien de l'analyse. Elle constitue donc, à cette fin, une source complémentaire au contenu identifiable dans les conclusions du rapporteur public. Comme l'ont souligné des membres du CRDJ, « (l)a chronique fait ainsi fonction de sas de décompression du secret du délibéré »¹⁴²⁴, de sorte que « les interprétations, souvent poliment formulées en termes de conjectures dans la chronique, ne sont rien d'autre que la bonne

¹⁴²³ Cf. *supra* : §§ 250-252.

¹⁴²⁴ X. DOMINO, A. BRETONNEAU, E. BOKDAM-TOGNETTI, J. LESSI, « Que fait le centre ? », *op. cit.*

interprétation qu'il convient d'avoir dans une décision »¹⁴²⁵. Par ailleurs, en tant que relai officieux du contenu des délibérés, la chronique peut également retranscrire les positions alternatives suggérées par des membres en minorité. Il s'agit en effet, sans le dire explicitement, d'exposer « les raisons pour lesquelles telle option a été préférée à telle autre, les perspectives, les doutes, les dangers qui ont été entrevus par les juges, ceux qui ont voté le projet adopté, comme ceux qui étaient dans l'éventuelle minorité »¹⁴²⁶.

430. Un palliatif à l'absence d'opinions séparées – exemple. Dans cette perspective, la chronique devient « le lieu de résonance des voix dissonantes qui se sont élevées lors du délibéré, et à cet égard, conjointement avec les conclusions, et dans une moindre mesure qu'elles lorsque ces dernières sont contraires, elle pallie un peu l'absence de "*dissent*" dans notre droit »¹⁴²⁷. Ce rôle se remarque assez clairement, quoique non exclusivement, sur des sujets politiquement ou moralement clivants, comme la question récurrente des crèches de Noël dans les lieux publics. Par deux arrêts rendus le 9 novembre 2016¹⁴²⁸, le Conseil d'État a considéré que « l'installation d'une crèche de Noël, à titre temporaire, à l'initiative d'une personne publique, dans un emplacement public, n'est légalement possible que lorsqu'elle présente un caractère culturel, artistique ou festif, sans exprimer la reconnaissance d'un culte ou marquer une préférence religieuse ». Le Conseil retient un faisceau d'indices permettant d'apprécier ce dernier critère : le contexte éventuel de prosélytisme, les conditions d'installation, l'existence d'usages locaux et le lieu de l'installation. Le Conseil relève enfin, s'attachant tout particulièrement au critère du lieu d'installation, que « la situation est différente, selon qu'il s'agit d'un bâtiment public, siège d'une collectivité publique ou d'un service public, ou d'un autre emplacement public »¹⁴²⁹. Cette distinction lui permet de retenir des critères plus stricts d'appréciation de la légalité de l'installation de crèches de Noël, lorsque celle-ci est réalisée dans un bâtiment public, siège d'une collectivité ou d'un service publics. Une telle solution, surprenante à plusieurs égards, a certainement été l'occasion de prises de position affirmées et contradictoires lors des délibérations. C'est, en tout état de cause, ce qui ressort nettement de

¹⁴²⁵ *Ibid.*

¹⁴²⁶ *Ibid.*

¹⁴²⁷ *Ibid.*

¹⁴²⁸ CE, ass., 9 novembre 2016, *Commune de Melun*, n° 395122, *Rec.*, p. 462, concl. Bretonneau et *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223, *Rec.*, p. 449, concl. Bretonneau ; *AJDA* 2016, p. 2375, chron. Dutheillet de Lamothe et Odinet ; *RFDA* 2017, p. 127, note Morange ; *JCP G* 2016, p. 2433, note Verpeaux.

¹⁴²⁹ *Ibid.*, § 5.

la chronique à l’AJDA de L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet¹⁴³⁰, assez critique sur certains choix opérés par l’assemblée du contentieux. La chronique précise, notamment, qu’à la lecture de la décision, « (l)’on voit mal (...) les raisons pour lesquelles l’élément d’appréciation du lieu, non seulement se trouve systématiquement chargé de sens, mais encore pèse davantage que les autres dans la balance du juge – quand le caractère festif ou religieux de l’installation de la crèche sera le plus souvent manifesté par d’autres éléments de contexte »¹⁴³¹. Il est également relevé que la distinction entre bâtiments publics et autres emplacements publics « n’est pas sans étonner ». Même si ces positions sont par la suite justifiées par la « volonté d’apaiser les débats, en affirmant la légalité qui correspond aux traditions – et interdit, donc, les instrumentalisations »¹⁴³², il reste que la critique est réelle et fondée, et permet d’entrevoir quels éléments en particulier ont suscité le plus de dissensions lors des délibérations. De la même manière, les auteurs de la chronique évoquent ensuite le « mystère des usages locaux », relevant le caractère relativement indéterminé de la notion et en exposant les différentes interprétations possibles. Cette fois encore, ces interprétations, loin de constituer une simple spéculation théorique abstraite des commentateurs, traduisent à l’évidence les lignes de fracture qui ont pu se dessiner au sein de l’assemblée du contentieux sur cette question.

Si la pratique consistant à ne pas mentionner les précédents que l’on applique pourtant est fortement ancrée dans la culture juridique française, il faut désormais aborder certains cas faisant état d’un changement de mentalité des juges sur la question, et d’une étape supplémentaire dans l’avènement du système précédentiel français.

§ 2 – Identification d’une tendance à la mention des précédents au sein de la décision

La tendance à la citation des précédents dans la décision s’est, jusqu’à récemment, exprimée dans des cas marginaux (**A**), mais tend à devenir véritablement significative, spécifiquement au sein de l’ordre judiciaire (**B**).

¹⁴³⁰ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « La crèche entre dans les Tables », *op. cit.*

¹⁴³¹ *Ibid.*

¹⁴³² *Ibid.*

A – Des cas encore marginaux

431. L'avis de la Cour de cassation du 4 janvier 2016. Par un avis du 4 janvier 2016¹⁴³³, saisie dans le cadre de la procédure d'avis contentieux, la Cour de cassation rejette la demande d'un conseil des prud'hommes au motif que « (l)a question n'est manifestement pas nouvelle et ne présente aucune difficulté sérieuse ». Ce rejet est justifié par l'existence d'une jurisprudence constante traitant du point faisant l'objet de la demande d'avis et écartant le caractère nouveau de la question. La motivation de la Cour est relativement brève et s'attache simplement à mentionner le contenu de cette jurisprudence constante, en vertu de laquelle « la détermination de la rémunération maintenue au salarié malade en application de dispositions garantissant le maintien de salaire, les indemnités journalières versées par la sécurité sociale sont retenues pour leur montant brut avant précompte des contributions sociales et impositions de toute nature que la loi met à la charge du salarié ». Immédiatement après ce rappel de principe, la Cour mentionne, entre parenthèses, les précédents faisant état de cette jurisprudence constante¹⁴³⁴. Une telle mention, jusqu'alors inédite, semble cependant parfaitement justifiée. En effet, comme le souligne P. Deumier, « (e)n l'espèce, la raison de considérer n'y avoir lieu à avis tient tout entière dans l'existence d'une jurisprudence constante »¹⁴³⁵, puisque seule cette jurisprudence constante peut concrètement venir au soutien de l'argument selon lequel la question n'est « manifestement pas nouvelle ». En l'occurrence, dans un cas comme celui-ci, « l'absence de mention confinerait autrement à une forme d'hypocrisie : la saisine pour avis ayant pour fonction de permettre de fixer au plus tôt la jurisprudence sur une question nouvelle, elle n'a pas lieu d'être quand cette jurisprudence existe déjà et il n'y a pas lieu de le dire autrement que par son rappel »¹⁴³⁶. Si cet argument est convaincant et que la mention paraît relever du bon sens, elle n'est nullement évidente, eu égard à la tradition de rédaction des décisions de justice en France. La question tient en définitive dans la reconnaissance explicite de la normativité du précédent, signifiée par cette mention, de sorte que « (c)e n'est pas le poids

¹⁴³³ Cass., avis, 4 janvier 2016, n° 15-70.004, *D.* 2016, p. 133, obs. P. Deumier ; *RTD civ.* 2016, p. 65, obs. P. Deumier.

¹⁴³⁴ Soc., 15 décembre 2004, pourvoi n° 02-43.033, *Bull.*, V, n° 339 ; Soc., 15 décembre 2004, pourvoi n° 03-13.074, *Bull.*, V, n° 340 ; Soc., 30 mars 2005, pourvoi n° 04-45.556, *Bull.*, V, n° 115.

¹⁴³⁵ P. DEUMIER, « Motivation des décisions de la Cour de cassation : mention de la jurisprudence constante », *D.* 2016, p. 133.

¹⁴³⁶ *Ibid.*

du précédent sur la décision qui est exceptionnel (...), c'est sa révélation »¹⁴³⁷. Même si, devant la Cour de cassation, « (l) a motivation des arrêts est loin d'être une terre étrangère à la mention d'un précédent »¹⁴³⁸, il s'agit d'un exemple marquant de l'évolution progressive amorcée depuis 2015, et qui traduit les premières manifestations d'une évolution concrétisée ensuite dans le rapport d'avril 2017 et les décisions qui y ont fait suite.

432. L'ordonnance du Conseil d'État du 28 février 2018 : un « curieux visa »¹⁴³⁹.

Le juge des référés du Conseil d'État a été saisi d'un référé-liberté, tendant à l'annulation de la décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ayant mis fin aux fonctions du président de Radio France. Par une ordonnance en date du 28 février 2018¹⁴⁴⁰, « qui, sur le fond, ne suscitera sans doute que peu de commentaires »¹⁴⁴¹, le juge des référés rejette la requête au motif que l'association requérante, l'Association de défense de l'audiovisuel public, ne dispose pas d'un intérêt « de nature à lui donner qualité pour demander la suspension, ni d'ailleurs l'annulation, de la décision individuelle par laquelle le Conseil supérieur de l'audiovisuel retire son mandat au président » de Radio France (§ 4). L'intérêt principal de cette décision ne réside toutefois pas dans les motifs ou la solution, mais dans les visas : « vu (...) la décision n° 93599, 93600, 93601, 93602 du 4 novembre 1977 du Conseil d'État, statuant au contentieux ». Il s'agit d'un arrêt par lequel le Conseil d'État a jugé que les syndicats des personnels de l'ORTF ne disposaient pas d'un intérêt « de nature à leur donner qualité pour demander l'annulation des deux décrets attaqués qui ont mis fin aux fonctions du Sieur Arthur Conte, respectivement comme membre du Conseil d'administration de l'Office de Radiodiffusion-Télévision française, au titre de représentant de l'État, et comme Président-directeur général de cet office »¹⁴⁴². Sans détailler le fond de l'affaire, peuvent être rappelés, avec M. Bouleau, les liens

¹⁴³⁷ *Ibid.*

¹⁴³⁸ P. DEUMIER, « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *op. cit.* : l'auteur mentionne différents cas dans lesquels la Cour fait régulièrement mention de ses précédents. Parmi ces exemples, on retrouve la responsabilité des professionnels du droit, qui doivent connaître la jurisprudence comme élément du droit positif applicable ; le filtre QPC tendant à contester sa jurisprudence constante ; les revirements de jurisprudence sous l'influence de la Cour EDH ; la modulation de jurisprudence ; les avis contentieux, pour des raisons analogues à celles de l'avis commenté.

¹⁴³⁹ M. BOULEAU, « Sur un curieux visa », *D.* 2018, p. 627.

¹⁴⁴⁰ CE, ord., 28 février 2018, *Association de défense de l'audiovisuel public*, n° 418547.

¹⁴⁴¹ M. BOULEAU, « Sur un curieux visa », *op. cit.*

¹⁴⁴² CE, ass., 4 novembre 1977, *Syndicat national des journalistes, section ORTF et autres*, *AJDA* 1978, p. 111, concl. J. Massot.

quelques peu artificiels de l'affaire à juger avec le précédent visé¹⁴⁴³, à tel point qu'il semble que « le seul rapport entre cet arrêt vénérable et la décision qu'il inspirerait ne réside que dans le fait qu'il s'agit dans les deux cas de l'éviction d'un dirigeant de l'audiovisuel public ». Là n'est pas, une fois de plus, le plus important. Il semble que « ce renvoi, anecdotique et dont la pertinence n'est pas évidente, est pourtant révélateur d'une intention transgressive »¹⁴⁴⁴. Le recours à la notion de transgression n'est pas excessif : la tradition du Conseil d'État, comme le confirment les récents rapports sur la rédaction des décisions de justice, semble plus hostile à la citation des précédents dans la décision. Le Conseil d'État continue d'assimiler mention des précédents et retour des arrêts de règlement. Le Conseil d'État avait déjà fait mention de précédents dans la célèbre ordonnance dite « Dieudonné » du 9 janvier 2014¹⁴⁴⁵, visant les arrêts « Benjamin du 19 mai 1933, commune de Morsang-sur-Orge du 27 octobre 1995 et Mme Hoffman-Glemane du 16 février 2009 ».

Qu'elles soient considérées comme séditieuses ou novatrices, ces mentions de précédents demeurent des initiatives relativement isolées, que l'on pourrait aisément, à première vue, tenir pour accidentelles. Une mise en perspective de ces évolutions ponctuelles traduit cependant, selon nous, une tendance significative d'évolution du système précédentiel français.

B – Une tendance significative au sein de l'ordre judiciaire

Le changement de pratique en matière de citation des précédents est, jusqu'à présent, essentiellement dû au réformisme à l'œuvre au sein de la Cour de cassation. Aucune tendance analogue ne peut, pour l'instant, être relevée au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel. Le rapport d'avril 2017 a constitué un véritable tournant sur cette question (1°) et permet de formuler quelques réflexions sur les perspectives de la pratique précédente en France (2°).

¹⁴⁴³ M. BOULEAU, « Sur un curieux visa », *op. cit.* : « Qu'il ait été fait en l'occurrence application d'une règle (ou même d'un cadre de raisonnement) que cet arrêt aurait eu pour effet de définir est une chose qui ne tombe pas absolument sous le sens ».

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁴⁵ CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508.

1) *Le rapport d'avril 2017 et ses suites*

433. Mention des précédents dans les arrêts à motivation enrichie. Le rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, publié en avril 2017¹⁴⁴⁶, contient des éléments précieux attestant de cette évolution du système précédentiel au sein de l'ordre judiciaire. Le rapport fait référence à certaines hypothèses dans lesquels les arrêts de la Cour de cassation doivent faire l'objet d'une motivation enrichie¹⁴⁴⁷ : « les revirements de jurisprudence, la réponse à une question juridique de principe, lorsqu'il est répondu à l'évocation de la violation d'un droit ou d'un principe fondamental, lorsqu'est exercé un "contrôle de proportionnalité", lorsque l'arrêt présente un intérêt pour l'unification de la jurisprudence et le développement du droit, ainsi que pour les questions préjudicielles »¹⁴⁴⁸. Immédiatement après cette suggestion, le rapport poursuit avec la question de la citation des précédents, ayant fait l'objet de certains cas d'expérimentations¹⁴⁴⁹. Le rapport propose donc, « pour les arrêts à motivation enrichie » définie antérieurement, de « mentionner les précédents chaque fois que cela apparaît nécessaire, notamment en cas de revirement de jurisprudence ou de non-respect par la cour d'appel d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation »¹⁴⁵⁰. Le rapport évoque également, en dehors de la proposition au sens strict, l'éventualité selon laquelle cette mention « pourrait devenir systématique, *via* une motivation – et un rapport du conseiller – l'un et l'autre allégés, pour le rappel d'une jurisprudence constante lors d'une cassation évidente »¹⁴⁵¹.

434. L'arrêt du 5 avril 2019 – cas d'école. L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 5 avril 2019¹⁴⁵² permet d'illustrer parfaitement, à différents égards, cette

¹⁴⁴⁶ Cf. *supra* : § 218.

¹⁴⁴⁷ V. sur ce point : P. DEUMIER, « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *op. cit.* ; A. LACABARATS, « Synthèse sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation », site de la Cour de cassation, novembre 2016, https://www.courdecassation.fr/IMG/37_LACABARATS_Synthese_motivation_1116.pdf

¹⁴⁴⁸ *Rapport précité*, proposition n° 33, p. 152.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 154 : « Dans le cadre des expérimentations, la citation des précédents a été utilisée : - dans les avis ; - dans les revirements de jurisprudence (1^{er} Civ., 6 avril 2016, pourvoi n° 15-10.522 ; Com., 15 novembre 2016, pourvoi n° 14-26.287 ; Com., 22 mars 2016, pourvoi n° 14-14.218) ; - dans le sommaire d'un arrêt (2^e Civ., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-21.958), sans figurer dans l'arrêt lui-même ».

¹⁴⁵⁰ *Ibid.*, proposition n° 34, p. 154.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 154.

¹⁴⁵² Cass., ass. plén., 5 avril 2019, n° 18-17.442, *D.* 2019, p. 922, obs., note P. Jourdain ; *JA* 2019, n° 598, p. 11, obs. D. Castel ; *Dr. soc.* 2019, p. 456, note D. Asquinazi-Bailleux.

évolution dans la motivation de la Cour. L'affaire concerne l'indemnisation des travailleurs exposés à l'amiante et la reconnaissance d'un préjudice d'anxiété propre à certains de ces travailleurs par la Cour de cassation. L'article 41 de la loi du 23 décembre 1998¹⁴⁵³ instaure « une allocation de cessation anticipée d'activité », dite ACAATA, permettant à des salariés exposés à l'amiante, mais n'ayant pas développé de maladie due à cette exposition, un départ anticipé à la retraite. L'article 41 fixe une liste limitative d'établissements dont les salariés peuvent bénéficier de l'ACAATA. La Cour est saisie, dans cette affaire, de la question de savoir si un salarié d'un établissement non mentionné par l'article 41, et exposé à l'amiante sur son lieu de travail, peut prétendre bénéficier d'une indemnisation au titre d'un préjudice d'anxiété suscitée par son exposition permanente à l'amiante. Cette question a connu deux principales étapes jurisprudentielles, que la Cour rappelle et mentionne explicitement. Premièrement, elle cite l'arrêt de la chambre sociale du 11 mai 2010¹⁴⁵⁴ et rappelle que la chambre y a « reconnu aux salariés ayant travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 (...), le droit d'obtenir réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété tenant à l'inquiétude permanente générée par le risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante ». Elle cite ensuite un arrêt du 26 avril 2017¹⁴⁵⁵, par lequel la chambre sociale a refusé le bénéfice d'une telle indemnisation pour préjudice d'anxiété, reconnue en 2010, aux employés des établissements non mentionnés à l'article 41, « y compris sur le fondement d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité ». La Cour reconnaît ensuite, dans l'arrêt du 5 avril 2019, que nombre de salariés d'établissements non mentionnés à l'article 41 se trouvant dans une situation d'exposition à l'amiante « de nature à compromettre gravement leur santé ». Elle revient ainsi sur son précédent de 2017 et admet l'extension du bénéfice de l'indemnisation, « en application des règles de droit commun régissant l'obligation de sécurité de l'employeur », aux salariés des établissements non mentionnés à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998. Cette solution, qui constitue un revirement, correspond exactement à la forme de motivation enrichie telle que suggérée par le rapport de 2017. Les précédents mentionnés rendent bien plus lisibles la solution et inscrivent ce revirement dans sa perspective textuelle et précédente. La lecture de la note explicative devient, de ce point de vue, bien moins indispensable qu'auparavant pour éclairer la portée de la décision. La décision ne contient, en

¹⁴⁵³ Loi n° 98-1194, 23 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*.

¹⁴⁵⁴ Cass. soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241, Bull. n° 106.

¹⁴⁵⁵ Cass. soc., 26 avril 2017, n° 15-19.037., Bull. n° 71.

outre, que les deux précédents pertinents en l'espèce, et ne revient pas sur l'ensemble des décisions rendues en la matière, ce qui aurait considérablement alourdi la motivation. Il s'agit bien ici d'un cas d'école et d'une forme nouvelle de décision. La Cour de cassation semble avoir clairement pris acte du tournant précédentiel du système français, à la différence de ses homologues du Palais Royal.

435. Refus de la mention au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel. À la différence de la Cour de cassation, le Conseil d'État refuse catégoriquement la mention des précédents au sein de la décision. La lecture du rapport de 2012 sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative a cependant laissé légitimement croire que le Conseil d'État s'engagerait dans la voie de la citation des précédents. Si l'on décèle, à la lecture du rapport, une division certaine du groupe de travail sur la question, l'idée est néanmoins globalement acceptée. En effet, « si certains membres du groupe demeurent très réservés à l'idée de toute introduction de références internes à la juridiction administrative, en raison de l'absence de force obligatoire des précédents, il est apparu à la majorité des membres que la référence aux décisions de principe, répertoriées comme telles, ayant tranché un point de droit apporte un élément d'information utile aux justiciables »¹⁴⁵⁶. Le rapport se veut toutefois très prudent, et rappelle de nombreuses fois le caractère purement informatif de cette mention qui, en aucun cas, ne doit être interprété comme un signe du caractère obligatoire des précédents. Il s'agit seulement, pour les auteurs, « de rendre mieux compréhensibles les fondements juridiques de la décision »¹⁴⁵⁷. Le rapport retient finalement comme proposition la « citation entre parenthèses, à la suite d'un motif de droit, de la jurisprudence dont il est issu »¹⁴⁵⁸. Ce n'est finalement pas ce que retiendra le *vade-mecum* publié sur le site du Conseil d'État le 10 décembre 2018. S'il est admis que le juge puisse se fonder sur une règle issue de la jurisprudence du Conseil d'État pour trancher un litige, il est clairement précisé qu'« (i)l convient, dans ce cas, de ne pas donner la référence de ces précédents mais de reprendre, lorsqu'ils existent, les paragraphes de principe des décisions, publiées ou fichées du Conseil d'État sans les modifier »¹⁴⁵⁹. Autrement dit, il s'agit de reprendre textuellement le motif de principe sans mentionner la décision de laquelle il provient. En résumé, il est demandé au juge administratif

¹⁴⁵⁶ *Rapport précité*, p. 32.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 31.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 32.

¹⁴⁵⁹ *Vade-mecum précité*, p. 11.

de ne rien changer à sa pratique précédentielle. S'agissant du Conseil constitutionnel, aucune précision sur la citation de précédents n'a été apportée par le président dans son bref communiqué annonçant une réforme de la motivation¹⁴⁶⁰. Il apparaît néanmoins, après trois années d'expérience contentieuse consécutives à ce communiqué, que le Conseil n'entend pas s'engager dans la voie d'une mention explicite des précédents. En l'état, aucune déclaration ne permet d'envisager une évolution sur la question et, comme dans beaucoup d'autres domaines, il semble probable que le juge constitutionnel suivra l'évolution du Conseil d'État.

2) Perspectives sur la mention des précédents

436. Doctrine partagée. Si l'on voit une évolution tendant à encourager la mention des précédents dans les décisions de justice des cours souveraines, la doctrine demeure relativement divisée sur ce point, encore aujourd'hui. Aussi a-t-on pu relever de vives et récentes oppositions à cette évolution, sous la plume notamment de Ph. Malaurie¹⁴⁶¹ et de P.-Y. Gautier¹⁴⁶² dans les colonnes du *Recueil Dalloz*. L'un des principaux arguments en faveur du maintien de la rédaction traditionnelle des décisions réside dans la concision et le besoin de clarté. Ph. Malaurie relève que « la sobriété des arrêts de la Cour (...) est leur vertu, qui les rend admirables », en ce qu'ils contiennent toujours « le mot juste, pas un mot de trop : des chefs-d'œuvre qui seraient brouillés si s'y mêlaient des références aux précédents »¹⁴⁶³. Selon cette conception, il est bien certain que la référence aux précédents présente bien « plus d'inconvénients que d'avantages », dans la mesure où « un raisonnement par précédent "casse" et allonge la lecture de l'arrêt »¹⁴⁶⁴. L'inclusion du raisonnement précédentiel dans la décision n'est donc pas souhaitable pour ceux qui prétendraient vouloir clarifier la motivation. Si ces critiques peuvent se révéler ponctuelles et ne pas nécessairement traduire une tendance doctrinale majoritaire, elles n'en demeurent pas moins importantes. Elles sont l'expression d'une certaine conception « classique » de la décision de justice et de l'office du juge. Elles peuvent être l'occasion de mesurer et de tempérer le

¹⁴⁶⁰ Communiqué de presse du président du Conseil constitutionnel du 10 mai 2016, *précité*.

¹⁴⁶¹ Ph. MALAURIE, « Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété », *D.* 2017, p. 768.

¹⁴⁶² P.-Y. GAUTIER, « Contre le visa des précédents dans les décisions de justice », *D.* 2017, p. 752.

¹⁴⁶³ Ph. MALAURIE, « Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation... », *op. cit.*

¹⁴⁶⁴ P.-Y. GAUTIER, « Contre le visa des précédents... », *op. cit.*

propos de celui qui, bien que favorable au développement d'un système précédentiel, n'aurait à opposer que sa béate admiration pour la cohérence et la transparence.

437. Pour un « bon usage des précédents ». Loin de s'opposer frontalement aux arguments *contra* évoqués, nous devons leur accorder un certain crédit. Une décision doit être claire et ne pas être surchargée de références qui en rendraient la lecture saccadée et noieraient le raisonnement du juge au milieu de parenthèses interminables. Au-delà même de ces aspects formels, la référence aux précédents présente le risque de ne pas être pertinente et de rendre le raisonnement encore plus confus qu'il ne l'était auparavant, du temps des non-dits. Comme dans nombre de domaines, c'est certainement aux abords d'un juste milieu que doit se situer la solution la plus raisonnable. L'on soutiendra, avec D. de Béchillon, que « le "vrai" sujet en matière de motivation des arrêts se trouve donc situé (...) quelque part dans l'aptitude du jugement à rendre raison de lui-même ou, si l'on préfère, dans sa démonstrativité »¹⁴⁶⁵. Une décision de justice doit être claire, argumentée, acceptable, raisonnable et fondée en droit, selon un processus impartial et en évitant toute forme d'arbitraire. Dans le cas de l'application d'un précédent, de la précision ou de l'extension de son champ d'application, d'un revirement ou d'une « distinction », il est nécessaire que la décision mentionne sur quel précédent elle se fonde ou quel précédent elle abandonne. De tels éléments sont véritablement constitutifs de la solution, et puisque le rôle des motifs est de justifier la solution, il semble parfaitement légitime qu'il en soit fait explicitement mention, d'autant qu'une telle mention ne représente généralement qu'une petite centaine de signes¹⁴⁶⁶. En ce sens, c'est l'omission de la mention des précédents qui obscurcit la décision et qui oblige à en chercher les fondements dans des documents annexes. Ainsi que le relève F. Lelièvre, « en omettant de citer cette jurisprudence qui interprète le sens d'un texte ou "découvre" l'existence d'un principe non écrit, on peut soutenir que le jugement n'indique pas avec suffisamment de clarté les raisons qui ont amené ses auteurs à trancher le litige dans un sens plutôt que dans un autre »¹⁴⁶⁷. Si l'on se place donc sur le terrain de la justification comme condition d'acceptabilité d'une décision de justice, la mention des précédents devient nécessaire. Elle doit cependant être parcimonieuse et

¹⁴⁶⁵ D. DE BECHILLON, « Motivation des jugements : donner l'exemple », *AJDA* 2018, p. 391.

¹⁴⁶⁶ P. DEUMIER, « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *op. cit.* : « 211 signes : c'est l'espace consommé par l'avis du 4 janvier 2016 pour indiquer que la règle appliquée puise à la jurisprudence et non au texte nu de la loi ».

¹⁴⁶⁷ F. LELIEVRE, « Plaidoyer pour la référence à la jurisprudence dans les motifs des décisions des juridictions administratives », *AJDA* 2009, p. 2446.

rigoureuse : il convient de ne s'appuyer que sur les précédents pertinents, à la double fin de ne pas encombrer formellement la décision et de ne pas rendre confus le raisonnement précédentiel du juge. Dans cette perspective, un raisonnement convaincant et justifié n'est pas nécessairement un raisonnement long, et la mention des précédents pertinents dans la décision est parfaitement conciliable avec la tradition française de concision, pour autant que l'on ne confonde pas concision et ésotérisme. Il s'agit en résumé, de s'orienter autant que possible vers ce que le rapport sur la réforme de la Cour de cassation a appelé le « bon usage des précédents »¹⁴⁶⁸ et que l'arrêt du 5 avril 2019 commenté illustre parfaitement.

¹⁴⁶⁸ *Rapport précité*, p. 154.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

438. La présentation formelle des jugements demeure largement conditionnée par les canons legalistes de rédaction et de motivation. Si l'on voit les prémises d'une évolution, visant à favoriser la mention des précédents appliqués et le développement du raisonnement précédentiel au sein de la décision, celle-ci est encore très timide. Par ailleurs, une telle évolution ne se constate véritablement qu'au sein de l'ordre judiciaire, à la faveur de la réforme de la motivation amorcée à la Cour de cassation. Les deux autres cours souveraines, Conseil d'État et Conseil constitutionnel, n'ont pas modifié substantiellement leur approche sur ce point.

CONCLUSION DU TITRE II

439. Le système précédentiel français a connu deux siècles de tradition légicentriste, qui ont profondément et durablement influencé la motivation et le style de rédaction des jugements. Les automatismes et les logiques autonomes qui en découlent ne peuvent disparaître immédiatement, par la simple intervention d'une réforme. Il s'agit de pratiques et d'habitudes culturelles solidement ancrées, dont l'évolution ne peut se faire que par sédimentation et par touches progressives. À défaut, toute modification brutale court le risque d'être artificielle ou contreproductive. Si de nombreux éléments observés convergent en direction d'une motivation plus fournie, de l'affirmation plus claire du pouvoir normatif du juge et de l'admission d'un système précédentiel officiel, ces dynamiques doivent se penser dans un système précis, disposant d'une histoire et d'une culture juridique propres. En l'occurrence, le système précédentiel français en est encore au stade de son émergence et doit s'insérer progressivement dans cette histoire et cette culture.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

440. Il ressort de ces différents développements que les précédents en France sont appliqués de la même façon que le sont les autres sources formelles écrites. Il existe bien, à cet égard, une règle du précédent en France, qui détermine le respect des précédents par les juges de l'ordre juridictionnel considéré. Cette règle du précédent ne peut cependant être comparée à la règle *stare decisis* du *common law*, mais est spécifique au système français et à la construction du pouvoir normatif du juge depuis la Révolution. D'un point de vue général, la normativité du précédent réside pour l'essentiel dans la justification avancée au soutien de la solution retenue par le juge. En ce sens, l'application des précédents est encore à un stade primitif de développement, et demeure tout à fait déterminée par la conception légaliste des sources du droit héritée de la Révolution et développée au XIX^e siècle. De la même façon que le précédent est conçu, quant à son élaboration, comme l'édiction d'une norme générale de jugement, il est également appliqué en conséquence. Le précédent est appliqué par les juges ayant à trancher un litige comme s'il s'agissait d'une loi. C'est la raison pour laquelle on dit que le précédent en France est *appliqué* et non pas *suivi*. Si l'on suit un raisonnement et une justification particuliers, que l'on mobilise pour la solution d'un cas présent, on applique une norme générale édictée. Il y a néanmoins une tendance notable dans l'ordre juridique français, observable essentiellement à la Cour de cassation et dans une moindre mesure au Conseil d'État, qui vise à développer la motivation et à justifier davantage les solutions rendues. En outre, la Cour de cassation s'est démarquée des deux autres cours souveraines par sa volonté de citer expressément les précédents appliqués en l'espèce et de justifier leur application. Il s'agit ainsi d'un premier pas vers l'avènement d'un véritable raisonnement précédentiel au sein même de la décision. Les précédents sont cités et l'on est de plus en plus conduit à discuter de la pertinence de leur maintien ou de l'opportunité de leur abandon. Cette dynamique de réforme et de densification des décisions des cours souveraines ne doit toutefois pas mener à une vision faussée de la réalité du système précédentiel en France. La plupart des signaux d'évolution ne sont, à ce stade, que des intentions ou des expérimentations, et l'on ne peut parler de véritable système précédentiel abouti et structuré.

CONCLUSION GENERALE

441. Spécificité – bilan. Cette étude a souhaité défendre l'idée d'une certaine spécificité du précédent en France et a tenté d'en déterminer le contenu. Il est ressorti de l'analyse que le précédent juridictionnel en France dispose d'une nature fondamentalement législative. Le système précédentiel français prend en effet racine dans le légalisme promu à la Révolution et développé tout au long du XIXe siècle. Par cette conception exclusiviste des sources du droit, assimilant le droit à la loi, le précédent est devenu un décalque de la loi, n'étant en définitive rien d'autre qu'une loi dite par le juge. Il est ainsi, au stade de son élaboration, une norme générale explicitement formulée par une cour souveraine, seule habilitée à produire des précédents qui s'imposeront aux juges inférieurs de l'ordre juridictionnel considéré. Il est en outre, au stade de sa réception, appliqué de la même façon qu'une loi, selon un raisonnement essentiellement déductif. Le système français demeurant formellement legaliste, l'application des précédents et le raisonnement précédentiel mobilisé par les juges sont encore largement dissimulés et extérieurs à la décision elle-même. En tant qu'émanation du légicentrisme révolutionnaire, le précédent en France a acquis progressivement les attributs de la loi. À cet égard, il se dissocie fondamentalement du précédent de *common law*, fruit d'un système ontologiquement judiciaire et coutumier.

442. Vers une autonomisation du système précédentiel français. Ancré à ses origines legalistes, le précédent en France est une sorte d'antithèse. En tant que fondement d'une solution rendue et destiné à servir de modèle de décision aux cas ultérieurs analogues, un

précédent est d'abord affaire de justification. Il est la « raison de la décision » (*ratio decidendi*) et c'est cette justification mise en avant par le juge qui est normative pour les cas ultérieurs. Longtemps, le précédent en France n'a été que la formulation concise d'un principe général, l'énoncé d'une norme venant fonder la solution retenue. Une motivation plus substantielle des décisions des cours souveraines est apparue à partir du début des années deux-mille, spécifiquement au Conseil d'État dans un premier temps. La Cour de cassation a également, à la suite du rapport d'avril 2017, étoffé considérablement sa motivation et la justification des solutions rendues. Les motifs de principe sont devenus plus longs, plus détaillés et la solution a été, en ce sens, plus justifiée. Un tel constat ne peut pas encore être dressé pour le Conseil constitutionnel qui, en dépit d'une volonté affichée de réforme, n'a pas véritablement enrichi sa motivation, toujours elliptique. En dépit des différences quant aux progrès respectifs des cours souveraines, on constate néanmoins une dynamique claire et une volonté politique réelle de renforcer la motivation et la justification des décisions. Par ailleurs, la tendance à la citation des précédents, désormais au sein même de la décision pour la Cour de cassation, encore largement en dehors de la décision pour les deux autres cours, témoigne de cette prise en compte systématique des précédents. La dynamique à l'œuvre semble donc être celle d'une autonomisation du précédent vis-à-vis de ses racines legalistes. Progressivement, le précédent juridictionnel en France devient un authentique précédent de justification et permet un raisonnement précédentiel plus développé et affiché. La solution retenue par les cours souveraines est de plus en plus justifiée et la normativité rhétorique du précédent se manifeste ainsi plus clairement. Ce processus n'est toutefois qu'à ses premiers degrés de manifestation et demeure relativement discret. Il témoigne cependant d'un mouvement réel et permet certaines projections sur le devenir du précédent en France.

443. Le précédent, nouvel objet privilégié d'appréhension du pouvoir normatif du juge. Ce processus d'autonomisation du précédent par rapport à son origine legaliste est la traduction de l'évolution contemporaine du pouvoir normatif du juge en France. De ce point de vue, il est de plus en plus largement admis que le juge crée des normes générales et que ces normes générales s'imposent aux juges inférieurs. La « jurisprudence » renvoie à de trop larges acceptions pour saisir d'une façon précise et satisfaisante ce pouvoir créateur. Elle est en effet le signe d'une approche en voie de dépassement, qui n'admettait qu'à demi-mots le pouvoir normatif du juge et l'intégrait dans un concept indéterminé, renvoyant aussi bien à une approche politique, sociologique que juridique. Le précédent permet de recentrer l'attention sur le pouvoir du juge d'un point de vue strictement juridique, en étudiant la norme générale

issue du jugement des cours souveraines, identifiable dans leur motivation et destinée à régir les cas ultérieurs analogues. La transformation du précédent permet en outre de favoriser les discussions sur ce qui est véritablement normatif au sein de la justification retenue par le juge, et permet de lever des soupçons d'arbitraire ou de « gouvernement des juges » qu'une motivation trop « prescriptive » pouvait soulever. Le système français n'a pas nécessairement vocation à devenir, pour autant, un système analogue à un système de *common law* en matière de précédent. Il est plus probable que les cours souveraines intègrent les exigences contemporaines de motivation et de justification, tout en conservant un style particulier de rédaction des décisions, et des motifs de principe clairement identifiables. La norme contenue dans ces motifs pourra toutefois être éclairée par une justification plus fournie et un contexte précédentiel exposé clairement dans la décision. Cet enrichissement des décisions des cours permettra, en outre, de limiter les interprétations et confusions possibles avec la motivation para-juridictionnelle que l'on retrouve actuellement dans des documents annexes à la décision elle-même. L'avènement d'un véritable système précédentiel en France permettra en définitive de clarifier et de dépassionner la question du pouvoir créateur du juge, en en faisant un objet véritablement juridique. Pour toutes ces raisons, nul doute que le précédent a de l'avenir.

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES

- ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, « Quadrige », 2003, 1649 pages.
- BAY M., *Dictionnaire des concepts philosophiques*, Paris, Larousse, CNRS Editions, 2006, 879 pages.
- BENVENISTE E., *Le vocabulaire des institutions indo-européennes, tome 2 : Pouvoir, droit, religion*, Paris, Editions de Minuit, 1969, 340 pages.
- CABRILLAC R. (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, Paris, Lexis Nexis, 10^e éd., 2018, 532 pages.
- CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, 1362 pages.
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, Paris, PUF, « Quadrige », 12^e éd., 2018, 1103 pages.
- GUINCHARD S., DEBARD Th. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 27^e éd., 2019, 1139 pages.
- LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, « Quadrige », 3^e éd., 2010, 1323 pages.
- RAYNAUD Ph., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 3^e éd., 2003, 892 pages.

OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES

- ALBIGES Ch., *Introduction au droit*, Bruxelles, Bruylant, 5^e éd., 2018, 323 pages.
- AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Sirey, Dalloz, 17^e éd., 2018, 409 pages.
- BEIGNER, BINET J.-R., THOMAT-RAYNAUD A.-L., *Introduction au droit*, Paris, LGDJ, 6^e éd., 2018, 524 pages.
- CABRILLAC R., *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 13^e éd., 2019, 292 pages.
- CARPANO E., MAZUYER E., *Les grands systèmes juridiques étrangers*, Paris, Lextenso, 2009, 207 pages.

- CUNIBERTI G., *Grands systèmes de droit contemporains. Introduction au droit comparé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 4^e éd., 2019, 449 pages.
- DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 2017, 390 pages.
- FABRE-MAGNAN M., *Introduction générale au droit. Droit des personnes. Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2^e éd., 2011, 298 pages.
- GONOD P., MELLERAY F., YOLKA Ph. (dir.), *Traité de droit administratif. Tome 1*, Paris, Dalloz, 2011, 841 pages.
- GONOD P., MELLERAY F., YOLKA Ph. (dir.), *Traité de droit administratif. Tome 2*, Paris, Dalloz, 2011, 711 pages.
- GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., MAYER L., *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 34^e éd., 2018, 1801 pages.
- GUINCHARD S., CHAINAIS C., DELICOSTOPOULOS C. S., DELICOSTOPOULOS I. S., DOUCHY-LOUDOT M., FERRAND F., LAGARDE X., MAGNIER V., RUIZ FABRI H., SINOPOLI L., SOREL J.-M., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, Précis, 9^e éd., 2017, 1515 pages.
- MALINVAUD Ph., *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Lexis Nexis, 18^e éd., 2018, 543 pages.
- TERRE F., *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2015, 636 pages.
- WIJFFELS A., *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, Paris, PUF, 2^e éd., 2014, 392 pages.

OUVRAGES SPECIALISES, MONOGRAPHIES ET THESES

- ALTWEGG-BOUSSAC M., *Les changements constitutionnels informels*, Bayonne, Paris, Institut Varenne, LGDJ-Lextenso, 2013, 627 pages.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., *L'autorité des décisions de justice constitutionnelle et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, préf. B. Pacteau, LGDJ, coll. « Billb. Dr. Public », t. 192, 1998, 663 pages.
- ANDRIEUX J.-P., *Histoire de la jurisprudence : les avatars du droit prétorien*, Paris, Vuibert, 2012, 307 pages.
- ARNAUD Ch., *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso, 2016, 595 pages.
- ASSIER-ANDRIEU L., *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common Law*, Paris, Dalloz, 2011, 271 pages.

- AUBY J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2010, 264 pages.
- AUSTIN J., *The Province of Jurisprudence Determined*, pref. W. L. Morison, Aldershot, Brookfield, Ashgate, Dartmouth, 1998, 261 pages.
- BACON F., *De la justice universelle*, Introduction par Angèle Kremer-Marietti, Paris, L'Harmattan, 2006, 127 pages.
- BACQUET-BREHANT V., *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 : contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2005, 462 pages.
- BADINTER R., BREYER S. (à l'initiative de), *Les entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, Publications de la Sorbonne, 2003, 379 pages.
- BAKER J. H.,
- *The Third University of England : The Inns Court and the Common Law Tradition*, London, Selden Society, 1990, 53 pages.
 - *The Law's Two Bodies : Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford, New-York, Paris, Oxford University Press, 2001, 197 pages.
 - *An Introduction to English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 5th ed., 2019, 637 pages.
- BANCAUD A., *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, Paris, LGDJ, coll. « droit et société », 1993, 301 pages.
- BARANGER D., *Ecrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, « Léviathan », 2008, 315 pages.
- BECHILLON (de) D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, PUAM-Economica, 1996, 577 pages.
- BELAID S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974, 360 pages.
- BENTHAM J., *Fragment sur le gouvernement*, trad. J.-P. Cléro, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1996, 86 pages.
- BIGOT G., *L'Administration française. Politique, droit et société. Tome 1, 1789-1870*, Paris, Lexis Nexis, 2^e éd., 2014, 397 pages.
- BIGOT G., LE YONCOURT T., *L'Administration française. Politique, droit et société. Tome 2, 1870-1944*, Paris, Lexis Nexis, 2014, 499 pages.
- BLACHER Ph.
- *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : étude sur l'obiter dictum : "la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution"*, thèse dactyl., Montpellier, 1998, 449 pages.

- *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : "la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution"*, Paris, PUF, 2001, 246 pages.
- BLANQUER J.-M., *Les méthodes du juge constitutionnel*, thèse, Paris II, 1993.
- BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, traduit par M. Gueret avec la collaboration de C. Agostini, Préface de R. Guastini, Bruylant, LGDJ, 1998, 286 pages.
- BONNECASE J., *L'école de l'exégèse en droit civil : les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, E. de Boccard, 1919, 103 pages.
- BORE J., BORE L., *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2015, 793 pages.
- BOTTON A., *Contribution à l'étude de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil*, Paris, LGDJ, 2010, 323 pages.
- BOUCOBZA I., *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris, Dalloz, 2005, 449 pages.
- BOUVET M., *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, Paris, LGDJ, 2001, 696 pages.
- BULLIER A., *La common law*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2016, 176 pages.
- BURDEAU F., *Histoire du droit administratif (de la révolution au début des années 1970)*, Paris, PUF, 1995, 494 pages.
- BUTERI K., *L'application de la Constitution par le juge administratif*, thèse, Aix-Marseille III, 2000, 460 pages.
- CAPPELLETTI M., *Le Pouvoir des juges*, traduction R. David, préface L. Favoreu, Paris, PUAM-Economica, 1996, 397 pages.
- CARBASSE J.-M., LEYTE G., *L'État royal, XIIIe-XVIIIe siècle. Une anthologie*, Paris, PUF, « Leviathan » 2004, 266 pages.
- CARDOZO B., *La nature de la décision judiciaire*, traduit et présenté par Gwénaële Calvès, Paris, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2011.
- CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, 2 vol., 837 et 638 pages.
- CHAMPEIL-DESPLATS V.,
- *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justifications dans les discours juridiques*, Paris, Economica-PUAM, 2001, 306 pages.
 - *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2^e éd., 2016, 440 pages.
- CHENON E., *Origines, conditions, effets de la cassation*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882, 299 pages.
- COMTE A., *Cours de philosophie positive*, Paris, Editions Anthropos, 1968-1971, 12 vol.

- CORMENIN, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, imprimerie de Mme Hérisant le Doux, 1818, 238 pages.
- CROSS R., J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon Press, 4th ed., 1991, 246 pages.
- CHEVALLIER F., *Contribution à l'étude des actes directifs*, thèse, Paris II, 1976, 324 pages.
- DAVID R.,
- *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, LGDJ, 1950, 556 pages.
 - *Les grands systèmes de droit contemporains : droit comparé*, Paris, Dalloz, 1964, 630 pages.
- DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., GORE M., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 12^e éd., 2016, 539 pages.
- DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, 305 pages.
- DEUMIER P., *Le droit spontané*, préf. Jean-Michel Jacquet, Paris, Economica, 477 pages.
- DI MANNO Th., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, préf. Louis Favoreu, Paris, PUAM-Economica, 1997, 617 pages.
- DOROLLE M., *Le raisonnement par analogie*, Paris, PUF, 1949, 179 pages.
- DROUOT G., *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2016, 401 pages.
- DUMONT E., *De l'organisation judiciaire et de la codification : extraits de divers ouvrages de Jeremy Bentham*, Paris, H. Bossange, 1828, 483 pages.
- DUVERGIER J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, Paris, Guyot et Scribe, 1824-1949, 158 vol.
- DUXBURY N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 189 pages.
- DWORKIN R., *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, « Léviathan », 1995, 515 pages.
- FAIRGRIEVE D., MUIR-WATT H., *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, Paris, PUF, 2006, 62 pages.
- FARCY J.-C., *Histoire de la justice en France de 1789 à nos jours*, Paris, La découverte, coll. « repères », 2015, 125 pages.
- FAVOREU L., PHILIPP L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., ROUX A., OLIVA E., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 19^e éd., 2018, 1025 pages.

- GAMBARO A., SACCO R., VOGEL L., *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, 2011, 455 pages.
- GAUDEMAR (DE) H., MONGOIN D., *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative. Volume 1 : 1831-1940*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 951 pages.
- GAUDEMET E., *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, Editions de la Mémoire du droit, 2002, 207 pages.
- GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, préf. R. Saleilles, Paris, LGDJ, 2nd éd., 1919, 2 vol., 422 pages.
- GERARD Ph., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, 584 pages.
- GLASSON E., *Le Parlement de Paris. Son rôle politique depuis le règne de Charles VII jusqu'à la Révolution*, Genève, Slatkine-Megariotis reprints, 1974 (réimpr. de l'édition de Paris de 1901), 2 tomes, 469 et 516 pages.
- GONOD P., *Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative*, Paris, Dalloz, 2014, 131 pages.
- GOLTZBERG S.,
- *Les sources du droit*, Paris, PUF, 2^e éd., 2018, 125 pages.
 - *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2019, 138 pages.
- GRENET P., *Les origines de l'analogie philosophique dans les dialogues de Platon*, Paris, Editions contemporaines Boivin & Cie, 1948, 299 pages.
- GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, édité par D. Alland et S. Goyard-Fabre, Paris, PUF, 2^e éd., 2012, 868 pages.
- GUARNIERI C., PEDERZOLI P., *La puissance de juger*, Paris, Michalon, 1996, 208 pages.
- HALPERIN J.-L.,
- *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987, 294 pages.
 - *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, « Quadrige », 2^e éd., 2012, 391 pages.
- HART H. L. A., *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2^e éd., 2005, 344 pages.
- HEUSCHLING L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, 739 pages.
- HILDESCHHEIMER F., MORGAT-BONNET M., *État méthodique des archives du Parlement de Paris*, Paris, Archives nationales, 2011, 242 pages.

HOBBS Th.,

- *A dialogue between a philosopher and a student of the Common laws of England*, préface d'André Tunc, Paris, Dalloz, 1966, 420 pages.
- *De corpore : elementorum philosophiae, sectio prima*, Paris, J. Vrin, 1999, 417 pages.

HORTALA S., *Les obiter dicta de la Cour de cassation : étude de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 2019, 510 pages.

HOURQUEBIE F., *Le pouvoir juridictionnel en France*, Paris, LGDJ, coll. « systèmes », 2010, 212 pages.

HUFTEAU Y.-L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965, 158 pages.

ISAMBERT, DECRUSY, JOURDAN, et alii., *Recueil général des anciennes lois françaises : depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, tome 22 (1737-1774), Paris, Plon, 1822-1823.

IVAINER T., *L'interprétation des faits en droit*, préf. J. Carbonnier, Paris, LGDJ, 1988, 361 pages.

JAMIN Ch., MELLERAY F., *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2018, 259 pages.

JEANNEAU B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954, 287 pages.

JOBARD-BACHELLIER M.-N., BACHELLIER X., BUK LAMENT J., *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2018, 240 pages.

KELSEN H.,

- *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1962, 496 pages.
- *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud, F. Malkani, Paris, PUF, « Léviathan », 1996, 604 pages.
- *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1997, 517 pages.

KRYNEN J.,

- *L'Empire du Roi. Idées et croyances politiques en France, XIII^e-XV^e siècle*, Paris, Gallimard, 1993, 556 pages.
- *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, 326 pages.
- *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, 432 pages.
- *Le théâtre juridique : une histoire de la construction du droit*, Paris, Gallimard, 2018, 377 pages.

LA ROCHE-FLAVIN (DE) B., *Treize livres des parlements de France*, Paris, A. Bourdeaus, 1617.

LANGLOIS H., *Essai sur le pouvoir prétoire de la jurisprudence*, Thèse, Caen, 1897.

- LANNOY M., *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, préface de Maryse Deguegue, Paris, Dalloz, 2016, 441 pages.
- LANZARA D., *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, Paris, LGDJ, 2017, 390 pages.
- LAWSON F. H., *A Common Lawyers Looks at the Civil Law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1955.
- LE BERRE H., *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, Paris, LGDJ, 1999, 733 pages.
- LE QUINIO A., *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermond-Ferrand, Fondation Varenne, Paris, LGDJ, 2011, 522 pages.
- LEBEDEL S., *Le précédent dans les décisions des cours constitutionnelles. Etude comparée des expériences française, espagnole et italienne de justice constitutionnelle*, thèse, Toulon-Var, 2012.
- LEVI E. H., *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, The University of Chicago Press, 2013, 104 pages.
- LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Fac-similé de l'édition de Paris, Sirey, 1928, Paris, LGDJ, Editions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 1999, 574 pages.
- LOBBAN M., *The Common Law and English Jurisprudence : 1760-1850*, Oxford, Clarendon Press, 1991, 315 pages.
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1956, 425 pages.
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 21^e éd., 2017, 1018 pages.
- MAGNON X., *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, 167 pages.
- MALHIERE F., *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris, Dalloz, 2013, 665 pages.
- MARTINICH, A.P., *Hobbes : A Biography*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 390 pages.
- MASSOT J., FOUQUET O., STAHL J.-H., GUYOMAR M., BRETONNEAU A., *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Paris, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, 2018, 431 pages.
- MASTOR W., *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris, PUAM-Economica, 2005, 361 pages.
- MATHIEU B., *La loi*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2010, 138 pages.

- MBONGO P., RENAUDIE O., *Le rapport public annuel du Conseil d'État : entre science du droit et discours institutionnel*, Paris, Cujas, 2010, 185 pages.
- MICHAUT F.,
- *L'école de la "Sociological Jurisprudence" et le mouvement réaliste américain : le rôle du juge et la théorie du droit*, Lille 3, ANRT, 1985.
 - *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2001, 409 pages.
- MILSON S. F. C., *Historical Foundations of the Common Law*, Butterworths, 2^e éd., 1981, 475 pages.
- MORVAN P., *Le principe de droit privé*, Paris, LGDJ, Université Panthéon-Assas, 1999, 788 pages.
- MOURLON F.,
- *Répétitions écrites sur le Code civil*, Paris, Garnier frères, 13^e éd. mise à jour par M. C. Demangeat, 1896, 983 pages.
 - *Répétitions écrites sur l'organisation judiciaire, la compétence et la procédure en matière civile et commerciale*, Paris, A. Chevallier-Marescq, 5^e éd., 1885, 947 pages.
- PALANCO A., *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. F. Sudre, Bruxelles, Bruylant, 2019, 718 pages.
- PERELMAN Ch.,
- *Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999, 193 pages.
 - *Ethique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2^e éd., 2012, 824 pages.
- PERELMAN Ch., OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 6^e éd., 2008, 740 pages.
- PETTIT S., *Le Tribunal des conflits*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1994, 127 pages.
- PINAT C.-S., *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation. Pour une théorie réaliste de la cohérence jurisprudentielle*, préface d'Alexandre Viala, Paris, LGDJ, Institut universitaire Varenne, 2017, 424 pages.
- POLLOCK F., MAITLAND F. W., *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2 vol., Cambridge, Cambridge University Press, 2nd ed., 1968, 688 et 691 pages.
- PONTHOREAU M.-C., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, 401 pages.
- PORT-LEVET-SERVERIN E., *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé*, Thèse, Lyon, 1983, 561 pages.
- POSNER R. A., *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, 387 pages.
- POSTEMA G., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1989, 490 pages.

- PROS-PHALIPPON Ch., *Le juge administratif et les revirements de jurisprudence*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, 565 pages.
- RAINAUD N., *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1996, 195 pages.
- RAZ J.,
- *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975, 192 pages.
 - *Engaging Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 336 pages.
 - *Between Authority and Interpretation : on the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 413 pages.
- RICHAUD C., *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préface de Dominique Rousseau, Paris, LGDJ, Institut universitaire Varenne, 2016, 484 pages.
- RIGAUX F., *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, 319 pages.
- RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, reproduit en fac-similé de la 2^e éd. de 1955, 1994, 431 pages.
- ROYER J.-P., DERASSE N., ALLINNE J.-P., DURAND B., JEAN J.-P., *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 5^e éd., 2016, 1290 pages.
- SALOMON R., *Les grandes conclusions du parquet général de la Cour de cassation*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2017, 1315 pages.
- SCHAUER F.,
- *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2009, 239 pages.
 - *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, traduit et présenté par S. Goltzberg, Paris, Dalloz, « Rivages du droit », 2018, 233 pages.
- SEVERINO C., *La doctrine du droit vivant*, Paris, PUAM-Economica, 2003, 282 pages.
- SENN F., *Les origines de la notion de jurisprudence*, Paris, Sirey, 1926, 54 pages.
- SPASSOÏEVITCH J., *L'analogie et l'interprétation : contribution à l'étude des méthodes en droit privé*, Paris, A. Pedone, 1911, 170 pages.
- TAMANAH B.Z., *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2010, 252 pages.
- TROPER M.,
- *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, « Léviathan », 1994, 358 pages.
 - *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, « Léviathan », 2001, 334 pages.
 - *La philosophie du droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 4^e éd., 2015, 126 pages.

- *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », reprod. de l'édition LGDJ de 1973, 2015, 251 pages.
- TUBBS J. W., *The Common Law Mind : Medieval and Early Modern Conceptions*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000, 253 pages.
- TUNC A., TUNC. S., *Le droit des États-Unis d'Amérique, Sources et techniques*, Paris, Dalloz, 1955, 406 pages.
- TURMO A., *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, thèse, Université Panthéon-Assas, 2016, 636 pages.
- VIALA A.,
- *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. Dominique Rousseau, Paris, LGDJ, 1999, 318 pages.
 - *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2010, 240 pages.
- VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, « Quadrige », 2^e éd., 2013, 624 pages.
- ZANDER M., *The Law-Making Process*, Cambridge, Cambridge University Press, 6^e édition, 2004, 517 pages.
- ZENATI F., *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, 281 pages.

MELANGES

- Droit administratif. Mélanges en l'honneur de René Chapus*, Paris, Montchrestien, 2014, 707 pages.
- Juger l'administration, administrer la justice : mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, 882 pages.
- Justice et droits fondamentaux. Etudes offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, 523 pages.
- Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, 1105 pages.
- La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, 538 pages.
- Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, 1166 pages.
- La Cour de cassation, l'Université et le Droit : André Ponsard, un professeur à la Cour de cassation. Mélanges en l'honneur du président André Ponsard*, Paris, Litec, 2003, 280 pages.
- Long cours, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, 1168 pages.
- Mélanges René Chapus : droit administratif*, Paris, LGDJ, 2014, reprod. fac-similé de l'éd. originale de 1992, 707 pages.
- Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, trois volumes.

OUVRAGES COLLECTIFS ET ACTES DE COLLOQUES

- L'image doctrinale de la Cour de cassation. Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, organisé par la Cour de cassation et le Laboratoire d'Épistémologie Juridique de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille*, Paris, La Documentation française, 1994, 251 pages.
- ALOUPI N., KLEINER C. (dir.), *Le précédent en droit international. 49^{ème} colloque de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 2016, 497 pages.
- BELLET P., TUNC A. (dir.), *La Cour judiciaire suprême : une enquête comparative*, Paris, Economica, 1978, 486 pages.
- BRONDEL S., FOULQUIER N., HEUSCHLING L. (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, 373 pages.
- CAILLOSSE J., RENAUDIE O. (dir.), *Le Conseil d'État et l'Université*, Paris, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2015, 224 pages.
- CASSIN R. (dir.), *Le Conseil d'État : livre jubilaire pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire*, Paris, Recueil Sirey, 1952, 693 pages.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK Ch., TROPER M. (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2005, 203 pages.
- DAUCHY S., DEMARS-SION V. (dir.), *Les Recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Paris, 2005, 468 pages.
- EICHENLAUB J.-L. (dir.), *Les Conseils souverains dans la France d'Ancien Régime, XVII^e-XVIII^e siècle*, Colmar, Archives départementales du Haut-Rhin, 2000, 101 pages.
- FORIERS P., PERELMAN Ch. (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 428 pages.
- GOLDSTEIN L. (ed.), *Precedent in Law*, New-York, Oxford University Press, 1987, 279 pages.
- GRZEGORCZYK C., MICHAUT F., TROPER M. (dir.), *Le positivisme juridique*, Bruxelles, Story Scienta, Paris, LGDJ, 1993, 535 pages.
- GROPPI T., PONTTHOREAU M.-C. (ed.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2013, 431 pages.
- HAKIM N., MELLERAY F. (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXI^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009, 330 pages.
- HONDIUS E. (ed.), *Precedent and the Law*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 517 pages.
- HOURQUEBIE F., PONTTHOREAU M.-C. (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 308 pages.

- IBBETSON D. J., JONES N., RAMSAY N. L. (ed.), *English Legal History and its Sources : Essays in Honour of Sir John Baker*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 397 pages.
- JOUANJAN O., ZOLLER E. (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2015, 381 pages.
- MACCORMICK N., SUMMERS R., (ed.), *Interpreting Precedents : a Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, Brookfield, Ashgate, 1997, 585 pages.
- MELLERAY F. (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 374 pages.
- MOLFESSIS N. (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, LexisNexis, Litec, 2005, 193 pages.
- PALMER V. V. (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide : the Third Legal Family*, Cambridge, New-York, Melbourne, Cambridge University Press, 2nd ed., 2012, 704 pages.
- POUMAREDE J., THOMAS J. (dir.), *Les parlements de province : pouvoirs, justice et société du XV^e au XVIII^e siècle*, Toulouse, FRAMESPA, 1996, 808 pages.
- RAIMBAULT Ph., HECQUARD-THERON M. (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso éditions, 2011, 431 pages.

GRANDS ARRETS

- BILLET Ph., FEVRIER J.-M., KALFLECHE G., LAGET-ANNAMAYER A., MICHALLET I., NAIMGESBERT E., SEUBE J.-B., *Les grands arrêts du droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2017, 444 pages.
- BIOY X., BURGORGUE-LARSEN L., DEUMIER P., DUPRE DE BOULOIS X., *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2019, 911 pages.
- BONICHOT J.-C., CASSIA P., POUJADE B., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 6^e éd., 2018, 1516 pages.
- CAPITANT H., COLIN A., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile : supplément au Cours élémentaire de droit civil d'A. Colin et H. Capitant*, Paris, Dalloz, 1934, 571 pages.
- CAPITANT H., F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 1 : Introduction, personnes, familles, biens, régimes matrimoniaux, successions*, Paris, Dalloz, 13^e éd., 2015, 759 pages.
- CAPITANT H., TERRE F., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2 : Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Paris, Dalloz, 13^e éd., 2015, 892 pages.

- CASSESE A., SCALIA D., THALMANN V., *Les grands arrêts de droit international pénal*, Paris, Dalloz, 2010, 475 pages.
- CHAMARD-HEIM C., MELLERAY F., NOGELLOU R., YOLKA P., *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2018, 1010 pages.
- CYRILLE D., FOUQUET O., PLAGNET B., RACINE P.-F., *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2009, 1135 pages.
- ESPER C., SARGOS P., *Les grands arrêts du droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2016, 733 pages.
- FAVOREU L., PHILIP L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1975, 442 pages.
- FAVOREU L., PHILIP L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MELIN-SOUCRAMANIEN F., OLIVA E., ROUX A., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 19^e éd., 2018, 1025 pages.
- ITEN J.-L., BISMUTH R., CREPET DAIGREMONT C., LE FLOCH G., DE NANTEUIL A., *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Paris, Dalloz, 2018, 706 pages.
- KARPENSCHIF M., NOURISSAT C. (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, Paris, PUF, Thémis, 3^e éd., 2016, 668 pages.
- LACHAUME J.-F., PAULIAT H., BRACONNIER S., DEFFIGIER C., *Droit administratif : les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, Thémis, 17^e éd., 2017, 1040 pages.
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 21^e éd., 2017, 1018 pages.
- PELISSIER J., LYON-CAEN A., JEAMMAUD A., DOCKES E., *Les grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2008, 970 pages.
- PRADEL J., VARINARD A., *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2016, 519 pages.
- SUDRE F., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GONZALEZ G., GOUTTENOIRE A., MARCHARDIER F., MARGUENAUD J.-P., MILANO L., SURREL H., SZYMCZAK D., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, Thémis, 8^e éd., 2017, 967 pages.
- VERPEAUX M., DE MONTALIVET P., ROBLOT-TROIZIER A., VIDAL-NAQUET A., *Droit constitutionnel : les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, Thémis, 2^e éd., 2017, 686 pages.
- VIVANT M. (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2015, 621 pages.
- ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, 922 pages.

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

ABRAHAM K. S., « Three Fallacies of Interpretation : A Comment on Precedent and Judicial Decision » 23 *Arizona Law Review* (1981), p. 771.

ALEXANDER L., « Constrained by Precedent », 63 *Southern Carolina Law Review* (1989), p. 1.

ALLEN C. K., « Precedent and Logic », 41 *Law Quarterly Review* (1925), p. 329.

ALVAZZI DEL FRATE P., « Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789 », *RHD* 2008, vol. 86, p. 253.

AMILHAT M., « L'existence méconnue d'une règle du précédent en droit administratif français (réflexions sur les mécanismes de création du droit par le juge) », *LPA* 22 janvier 2014, n° 16, p. 4.

AMSELEK P.,

- « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP* 1978, n° 1, p. 5.
- « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in. *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 983.

ANTIPPAS J., « Pour une mention par la Cour de Cassation des précédents issus du droit public », *D.* 2017, n° 25, p. 1428.

ANTOINE M., « Les remontrances des cours supérieures sous le règne de Louis XIV (1673-1715) », in. *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, 1993, vol. 151, n° 1, p. 87.

ANTOINE A., FAIRGRIEVE D., « Ecrire les décisions de justice... une comparaison franco-britannique », *RDP* 2014, n° 3, p. 759.

ARRIGHI DE CASANOVA J., STAHL J.-H., « Tribunal des conflits : l'âge de la maturité », *AJDA* 2015, p. 575.

ASHWORTH A., « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990, p. 1439.

ATIAS C.,

- « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP G.* 1984, I, p. 3145.
- « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, p. 744.

AUBERT J.-L., « Pour des rebellions constructives », *RTD civ.* 1992, p. 338.

- AUDREN F., « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française. Essai d'interprétation », in. O. Jouanjan, E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2015, p. 55.
- BACHELLIER X., « Le pouvoir souverain des juges du fond », *BICC* 15 mai 2009, n° 702.
- BADINTER R., « Une longue marche "du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *NCCC* 2009, n° 25 (Dossier : 50^{ème} anniversaire), p. 6.
- BAKER J. H.,
- « Coke's Note Books and the Sources of His Reports », 30 *Cambridge Law Journal* (1972), p. 59.
 - « Records, Reports and the Origins of Case-Law in England », in. Baker J. H. (ed.), *Judicial Records, Law Reports, and the Growth of Case Law*, Berlin, Duncker und Humblot, 1989, p. 15.
- BARBERIS M., « La séparation des pouvoirs », in. M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, tome 1*, Paris, Dalloz, 2012, p. 705.
- BARBICHE B., « Les attributions judiciaires du Conseil du Roi », *Histoire, économie et société* 2010/3, p. 9.
- BARRE L., « *Common law* et droit continental : l'absence de culture juridique commune est-elle un mythe ? », *LPA* 2016, n° 122, p. 6.
- BEAL-LONG J., « Le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle constante en QPC », *RFDC* 2016/1, n° 105, p. 1.
- BECHILLON (de) D.,
- « Sur l'identification de la chose jugée dans la jurisprudence du Conseil d'État », *RDP* 1994, p. 1793.
 - « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation », *RRJ-DP* 1994, n° 1, p. 247.
 - « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RFDA* 1998, p. 225.
 - « Conflits de sentence entre les juges de la loi », *Pouvoirs* 2001, n° 96, p. 107.
 - « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, chron., p. 973.
 - « Le juge et son œuvre. Un an de fabrication du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'État », in. *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 359.

- « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », in. *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges Ph. Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 29.
- « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in. *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 109.
- « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 33.
- « Motivation des jugements : donner l'exemple », *AJDA* 2018, p. 391.

BEIGNIER B.,

- « Les arrêts de règlement », *Droits* 1989 n° 9, p. 45.
- « Portalis et le droit naturel dans le code civil », *RHFDSJ* 1998, n° 6, p. 77.

BELL J.,

- « Comparing Precedent », 82 *Cornell Law Review* (1997), p. 1243.
- « Le droit comparé au Royaume-Uni », *RIDC* 1999, n° 4, p. 1019.

BELLOUBET N., « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *NCCC* 2017, n° 55-56, p. 7.

BERGEL J.-L., « Le processus de transformation des décisions de justice en normes juridiques », *RRJ-DP* 1993, n° 4, p. 1055.

BERMAN H. J., « The Origins of Historical Jurisprudence : Coke, Selden, Hale », 103 *The Yale Law Journal* (1994), p. 1651.

BIGOT G.,

- « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA* 2000, p. 527.
- « La dictature administrative au XIXe siècle : théorie historique du droit administratif », *RFDA* 2003, p. 435.
- « L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif », in. F. Melleray (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Collections de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2004, p. 25.
- « Histoire de la motivation en droit public français », in. S. CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, 2013, p. 48.

BLACHER Ph., « *L'obiter dictum* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *REDP* 2000, vol. 12, n° 3, p. 897.

BLERY C., « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790 ? » *Histoire de la justice* 1991, p. 79.

- BOLLAND W. C., « Some Notes on the Year Books and Plea Rolls », 43 *Law Quarterly Review*, (1927), p. 60.
- BONELL M. J., « Les principes d'Unidroit comme moyen d'interpréter et de compléter le droit international uniforme », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 2002, supp., p. 29.
- BOUCOBZA I.,
- « La fonction juridictionnelle et la production des normes », in. M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel, tome 2*, Paris, Dalloz, 2012, p. 705.
 - « Un concept erroné, celui d'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs* 2012, n° 143, p. 73.
- BOULANGER J., « Principes généraux du droit et droit positif », in. *Mélanges Ripert, tome 1*, Paris, LGDJ, 1950, p. 51.
- BOULEAU M., « Sur un curieux visa », *D.* 2018, p. 627.
- BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in. *Mélanges offerts à Jacques Maury, tome 2*, Paris, Dalloz, 1960, p. 257.
- BRAIBANT G., « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *AJDA* 2006, p. 1428.
- BRAU L., « Le site internet du Conseil constitutionnel au service de la recherche de jurisprudence », *NCCC* 2011, n° 30.
- BRATZ D. C., « *Stare Decisis* in Lower Courts : Predicting the Demise of Supreme Court Precedent », 60 *Washington Law Review* (1984), p. 87.
- BRENET F., CLAEYS A., « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence du droit positif », *RFDA* 2002, p. 525.
- BRETON A., « L'arrêt de la Cour de cassation », in. *Annales de l'Universités des sciences sociales de Toulouse*, t. XXIII, Toulouse, 1975, p. 26.
- BREWER S., « Exemplary Reasoning : Semantics, Pragmatics and the Rational Force of Legal Argument by Analogy », 109 *Harvard Law Review* (1996), p. 923.
- BRONAUGH R., « Persuasive Precedent », in. L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, New-York, Oxford University Press, 1987, p. 217.
- BRUNET P., « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits* 2004, n° 39, p. 197.
- CADIET L., « L'attribution à la Cour de cassation d'une fonction consultative », *JCP* 1992. I. 3587.

- CAMINKER E. H., « Why Must Inferior Courts Obey Superior Courts Precedent ? », 46 *Stanford Law Review* (1994), p. 817.
- CAMPBELL BLACK H., « The Doctrine of *Stare Decisis* », 20 *Law Student's Helper* (1912), p. 209.
- CAPORAL S., « Le revirement de jurisprudence, lieu de rapprochement entre les systèmes de *civil law* et de *common law* », in. E. Carpano (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 265.
- CARBASSE J.-M., « Le Roi législateur : théorie et pratique », *Droits* 2003/2, n° 38, p. 3.
- CARBONNIER J., « La jurisprudence aujourd'hui : libres propos sur une institution controversée », *RTD civ.*, 1992, n° 2, p. 341.
- CASSIA P., « Reformater la décision juridictionnelle », *AJDA* 2008, p. 1913.
- CHABANOL D., « La prévention des divergences de jurisprudence au sein de la juridiction administrative », in. P. Ancel, M.-C. Rivier (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 179.
- CHAPUS R.,
- « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles en droit administratif », *D.* 1966, chron., p. 99.
 - « Les aspects procéduraux », *AJDA* 1988, p. 94.
 - « Georges Vedel et l'actualité d'une "notion fonctionnelle" : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP* 2003, n° 1, p. 3.
- CHARRIER C., « L'*obiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE* 1998, n° 1-2, p. 79.
- CHARRUAULT C., « La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits », *BICC* 15 mai 2009, n° 702.
- CHARTIER Y., « De l'an II à l'an 2000 : remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », in. *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 269.
- CHAUVIN P., « La saisine pour avis », in. *Rapport de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1993, p. 53.
- CHEROT J.-Y., « La question du point de vue interne dans la science du droit », *RIEJ* 2007/2, vol. 59, p. 17.
- CIAUDO A., « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le secrétaire général du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2008, p. 17.

- COLLIER Ch. W., « Precedent and Legal Authority : a Critical History », *Wisconsin Law Review* (1988), p. 771.
- COLLINET P., « Le rôle des juges dans la formation du droit romain classique », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, tome 1*, Paris, Recueil Sirey, 1934, p. 24.
- COOPER C. J., « *Stare decisis* : Precedent and Principles in Constitutional Adjudication », *73 Cornell Law Review* (1988), p. 401
- COQ V., « Qu'est-ce que la "jurisprudence constante" ? », *RFDA* 2014, p. 223.
- COUTRON L.,
- « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD eur.* 2009, n° 4, p. 643.
 - « Droit du contentieux de l'Union européenne (juillet-décembre 2011). La valorisation de l'obiter dictum comme technique de désamorçage d'un conflit entre le droit national et le droit de l'Union : une illustration à travers le contentieux de la responsabilité judiciaire de l'État », *RTD eur.* 2012, n° 1, p. 179.
- COVINGTON H., « The American Doctrine of *Stare Decisis* », *24 Texas Law Review* (1945-46), p. 190.
- CROZE H., « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in. *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Paris, Defrénois, 2005, p. 181.
- DAINOW J., « The Civil and the Common Law : Some Points of Comparison », *15 American Journal of Comparative Law* (1967), p. 419.
- DARNANVILLE H.-M., « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *ADJA* 2001, p. 416.
- DAUCHY S., DEMARS-SION V.,
- « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage ? », *RHD*, 2004, p. 171.
 - « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit français : un usage controversé ? », in. W. H. Bryson et S. Dauchy (dir.), *Ratio decidendi : guiding principles of judicial decisions, vol. 1, case law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, p. 87.
- DAUGHETY A. F., REINGANUM J. F., « Stampede to Judgment : Persuasive Influence and Herding Behavior by Courts », *1 American Law & Economics Review* (1999), p. 158.
- DAVID R.
- « Existe-t-il un droit occidental ? », in. *Twentieth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyde, A. W. Sythoff, 1961, p. 56.

- « Le droit continental, la *common law* et les perspectives d'un *jus commune* européen », in. M. Cappelletti (dir.), *New Perspectives for a Common law of Europe*, London, Leyden, Boston, Sijthoff, 1978, p. 115.
- « La jurisprudence. Recherche sur la doctrine. Source d'unification du droit : indications générales », *RRJ-DP* 1985, p. 775.

DE VILLIERS M., « Principes généraux du droit », in. D. Chagnollaud, G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, p. 614.

DEGUERGUE M.,

- « La jurisprudence et le droit administratif : une question de point de vue », *ADJA* 2005, p. 1313.
- « Déclin ou renouveau de la création des grands arrêts ? », *RFDA* 2007, p. 254.
- « Les *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil d'État », in. Raimbault Ph., Hécquard-Théron M. (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso éditions, 2011, p. 229.

DELVOLVE P., « Le Conseil d'État, Cour suprême de l'ordre administratif », *Pouvoirs* 2007, n° 123, p. 51.

DEMUNCK C., « Un revirement de jurisprudence bien établie doit être motivé », *Dalloz actualités*, 30 septembre 2011.

DENQUIN J.-M., « Réflexions sur le syllogisme judiciaire », in. *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, PUAM-Economica, p. 373.

DEUMIER P.

- « Nouvelles normes : règles spontanées et droit délibéré », in. Pignarre G. (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 101.
- « Petit guide des conflits de normes par le Conseil d'État – à l'attention du Conseil constitutionnel ? », *RTD civ.* 2005, p. 561.
- « La "doctrine de la Cour de cassation" : opinion ou précédent ? », *RTD civ.* 2006, p. 73.
- « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.* 2006, p. 510.
- « Pouvoir créateur du juge et rédaction des décisions de justice », in. *APD* 2007, vol. 50, p. 49.
- « Les "motifs des motifs" des arrêts de la Cour de cassation – Etude des travaux préparatoires », in. *Principes de justice. Mélanges J.-F. Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 125.

- « Les autorités des doctrines », in. Foyer J., Lebreton G., Puigelier C. (dir.), *L'autorité*, Paris, PUF, Cahiers des sciences morales et politiques, 2008, p. 291.
- « L'interprétation de la loi : quel statut ? Quelles interprétations ? Quel(s) juge(s) ? Quelles limites ? », *RTD civ.*, 2011, p. 90.
- « Le revirement de jurisprudence en questions », in. Carpano E. (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 49-68.
- « Appliquer la jurisprudence, respecter le contradictoire. Note sous CE, 19 avril 2013, n° 340093, *Chambre de commerce et de l'industrie d'Angoulême* », *RTD civ.* 2013, p. 561.
- « L'interprétation, entre "disposition législative" et "règle jurisprudentielle" », *RTD civ.* 2015, p. 84.
- « Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles », *D.* 2015, p. 1720.
- « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.* 2015, p. 2022.
- « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *RTD civ.*, 2016, n° 1, p. 65.
- « Motivation des décisions de la Cour de cassation : mention de la jurisprudence constante », *D.* 2016, p. 133.
- « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.* 2017, p. 1783.
- « La jurisprudence d'aujourd'hui et de demain », *RTD civ.*, 2017, p. 600.

DESSEMONTET F., « L'utilisation des principes d'UNIDROIT pour interpréter et compléter le droit national », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 2002, supp., p. 39.

DI MANNO Th., « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *CCC* n° 20, Dossier : *Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel*.

DOMINO X., BRETONNEAU A. , « De la loyauté dans le procès administratif », *AJDA* 2013, p. 1276.

DOMINO X., BRETONNEAU A., BOKDAM-TOGNETTI E., LESSI J., « Que fait le centre ? », *AJDA* 2014, p. 81.

DU PLESSIS J., « Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems », in. M. Reinmann, R. Zimmermann (ed.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 477.

DUNES A., « La non-publication des décisions de justice », *RIDC* 1986, vol. 38, p. 757.

DUPEYROUX H., « Les grands problèmes du droit », *APD* 1938, 1-2, p. 7.

DUPEYROUX O.,

- « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz, 1960, t. 2, p. 349.
- « La doctrine française et le problème de la jurisprudence, source de droit », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, 1978, p. 463.

DUXBURY N., « English Jurisprudence Between Austin and Hart », 91 *Virginia Law Review* (2005), p. 1.

DWIGHT T. W., « Year Books », 2 *The Columbia Jurist* (1885), p. 146.

DWORKIN G.,

- « *Stare decisis* in the House of Lords », 25 *Modern Law Review* (1962), p. 163.
- « La chaîne du droit », trad. F. MICHAUT, *Droit et Société* 1985, n° 1, p. 61.

EDMUNDSON W. A., « Review : Rethinking Exclusionary Reasons : a Second Edition of Joseph Raz's "Practical Reason and Norms" », 12 *Law and Philosophy* (1993), p. 329.

ELLIS LEWIS T.

- « The History of Judicial Precedent I », 46 *Law Quarterly Review* (1930) pp. 207-224.
- « The History of Judicial Precedent II », 46 *Law Quarterly Review* (1930) pp. 341-360.
- « The History of Judicial Precedent III », 47 *Law Quarterly Review* (1931), pp. 411-427.
- « The History of Judicial Precedent IV », 48 *Law Quarterly Review* (1932), pp. 230-247.

ESTRELLA FAIRA J. A., « Unidroit : forum international d'élaboration de normes de droit privé », *D.* 2011, n° 36, p. 2528.

EVANS P. J.,

- « The Status of Rules of Precedent », 41 *Cambridge Law Journal* (1982), p. 162.
- « Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century », in. L. Goldstein (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 35.

EVEN B., « Des conseils de préfecture aux tribunaux administratifs », *RFDA* 2004, p. 475.

FARRAR J. H., « Reasoning by Analogy in the Law », 9 *Bond Law Review* (1997), p. 149.

FAUVARQUE-COSSON, « UNIDROIT, la CNUDCI et le droit international des contrats », *Revue des contrats* 2012/4, p. 1355.

FAVOREU L., « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in. P. Avril et M. Verpeaux (dir.), *La République en droit français*, Paris, Economica, 1996, p. 231.

FLANDERS Ch., « Toward a Theory of Persuasive Authority », 62 *Oklahoma Law Review* (2009), p. 55.

- FLAUSS J.-F., « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2010, p. 997.
- FLETCHER G.,
- « Two Modes of Legal Thought », 90 *Yale Law Journal* (1981), p. 970.
 - « Punishment and Compensation », 14 *Creighton Law Review* (1981), p. 691.
- FORTEAU M., « Les décisions juridictionnelles comme précédent », in. Aloupi N., Kleiner C. (dir.), *Le précédent en droit international. 49^{ème} colloque de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 2016, p. 87.
- FRAGISTAS Ch. N., « Les précédents judiciaires en Europe continentale », in. *Mélanges offerts à Jacques Maury, tome 2*, Paris, Dalloz, 1960, p. 139.
- FRIED Ch., « The Laws of Change : The Cunning of Reason in Moral and Legal History », 9 *Journal of Legal Studies* (1980), p. 335.
- FULLER L.,
- « Reason and Fiat in Case Law », 59 *Harvard Law Review* (1946), p. 376.
 - « The Forms and Limits of Adjudication », 92 *Harvard Law Review* (1978), p. 353.
- GAU-CABEE C., « La jurisprudence et les silences du Code civil. Lecture d'une carence originelle », *Droits* 2008/1, n° 47, p. 3.
- GAUDEMET Y., « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'État », *Rev. adm.* 1999, n° spéc., p. 95.
- GAUTIER P.-Y., « Contre le visa des précédents dans les décisions de justice », *D.* 2017, p. 752.
- GAZIER F., LONG M., « Chronique de jurisprudence administrative. Arrêts du Conseil d'État du 15 novembre 1953 au 1^{er} janvier 1954 », *AJDA* 1954, p. 1.
- GENEVOIS B.,
- « Les principes généraux du droit (aspect droit administratif) », *RIDC* 1980, n° spéc., Journées de la Société de législation comparée, vol. 2.
 - « Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux », *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 245.
 - « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA* 1998, p. 477.
- GERHARDT M. J., « The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory », 60 *The George Washington Law Review* (1991), p. 68.
- GHESTIN J.,
- « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, chron. 2239.

- « De l'effectivité normative d'un arrêt de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2015, n° 1, p. 1.
- GILBERT G., « Le précédent dans la justice et l'arbitrage international », *JDI* 2010-3, p. 685.
- GLENN H. P.
- « Persuasive Authority », *32 McGill Law Journal* (1987), p. 261.
 - « Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions », in. M. Reinmann, R. Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 421.
- GODDING Ph., « Jurisprudence et motivation des sentences », in. Ch. Perelman et P. Fories (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 37.
- GODIN X., « La procédure de cassation au XVIIIe siècle », *Histoire, économie et société* 2010/3, p. 19.
- GOLDSTEIN L., « Some Problems About Precedent », *43 Cambridge Law Journal* (1984), p. 88.
- GONOD P.,
- « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003, p. 1652.
 - « La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1872 », *RFDA* 2015, p. 331.
- GONOD P., JOUANJAN O., « A propos des sources du droit administratif. Brèves notations sur de récentes remarques », *AJDA* 2005, p. 992.
- GOODERSON R. N., « The Rule in *Young v. Bristol Aeroplane Co., Ltd.* », *10 Cambridge Law Journal* (1950), p. 432.
- GOODHART A. L.,
- « Case law in England and America », *15 Cornell Law Quarterly* (1929-1930), p. 173.
 - « Determining the *ratio decidendi* of a case », *40 Yale Law Journal* (1930), p. 161.
 - « Precedent in English and Continental Law », *50 Quarterly Law Review* (1934), p. 40.
 - « The *ratio decidendi* of a case », *22 Modern Law Review* (1959), p. 117.
- GOURDOU J., « L'avis du Conseil d'État sur une question de droit », in. *Mouvement du droit public, Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 189.
- GREER F. A., « Custom in the Common Law », *9 Law Quarterly Review* (1893), p. 153.
- GRIDEL J.-P., « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, p. 228.
- GRISWOLD E. N., « La Cour suprême des États-Unis », *RIDC* 1978, n° spéc. 30-1, p. 97.
- GRZEGORCZYK Ch., « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », *APD* 1985, vol. 30, p. 35.

- GUASTINI R., « Le "point de vue" de la science juridique », *RIEJ* 2007/2, vol. 59, p. 49.
- GUILLAUME M., « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *JCP G.*, 11 juin 2011, n° 722.
- GUIOMARD F., « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *RDT* 2006, p. 222.
- GUYOMAR M., COLLIN P., « Diverses applications du principe d'impartialité », *AJDA* 2000, p. 126.
- HALPERIN J.-L.,
- « Cours suprêmes », in. *Droits* 2001/2, n° 34, p. 51.
 - « Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », in. R. Badinter (dir.), *Une autre justice : contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française (1789-1799)*, Paris, Fayard, 1989, p. 225.
- HANNA J., « The Role of Precedent in Judicial Decision », 2 *Villanova Law Review* (1957), p. 367.
- HAURIOU M., « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », *Cahiers de la Nouvelle Journée* 1929, n° 15, p. 109.
- HENRY X., « Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le *Bulletin civil* », *BICC* 1^{er} juin 2004, n° 599.
- HERON J., « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ? », in. *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 131.
- HEUSCHLING L., « État de droit », in. J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public français*, Paris, Dalloz, 2010, p. 541.
- HEUSTON R. F. V., « *Donoghue v. Stevenson* in Retrospect », 20 *Modern Law Review* (1957), p. 1
- HILAIRE J., « Jugement et jurisprudence », *APD* 1994, vol. 39, p. 181.
- HOLDSWORTH W.,
- « Year Books », 22 *Law Quarterly Review* (1906), pp. 266-284 & pp. 360-384.
 - « Sir Edward Coke », 5 *Cambridge Law Journal*, (1933-1935), p. 332.
 - « Precedents in the Eighteenth Century », 51 *Law Quarterly Review* (1935), p. 441.
 - « Bentham's Place in English Legal History », 28 *California Law Review* (1940), p. 568.
- HOEPFFNER H., « Les avis du Conseil d'État », *RFDA* 2009, p. 895.
- HORTALA S., « Les revirements de jurisprudence : une production à contre-rythme ? Etude relative aux revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in. M. Nicod (dir.), *Les rythmes de production du droit*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 89.

- HOURSON S., « Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire : le précédent administratif », *RFDA* 2013, n° 4, p. 743.
- HUHN W., « The stages of legal reasoning : formalism, analogy and realism », 48 *Villanova Law Review*, (2003), pp. 305-380.
- HUNTER D., « Reason is Too Large : Analogy and Precedent in Law », 50 *Emory Law Journal* (2001), p. 1197.
- JAMIN Ch.,
- « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC* 2000, n° 4, p. 733.
 - « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », *BICC* 15 avril 2004, n° 596.
 - « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTD civ.* 2015, p. 263.
- JEANNEAU B., « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE* 1981-1982, p. 33.
- JESTAZ Ph.,
- « La jurisprudence, réflexion sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11.
 - « La jurisprudence constante de la Cour de cassation », in. *L'image doctrinale de la Cour de cassation. Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, organisé par la Cour de cassation et le Laboratoire d'Epistémologie Juridique de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 208.
- JEZE G., « Collaboration du Conseil d'État et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », in. Cassin R., (dir.), *Le Conseil d'État : livre jubilaire pour commémorer son cent-cinquantième anniversaire*, Paris, Recueil Sirey, 1952, p. 348.
- JOUANJAN O., « Une interprétation de la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper », *Droits* 2003, n° 37, p. 31.
- KANAYAMA N., « Les civilistes français et le droit naturel au XIXe siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1989, n° 8, p. 129.
- KELMAN M., « The Force of Precedents in the Lower Courts », 14 *Wayne Law Review* (1967), p. 3.
- KELSEN H.,
- « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, p. 197.

- « Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law ? », 1 *International Law Quarterly* (1947), p. 153.
- KEMPIN F. G., « Precedent and *Stare Decisis* : the Critical Years, 1800 to 1850 », 3 *American Journal of Legal History* (1959), p. 28.
- KING A., « Powerful and Persuasive Reasoning : Using Foreign Precedent to Best Effect », 16 *Australian Law Librarian* (2008), p. 280.
- KIRALFY A., « The Persuasive Authority of American Rulings in England », 23 *Tulane Law Review* (1948), p. 209.
- KOSZOWSKI M., « Legal Analogy as an Alternative to the Deductive Mode of Legal Reasoning », 4 *Indonesian Journal of International and Comparative Law* (2017), p. 73.
- KOZEL R. J., « The Scope of Precedent », 113 *Michigan Law Review* (2014), p. 179.
- KRONMAN A. T., « Precedent and Tradition », 99 *Yale Law Journal* (1990), p. 1029.
- KRYNEN J., « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne) », *RHD* 2008, vol. 86, p. 161.
- LABETOULLE D., « Le juge administratif et la jurisprudence », *Rev. adm.* 1999, numéro spécial n° 5, p. 62.
- LACABARATS A., « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 889.
- LAHIRE B., « Il n'y a de science que critique », *AJJC* 2015, vol. 31, Dossier spécial : « De la possibilité d'un discours constitutionnel critique », études rassemblées par X. MAGNON, p. 27.
- LALLY A., « Le pouvoir normatif du Conseil d'État sous l'éclairage de Marcel Waline », *RFDA* 2014, p. 161.
- LAMOND G., « Legal Sources, the Rule of Recognition and Customary Law », 59 *The American Journal of Jurisprudence* (2014), p. 25.
- LAROUMET Ch., « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP G.* 1997, n° 14, p. 147.
- LE QUINIO A., « Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel français », *RIDC* 2014, n° 2, p. 581.
- LEE R. W., « The Civil Law and the Common Law : a World Survey », 14 *Michigan Law Review* (1915), p. 89
- LEE T. R., « *Stare decisis* in Historical Perspective : From the Founding Era to the Rehnquist Court », 52 *Vanderbilt Law Review* (1999), p. 645.

LELIEVRE F., « Plaidoyer pour la référence à la jurisprudence dans les motifs des décisions des juridictions administratives », *AJDA* 2009, p. 2446.

LEURENT B., « Choix d'un règlement et création de précédents », *Revue de droit des affaires de l'Université Panthéon Assas*, 2008, n° 6, p. 76.

LEVI E. H., « An Introduction to Legal Reasoning », 15 *University of Chicago Law Review* (1948), p. 501.

LEYTE G., « "Le droit commun de la France" : observations sur l'apport des arrêtistes », *Droits* 2003/2, n° 38, p. 53.

LIBCHABER R.,

- « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *RTD civ.* 2000, n° 1, p. 197.
- « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation et le rôle de la doctrine », *RTD civ.* 2000, n° 3, p. 679.
- « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », *RTD civ.* 2002, p. 604.

LINOTTE D., « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA* 1980, p. 632.

LINOTTE D., RIALS S., « Conclusion d'une controverse », *AJDA* 1981, p. 202.

LOUVEL B., « Réflexions à la Cour de cassation », *Dalloz actualités*, 25 juin 2015.

MACCORMICK,

- « Can *Stare decisis* Be Abolished ? », 197 *Juridical Review* (1966), p. 206.
- « Contemporary Legal Philosophy : the Rediscovery of Practical Reason », 10 *Journal of Law & Society* (1983), n° 1, p. 1.
- « Why Cases Have Rationes and What These Are », in. GOLDSTEIN L. (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 155.

MAGNON X.,

- « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *RFDC* 2013, p. 920.
- « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : quelle distance ? quelle expertise ? » *RDP* 2013, n° 1, p. 143.
- « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *RFDC* 2014, n° 100, p. 999.

- « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une "juridiction constitutionnelle", une "cour constitutionnelle" et une "cour suprême" ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Long cours. Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 305.

MALAURIE Ph.,

- « Les précédents et le droit », *RIDC* 2006, n° 2, p. 319.
- « Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété », *D.* 2017, p. 768.

MALHIÈRE F.

- « Le considérant est mort ! Vive les décisions du Conseil constitutionnel ? », *Gaz. Pal.* 24 mai 2016, n° 19, p. 11.
- « Adieu aux considérants ! ; Note sous cons. const., 10 mai 2016, décision n° 2016-539 QPC », *Gaz. Pal.* 5 juillet 2016, n° 25, p. 36.

MALTZ E., « The Nature of Precedent », 66 *North Carolina Law Review* (1988), p. 367.

MARTINAGE-BARANGER R., « Les idées sur la cassation au XVIIIe siècle », *RHD* 1969, vol. 47, p. 244.

MASSART Y., LACABARATS A., « Le service de documentation des études a 60 ans », *BICC* 15 juillet 2007, n° 665.

MASTOR W.,

- « Opiner à voix basse... et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, p. 725.
- « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin. La force d'Hercule et le talon d'Achille », *APD* 2010, p. 309.
- « Point de vue scientifique sur les opinions séparées des juges constitutionnels », *D.* 2010, p. 714.
- « Que reste-t-il, aujourd'hui, de la sociological jurisprudence dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis ? », in Jouanjan O., Zoller E. (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2015, p. 256.

MAURY J., « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Etudes offertes à Georges Ripert, tome 1*, Paris, LGDJ, 1950, p. 28.

MAUS D., « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *RFDC* 2009/4, n° 80, p. 675.

MAZIAU N., « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité : Retour sur l'expérience italienne et les possibilités d'évolutions en France », *D.* 2011, p. 529

MCJOHN S. M., « On Uberty : Legal Reasoning by Analogy and Peirce's Theory of Abduction », *29 Willamette Law Review* (1993), p. 191.

MELLERAY F.,

- « L'imitation des modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA* 2004, n° 23, p. 1224.
- « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA* 2005, n° 12, p. 637.
- « Le *vade-mecum* sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative », *JCP G.* 14 janvier 2019, n° 1-2, p. 75.

MICHAUT F.,

- « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *RIDC* 1987, p. 343.
- « La "bonne réponse" n'est-elle qu'une illusion ? », *Droits* 1989, n° 9, p. 73.

MILLARD E.,

- « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », in. *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, PUAM-Economica, 2005, p. 725.
- « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *RIEJ* 2007/2, vol. 59, p. 59.

MINET A., « La jurisprudence établie : les ambiguïtés d'une notion », *AJDA* 2015, p. 279.

MODERNE F.,

- « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA* 1998, p. 495.
- « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999, p. 722.
- « Sur une méthode d'interprétation du Conseil d'État français : le recours aux principes dont s'inspirent des textes du droit privé », in. *Mélanges Kakouris*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 285.

MOLFESSIS N.,

- « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *RTD civ.* 2000, n° 3, p. 666.
- « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001, p. 699.
- « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD civ.* 2003, n° 3, p. 567.

MOLFESSIS, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004, p. 155.

MONAGHAN H. P., « *Stare decisis* and Constitutional Adjudication », 88 *Columbia Law Review* (1988), p. 723.

MONNIER F., « Justice administrative », *Droits* 2001/2, n° 34, p. 105.

MONTROSE J. L.,

- « Distinguishing Cases and the Limits of *Ratio Decidendi* », 19 *Modern Law Review* (1956), p. 525.
- « *Ratio decidendi* and the House of Lords », 20 *Modern Law Review* (1957), p. 124.
- « The *Ratio Decidendi* of a Case », 20 *Modern Law Review* (1957), p. 587.

MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD A.-M., « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP* 1992. I. 3576.

MORVAN P., « Les visas de principes dans la jurisprudence de la Cour de cassation : inventaire d'un droit "hors-la-loi" », *LPA* 2005, n° 113, p. 5.

MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, n° 3, p. 503.

MÜLLER-CHEN M., « Precedent in Switzerland », in. C. BAUDENBACHER, S. PLANZER (ed.), *International Dispute Resolution : The Role of Precedent*, Stuttgart, German Law Publishers, 2011, p. 13.

MURRAY J. R., « The Role of Analogy in Legal Reasoning », 29 *Ucla Law Review* (1982), p. 833.

NALBANDIAN E. G., « Early Legal Positivism : Bentham and Austin », 2 *Mizan Law Review* (2008), p. 147.

NANCE D. A., « Rules, Standards, and the Internal Point of View », 75 *Fordham Law Review* (2006), p. 1287.

NORMAND J., « L'étendue de la chose jugée au regard des motifs et du dispositif », *BICC*, hors-série, n° 3, 2004 .

O' SULLIVAN R., « Edmund Plowden », 136 *Law and Justice* (1998), p. 19.

- OPPETT B., « Droit commun et droit européen », in. *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1999, p. 311.
- ORAISON A., « Réflexions générales sur la nature des *obiter dicta* enchâssés dans les décisions de justice rendues par la Cour internationale de justice. Le cas de l'*obiter dictum* contenu dans l'arrêt *Barcelona Traction* du 5 février 1970 (Une inflorescence de la doctrine finalisée engagée dans des procédures spécifiques de nature contentieuse au même titre que les opinions individuelles et dissidentes ?) », *RRJ-DP* 2002, p. 1923.
- PALMER V. V., « Two Rivals Theories of Mixed Legal Systems », 3 *Journal of Comparative Law* (2008), p. 7.
- PANNICK D., « A note on Dworkin and Precedent », 43 *Modern Law Review* (1980), p. 36.
- PATON G. W., SAWER G., « *Ratio Decidendi* and *Obiter Dictum* in Appellate Courts », 63 *Law Quarterly Review*, 1947, p. 461.
- PETER MASON G. F., « *Stare Decisis* in the Court of Appeal », 19 *Modern Law Review* (1956), p. 136.
- PERRY S.,
- « Judicial Obligation, Precedent and the Common Law », 7 *Oxford Journal of Legal Studies* (1987), pp. 215-257
 - « Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory », 62 *Southern California Law Review* (1989), p. 913.
 - « Hart on Social Rules and the Foundations of Law : Liberating the Internal Point of View », 75 *Fordham Law Review* (2006), p. 1171.
- PFERSMANN O.,
- « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », RIDC 2001, n° 2, p. 285.
 - « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », RFDC 2002/2, n° 50, p. 279.
 - « Le problème des normes paratopiques », in. *Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 549.
- PICARD E., « L'état du droit comparé en France, en 1999 », RIDC 1999, n° 4, p. 885.
- PIERI G., « *Ius et iurisprudentia* », *APD*, 1985, vol. 30, p. 53.
- PLUCKNETT T., « The Genesis of Coke's Reports », 27 *Cornell Law Quarterly* (1942), p. 190.
- POLLOCK F., « The Snail in the Bottle, and Thereafter », 49 *Law Quarterly Review* (1933), p. 22.

- PONTHOREAU M.-C., « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP* 1994, p. 747.
- POSNER R., « Reasoning by analogy », 91 *Cornell Law Review* (2005-2006), p. 761.
- POSTEMA G.
- « Some Roots of our Notion of Precedents », in. L. GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, New-York, Oxford University Press, 1987, p. 9.
 - « On the Moral Presence of Our Past », 31 *McGill Law Journal* (1991), p. 1153.
 - « Classical Common Law Jurisprudence (Part I) », 2 *Oxford University Commonwealth Law Journal* (2002), p. 155.
 - « Classical Common Law Jurisprudence (Part II) », 3 *Oxford University Commonwealth Law Journal* (2003), p. 1.
 - « Custom, Normative Practice and the Law », 62 *Duke Law Journal* (2012), p. 707.
- POUYAUD D., « Les avis contentieux du Conseil d'État et de la Cour de cassation », in. *Mouvement du droit public. Mélanges F. Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 327.
- POWELL D., « Coke in Context : Early Modern Legal Observation and Sir Edward Coke's Reports », 21 *Journal of Legal History* (2000), p. 33.
- PROUDET J.-F., « Réflexions sur la preuve de la coutume devant les juridictions royales françaises au XIII^e et XIV^e siècles, notamment le rôle de l'enquête par turbe », *RHD* 1987, vol. 65, p. 71.
- PUGSLEY D.,
- « Two Systems of Precedent », 15 *Law Teacher* (1981), p. 7.
 - « London Tramways », 17 *Journal of Legal History* (1996), p. 172.
- RABBAN D. M., « Pound's sociological jurisprudence : European roots and American applications », in. Jouanjan O., Zoller E. (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2015, p. 113.
- RAPOPORT C., « Absence de mixité pour l'accord de stabilisation et d'association UE-Kosovo : précédent ou exception ? », *RTD eur.* 2016, p. 125.
- RE R. M., « Narrowing Precedent in the Supreme Court », 114 *Columbia Law Review* (2014), p. 1861.
- REID K. G. C., « The Idea of Mixed Legal Systems », 78 *Tulane Law Review* (2003), p. 5.
- RENOUX-ZAGAME M.-F., « Royaume de la loi : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Justices*, 1998, n° 9, p. 17.

RIALS S., « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge », *AJDA* 1981, p. 115.

RIGAUX A., SIMON D., « Le précédent dans la jurisprudence du juge de l'Union », in. *Europe(s), droit(s) européen(s) : une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 547.

RIVERO J.,

- « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », *D.* 1951, p. 22.
- « Le Conseil d'État, Cour régulatrice », *D.* 1954, chron. XXVIII, p. 157.
- « Le phénomène d'imitation des modèles étrangers en droit administratif français », in. *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, tome 3, p. 619.
- « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.* 1972, chron., p. 265.

ROBLOT-TROIZIER A.,

- « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA* 2013, p. 945.
- « La genèse de la Section du rapport et des études : la Commission Noël et les décrets de 1963 », *RFDA* 2015, p. 221.

RODGER A., « Lord MacMillan's Speech in *Donoghue v. Stevenson* », 108 *Law Quarterly Review* (1992), p. 236.

ROLIN F., « Pour un "discours sur la méthode" du contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception », *AJDA* 2010, p. 2384.

ROSENFELD M., PHILIPPE X., SCOFFONI G., FATIN-ROUGE STEFANINI M., « Rapprochements et divergences persistantes des systèmes juridiques de *Civil Law* et de *Common Law* », *AIJC* 2008, n° 24, p. 33.

ROUSSEAU D., « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.* 2010, n° 294, p. 12.

SABETE W., « De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel », *AJDA* 2011, p. 885.

SAINT-BONNET F.,

- « Le pouvoir normatif des anciens juges. Le contrôle juridictionnel a priori des lois du Roi », *CCC* 2008, n° 24, p. 86.
- « Le contrôle a posteriori : les parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi », *CCC* 2010, n° 28, « Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité », p. 23.

- SALMOND J. W., « The Theory of Judicial Precedent », 16 *Law Quarterly Review* (1900), p. 379.
- SAMUEL G., « Droit comparé et théorie du droit », *RIEJ* 2006, p. 57.
- SARGOS P., « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation : les garde-fous des excès du droit », *JCP G.* 2001, n° 12, p. 589.
- SAUVE J.-M., « 60 ans du CRDJ et de la chronique *AJDA* », *AJDA* 2014, p. 73.
- SAUVEL T.,
- « Histoire du jugement motivé », *RDP* 1955, p. 5.
 - « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, chr., p. 94
 - « Le Tribunal de cassation de 1791 à 1795 », *EDCE* 1958, n° 12, p. 179.
 - « La "justice retenue" de 1806 à 1872 », *RDP* 1970, p. 237.
- SCHAUER F.,
- « Precedent », 39 *Stanford Law Review* (1987), p. 571.
 - « Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy », *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, n° 6, nov. 2008, p. 454.
 - « Analogy in the Supreme Court : Lozman v. City of Rivera Beach, Florida », *The Supreme Court Review*, vol. 2013, n° 1, 2014, p. 405.
- SCHAUER F., SPELLMAN B. A., « Analogy, Expertise and Experience », 84 *University of Chicago Law Review* (2017), p. 249.
- SCHOLASTIQUE E., « L'image d'une cassation : l'arrêt *Metaleurop* », in. *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 503.
- SCHRAMECK O.,
- « Le secrétariat général du Conseil constitutionnel », *RFDA* 1994, p. 1210.
 - « Les aspects procéduraux des saisines », in. *Vingt ans de saisines parlementaire du Conseil constitutionnel, journée d'études du 16 mars 1994*, Paris, PUAM-Economica, 1995, p. 83.
- SCOFIELD R. G., « Goodhart's Concession : defending *ratio decidendi* from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century », 16 *King's College Law Journal* (2005), p. 311.
- SEILLER B., « Le développement : de la Commission du rapport à la Section du rapport et des études », *RFDA* 2015, p. 231.
- SEIPP D. J., « Bracton, the Year Books and the "Transformation of Elementary Legal Ideas" in the Early Common Law », 7 *Law and History Review* (1989), p. 175.
- SELLERS M. « The Doctrine of Precedent in the United States of America », 54 *The American Journal of Comparative Law* (2006), p. 67.

- SERGENE A., « Le précédent judiciaire au moyen âge », *RHD* 1961, p. 224.
- SEVERINO C., « Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2012, p. 43.
- SHAPIRO S. J., « What is the Internal Point of View ? », 75 *Fordham Law Review* (2006), p. 1157.
- SIMON D., « "Il y a toujours une première fois" : à propos de la décision 2013-314P QPC du Conseil constitutionnel du 4 avril 2013 », *Europe* mai 2013, étude 5.
- SIMPSON A. W. B., « The *ratio decidendi* of a case », 21 *Modern Law Review* (1958), p. 155.
- SINCLAIR M., « Precedent, Super-Precedent », 14 *George Mason Law Review* (2007), p. 363.
- SOPER E. Ph., « Legal Theory and the Obligation of a Judge : the Hart/Dworkin Dispute », 75 *Michigan Law Review* (1977), p. 473.
- SPITZ P.-E., « La question de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in. D. Rousseau (dir.), *Le Conseil constitutionnel en questions*, Paris, l'Harmattan, 2004, p. 117.
- STAHL J.-H., « Dire et faire. Brèves remarques sur ces deux fonctions du Conseil d'État », in. *Juger l'administration, administrer la justice : mélanges Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 783.
- STAINER P., KÖNIG D., « The Concept of *Stare Decisis* in the German Legal System – A Systematically Inconsistent Concept with High Factual Importance », 27 *Studia Iuridica Lublinensia*, (2018), p. 121.
- STIRN B.,
- « Le meilleur compagnon de la jurisprudence », *AJDA* 2014, p. 87.
 - « Entretien », *JCP A*. 26 décembre 2018, n° 51-52, p. 931.
- STONE J., « The *ratio* of the *ratio decidendi* », 22 *Modern Law Review* (1959), p. 597.
- SUDRE F.,
- « A propos de l'autorité d'un "précédent" en matière de protection des droits des minorités », *RTDH* 2001, n° 47, p. 887.
 - « La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », in. H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, 2008, p. 171.
- SUNSTEIN C. R., « Commentary on Analogical Reasoning », 106 *Harvard Law Review* (1993), p. 741.
- TEXIER P., « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », *Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales : La motivation, t. III*, Limoges, 1998, Paris, 2000, p. 5.

- THERON S., « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *RFDA* 2004, p. 230.
- TOUFFAIT A., TUNC A., « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487.
- TOURNAUX S., « L'obiter dictum de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2011, p. 45.
- TRACOL X., « La valeur juridique des décisions des Chambres d'appel des juridictions pénales internationales : la règle du précédent judiciaire ou principe *Stare Decisis* », *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2010, n° 3, p. 573.
- TRIKAMDAS P., « The Supreme Court of India », 8 *Journal of the International Commission of Jurists* (1967), p. 81.
- TROPER M.,
- « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », in. *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1974, p. 133.
 - « La Pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amssek », *RDP* 1978, p. 1523.
 - « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs* 1981, n° 16, p. 5.
 - « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue Internationale de Philosophie* 1981, p. 518.
 - « Hans Kelsen et la jurisprudence », *APD* 1985, p. 83.
 - « Les juges pris au sérieux. À propos de la théorie du droit de R. Dworkin », *Droit et société*, 1985, n° 2, p. 41.
 - « Autorité et raison en droit public français », in. Haarscher G., Ingber L., Vander Elst R., Vassart P., *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du Centre National de Recherches de logique, Nemesis, 1988, p. 103.
 - « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC* 1990, n° 1, p. 31.
 - « La fonction de juger est-elle un pouvoir ? », *Revue politique et parlementaire* 1991, n° 954, p. 31.
 - « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, 1991, n° 64, p. 187.
 - « La démocratie continue et le juge constitutionnel », in. Rousseau D. (dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ, 1993, p. 125.
 - « A propos de la théorie réaliste de l'interprétation. Réplique à Denys de Béchillon », *RRJ-DP* 1994, n° 1, p. 267.
 - « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in. *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, PUAM-Economica, 2001, p. 49.

- « La force des précédents et les effets pervers en droit », in. *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, « Léviathan », 2001, p. 163.
 - « Ross, Kelsen et la validité », *Droit et Société* 2002, n° 50, p. 43.
 - « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC* 2002/2, n° 50, p. 335.
 - « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel », in. Zoller E. (dir.), *Marbury v. Madison 1803-2003*, Paris, Dalloz, 2003, p. 215.
- TROPER M., GRZEGORCZYK Ch., « Precedent in France », in. N. MacCormick, R. Summers, (ed.), *Interpreting Precedents : a Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, Brookfield, Ashgate, 1997, p. 103.
- TUNC A., « The not so Common Law of England and the US or Precedent in England and in the US. A Field Story by an Outsider », *47 Modern Law Review* (1984), p. 150.
- UNDERHAY F. C. , « Manufacturer's Liability : Recent Developments of *Donoghue v. Stevenson* », *54 South African Law Journal* (1937), p. 52.
- VEDEL G.,
- « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979-1980, p. 31.
 - « Le précédent judiciaire en droit public français », *RIDC* 1984, n° spéc. Vol. 6, p. 265.
- VIALA A.
- « De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP* 2001, n° 3, p. 777.
 - « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *RIEJ* 2011, n° 2, p. 105.
 - « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrétiste. Questions de méthode », *RDP* 2016, n° 4, p. 1137.
- VIDAL-NAQUET A., « La pratique des *obiter dicta* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in. Raimbault Ph., Hécquard-Théron M. (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Lextenso éditions, p. 247.
- VISSCHER (de) F., « La jurisprudence romaine et la notion d'*auctoritas* », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, tome 1*, Paris, Recueil Sirey, 1934, p. 32.
- WACHSMANN P.,
- « La jurisprudence administrative », in. P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif, tome 1*, Paris, Dalloz, 2011, p. 564.
 - « Ôtez ces considérants que je ne saurais voir », *D.* 2016, p. 1553.

- WAELEKENS L., « L'origine de l'enquête par turbe », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1985, vol. 53, p. 337.
- WALINE M., « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in. *La technique et les principes du droit public : études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, vol. 2, p. 613.
- WEINRIB E.,
- « Toward a Moral Theory of Negligence Law », 2 *Law and Philosophy* (1983), p. 37.
 - « The Insurance Justification and Private Law », 14 *Journal of Legal Studies* (1985), p. 681.
- WIJFFELS A., « La motivation des décisions judiciaires », in. F Hourquebie, M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 142.
- WINFIELD P. H., « Abridgments of the Year Books », 37 *Harvard Law Review* (1923-1924), p. 214.
- WRIGHT D., « Precedents », 42 *Cambridge Law Journal* (1943), p. 118.
- WROBLEWSKI J., « Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision », 5 *Rechtstheorie* (1974), p. 33.
- XIFARAS M., « L'École de l'Exégèse était-elle historique ? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny », in. J.-F. Kervégan, H. Mohnhaupt (dir.), *Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, Francfort, Klostermann, 2001, p. 177.
- ZAGREBELSKY G., « La doctrine du "droit vivant" » *AIJC* 2-1986, 1988, p. 55.
- ZENATI-CASTAING F.
- « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992, p. 247.
 - « La nature de la Cour de cassation », *BICC* 15 avril 2003, n° 575.
 - « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 153.
- ZIPURSKY B. C., « Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules », 75 *Fordham Law Review* (2006), p. 1229.
- ZOLLER E.,
- « La Cour suprême des États-Unis d'Amérique : Présentation », *NCCC* 1998, n° 5, p. 34
 - « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits* 2000, n° 32, p. 126.
 - « Avantages et inconvénients du système américain de *writ of certiorari* », *RUDH* 2002, 7-8, p. 278.

RAPPORTS, ETUDES, TRAVAUX ET AVIS

Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, avril 2012.

Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avril 2017.

Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, décembre 2018.

JURISCLASSEURS, ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES ET REPERTOIRES

BORE J., BORE L.,

- « Cour de cassation », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, septembre 2015.
- « Pourvoi en cassation », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, décembre 2015 (actualisation juin 2019).

BOUTY C., « Chose jugée », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2018 (actualisation mars 2019).

DELVOLVE P., « Conseil d'État », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2012 (actualisation avril 2017).

DEUMIER P., « Jurisprudence », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, novembre 2017 (actualisation juillet 2019).

EUDIER F., GERBAY N., « Jugement », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, octobre 2018 (actualisation mai 2019).

FERRAND F., « Appel », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mai 2018 (actualisation juillet 2019).

FLORES Ph., « Question préjudicielle », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2014.

GAUDEMET Y., « Appel », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, décembre 1985 (actualisation : mars 2014).

GENEVOIS B., GUYOMAR M.,

- « Principes généraux du droit : principes de philosophie politique », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2018.
- « Principes généraux du droit : principes de technique juridique », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2018.
- « Principes généraux du droit : panorama d'ensemble », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2017.

HAÏM V., « Le jugement », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, Juin 2017 (actualisation avril 2019).

SEILLER B., « Questions préjudicielles », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, septembre 2014 (actualisation janvier 2019).

STAHL J.-H., « Recours en cassation », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, avril 2019.

TOUVET L., « Compétences du Conseil d'État : attributions contentieuses », *JCl administratif*, LexisNexis, fasc. 1070.

SITES INTERNET

<http://atilf.atilf.fr/>

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/>

<https://www.conseil-etat.fr/>

<https://www.courdecassation.fr/>

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

<https://plato.stanford.edu/>

INDEX DES NOTIONS

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Adjudicative theory : **387**.

Analogie : **318 et s.**

Anti-formalisme : 79.

Argumentation : **391-394**.

Arrêt de principe, v. *Décision de principe*.

Arrêt d'espèce, v. *Décision d'espèce*.

Aspect interne des règles, v. *Points de vue interne/externe*

Attendus de principe : **193**.

Avis contentieux : **146-147** ; 279 ; 304 ; 431.

Avocat général près la Cour de cassation :
253 ; 255-256 ; 418-419.

C

Cassation (technique de) :

- Approche générale : **134 et s.**
- Historique : **109 et s.**

Centre de Recherche et de Diffusion
juridique : **226** ; 250 ; 427 ; 429.

Chambre des Lords : 31 ; 282-283 ; 332.

Chronique AJDA : **250-252** ; 429-430.

Civil law : 6-7 ; 12.

Common law : 3-6 ; 17 ; 20 ; 29-32.

Commentaires institutionnels : **245 et s.** ;
425-430.

Communiqué de presse : 220 ; **234**.

Conclusions : **253-257** ; 280 ; 395 ; 418-420,
v. aussi : *Avocat général* ; *Rapporteur
public*.

Conseil constitutionnel : 15 ; 125-128 ;
129 ; 144-145 ; 219-221.

- v. *Opinions séparées*
- v. *Secrétaire général*

Conseil d'État : 15 ; 119-124 ; 131-133 ;
142-143 ; 213-215.

- v. *Chronique AJDA*
- v. *Considérant de principe*
- v. *Centre de Recherche et de Diffusion
juridique*
- v. *Rapporteur public*

Cour de cassation : 15 ; 117-118 ; 216.

- v. *Avocat général*
- v. *Service de Documentation, des Études
et du Rapport*
- v. *Cassation (technique de)*
- v. *Visas de principe*

Cour de justice de l'Union européenne : 7 ;
15 ; 206 ; 247.

Cour européenne des droits de l'homme :
7 ; 11 ; 15 ; 124 ; 217 ; 254 ; 292.

Cour souveraine (modèle) : **103-106**.

Cour suprême :

- des États-Unis : 152 ; 284.
- du Royaume-Uni : 152 ; 358.
- modèle : 103 ; 105.

Coutume : 50-51 ; 56 ; 84-85 ; 360 ; 363.

D

Décision de principe : **191**.

Décision d'espèce : **192**.

Distinguishing : 101 ; 286 ; **333**.

Double degré de juridiction : 25 ; **298**.

Droit comparé (méthode de) : **18-19**.

Droit coutumier, v. *Coutume*.

E

Empirisme : 78-79.

État de droit : **8** ; 92 ; 128.

F

Fonction consultative, v. *Avis contentieux*.

G

Grand arrêt (notion de) : **242-243**.

J

Juges du fond

- Appréciation souveraine : **305-306**.
- Office : **297**, v. aussi *Office précédentiel*.
- Résistances : **307 et s.**
- Participation à l'élaboration des précédents : **151**.

Jurisprudence

- Constante : **271-273** ; 431.
- Définition : **26**.
- Différence avec le précédent : **27-28**.
- Etablie : **274-275**.
- Revirement de : 284 ; 291-292.

L

Légicentrisme : 35 ; 46 ; 52.

M

Motifs de principe : **182 et s.**, v. aussi *Arrêt de principe*.

Motivation

- Histoire : **160 et s.**
- Obligation de : **174-176** ; 177-180.

O

Obiter dictum : 10-11 ; 167 ; **203** ; 205 et s.

Office précédentiel : **105**, v. aussi *Cour souveraine*.

Opinions séparées : **424** ; 430.

Overruling : 31 ; **285**.

P

Parlements d'Ancien Régime : 54-55 ; 57-61 ; 107.

Points de vue interne/externe : 361 ; **381-382** ; 395-396.

Practice Statement : 31 ; **283** ; 358.

Précédent :

- En *common law* : 30-32.
- Définition générale : **21 et s.**
- Hiérarchisation : 235-239.
- Pratique précédenielle (définition) : **39**.
- Raisonnement précédeniel (définition) : **316**.
- Règle du : **355**.

Prémises :

- Majeure : 70.
- Mineure : 69
- v. aussi :
Raisonnement déductif/inductif ;
Syllogisme judiciaire.

Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : **407-408**.

Principes généraux du droit : **404-405**.

Q

Qualification juridique des faits : 149 ; 306 ; 340, v. aussi *Juges du fond*.

R

Raison pratique : **384-390**.

Raisonnement :

- Déductif : **337** ; 342.
- Inductif : **338**.
- Précédeniel, v. *Précédent*.
- v. aussi : *Prémises* ; *Syllogisme*.

Rapport annuel : 225 ; **233** ; 235 ; 237 ; 314.

Rapporteur public : **254** ; 256 ; 280 ; 418-419.

Ratio decidendi : 94 ; 99-101 ; 167 ; 184 ; **199-202** ; 207 ; 211 ; 286 ; 330-331 ; 354.

Règle de justice : **321** ; 386 ; 394.

Règle de reconnaissance : **361** ; 381-382 ; 396-397, v. aussi *Points de vue interne/externe*.

Règle du précédent, v. *Précédent*.

Réserves d'interprétation : **195**, v. aussi *Conseil constitutionnel*

Revirement, v. *Jurisprudence*.

Rhétorique : 23 ; 320 ; **391-394** ; 397, v. aussi *Argumentation*.

S

Service de Documentation, des Études et du Rapport : **229** ; 248 ; 427.

Secret des délibérés : 186 ; **417** ; 423.

Secrétaire général du Conseil constitutionnel : 227 ; 231 ; 246-247 ; 253 ; 421-422 ; 425-426.

Séparation des pouvoirs : 37 ; **62-66** ; 67.

Stare decisis : 282 ; **356-358** ; 359 et s., v. aussi
Règle du précédent.

Subsomption : **340-341.**

Syllogisme judiciaire : 68 ; 73 ; 177 ; **343-345** ; 374 ; 377 ; 391.

T

Théorie des contraintes juridiques : **91** ;
376.

Théorie réaliste de l'interprétation : **86-90** ;
375.

Travaux préparatoires : **418-420.**

Tribunal de cassation : **112-116.**

V

Visas de principe : **413-414**

INDEX DES PRINCIPAUX AUTEURS CITES

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

- BIGOT** (Grégoire) : 121-122 ; 213.
- BOBBIO** (Norberto) : 391.
- BOUCOBZA** (Isabelle) : 36 ; 377.
- CHAMPEIL-DESPLATS** (Véronique) : 73 ; 339.
- CROSS** (Rupert), **HARRIS** (James) : 202-203 ; 211 ; 356 ; 379.
- DEUMIER** (Pascale) : 151 ; 238 ; 260 ; 287 ; 302 ; 351 ; 372 ; 416 ; 418 ; 431.
- DOROLLE** (Maurice) : 319.
- DUXBURY** (Neil) : 99 ; 152 ; 167 ; 281 ; 330 ; 379 ; 388.
- DWORKIN** (Ronald) : 390.
- GENEVOIS** (Bruno) : 236 ; 238-239.
- GENY** (François) : 79 ; 84.
- GOLTZBERG** (Stefan) : 186 ; 325.
- GRENET** (Paul) : 24 ; 319.
- HART** (Herbert) : 361 ; 381.
- KELSEN** (Hans) : 24 ; 145 ; 328 ; 371 ; 373.
- KRYNEN** (Jacques) : 54 ; 60 ; 108.
- LAMOND** (Grant) : 322.
- LEVI** (Edward) : 323.
- MACCORMICK** (Neil) : 24 ; 94 ; 157 ; 184 ; 202 ; 357 ; 385 ; 392-393.
- MAGNON** (Xavier) : 104 ; 127.
- MALHIERE** (Fanny) : 212.
- MASTOR** (Wanda) : 158 ; 390 ; 424.
- MELLERAY** (Fabrice) : 131-132 ; 215.
- MOLFESSIS** (Nicolas) : 288.
- OLBRECHTS-TYTECA** (Lucie) : 320.
- PERELMAN** (Chaïm) : 320 ; 321 ; 334 ; 339 ; 385-386 ; 391-394.
- PERRY** (Stephen) : 387 ; 388-390.
- PETIT** (Jacques) : 213.
- RAZ** (Joseph) : 388.
- SAUVEL** (Tony) : 9 ; 168 ; 172.
- SCHAUER** (Frederick) : 324 ; 325 ; 328.
- SPASSOÏEVITCH** (Jean) : 336.
- STIRN** (Bernard) : 215 ; 226 ; 252.
- TROPER** (Michel) : 36 ; 86 ; 88 ; 90 ; 175 ; 182 ; 369 ; 380.
- TUNC** (André) : 32 ; 99 ; 158 ; 216 ; 358.
- VEDEL** (Georges) : 9 ; 27 ; 131-132 ; 213 ; 370 ; 403.
- ZANDER** (Michael) : 203 ; 286.
- ZENATI-CASTAING** (Frédéric) : 9 ; 116 ; 151 ; 304.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	5
SOMMAIRE	7
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	9
INTRODUCTION	13
§ 1. La réception française de la notion de précédent.....	14
A – Une réception conditionnée par une certaine vision du <i>common law</i>	14
B – Une réception favorisée par un contexte propice à la reconnaissance du pouvoir normatif du juge.....	17
§ 2. La nécessité d’une étude sur la notion de précédent en France	23
A – Un intérêt doctrinal récent pour la notion de précédent	23
B – Une absence de réflexion générale sur le précédent en France.....	25
§ 3. Orientations méthodologiques pour l’identification du précédent en France.....	28
A – Délimitations du champ de l’étude.....	28
B – Droit comparé et recours aux concepts du <i>common law</i>	30
§ 4. Définition de l’objet d’étude	33
A – Définition générale du précédent juridictionnel.....	33
B – Une notion à distinguer de celle de jurisprudence	37
C – Déclinaisons de systèmes précédentiels particuliers	40
§ 5. Problématique et plan.....	45
A – L’émergence d’un modèle français spécifique de précédent.....	46
B – Les paradoxes d’un système de précédent dans une culture légaliste.....	47
C – Formulation finale de la thèse et plan retenu.....	49
PREMIERE PARTIE : L’ELABORATION DU PRECEDENT : LA CREATION D’UNE NORME GENERALE DE JUGEMENT	55
TITRE I : L’EMERGENCE DU PRECEDENT DANS UN SYSTEME LEGICENTRISTE	57
Chapitre I : Le précédent conçu comme la formulation d’une norme générale.....	59
Section 1. La négation légicentriste du précédent.....	61
§ 1 – La nécessité légicentriste d’exclure le précédent des sources du droit.....	61
A – L’avènement progressif de la loi comme source exclusive du droit.....	61

B – L’annihilation nécessaire de la normativité des précédents héritée de l’Ancien Régime.....	66
§ 2 – La dimension prescriptive de la doctrine révolutionnaire sur la fonction de juger	72
A – L’interprétation spécifiquement révolutionnaire de la séparation des pouvoirs...	72
B – La mécanisation de l’acte de juger : une doctrine éminemment prescriptive.....	76
§ 3 – Le rejet de la normativité des précédents par la doctrine post-révolutionnaire.....	78
Section 2 : La construction d’une conception légicentrée du précédent	84
§ 1 – Le recours aux canons légalistes pour expliquer la normativité des précédents	84
A – Le tournant empiriste de la fin du XIXe siècle : la prise de conscience du fait précédentiel.....	84
B – Les tentatives d’explication de la normativité juridique des précédents par l’école réaliste moderne.....	86
1) <i>La prédominance de l’explication de type législatif</i>	87
2) <i>Le caractère plus marginal de l’explication coutumière</i>	89
C – La reconnaissance maximale de la normativité des précédents par la théorie réaliste de l’interprétation	91
§ 2 – Le précédent conçu comme une loi dite par le juge	96
A – Le précédent, une norme générale et abstraite de type législatif.....	96
B – Le précédent, une norme explicitement légiférée.....	100
Conclusion du chapitre I.....	104
Chapitre II : Le précédent, norme générale formulée par une cour souveraine	105
Section 1. La vocation des cours souveraines à créer des normes générales	107
§ 1 – L’institution de la Cour de cassation comme modèle premier de la cour souveraine	107
A – L’apparition progressive du modèle de cour souveraine : le développement de la cassation sous l’Ancien Régime.....	107
B – La création du Tribunal de cassation dans la continuité du Conseil des parties.....	110
C – La Cour de cassation, fruit du caractère législatif du Tribunal de cassation.....	114
§ 2 – Le développement du modèle de cour souveraine avec le Conseil d’État et le Conseil constitutionnel	116
A – Éléments de rapprochements avec la Cour de cassation	116
1) <i>Une genèse non juridictionnelle</i>	116
2) <i>Des contentieux de nature essentiellement abstraite</i>	123
B – Éléments de spécificité du Conseil d’État : la construction prétorienne du droit administratif.....	125
Section 2. Identification de l’office précédentiel des cours souveraines.....	128

§ 1 – L'exercice de l'office précédentiel dans le cadre de la fonction de cassation	128
A – Approche générale sur la technique de cassation.....	128
B – Influence de la technique de cassation sur l'office précédentiel.....	131
§ 2 – L'exercice de l'office précédentiel en dehors de la fonction de cassation	133
A – L'office précédentiel du Conseil d'État en dehors de sa fonction de cassation .	134
B – L'office précédentiel du Conseil constitutionnel.....	136
C – Les avis contentieux devant le Conseil d'État et la Cour de cassation.....	138
§ 3 – Un exercice exclusif de l'office précédentiel par la cour souveraine	139
Conclusion du chapitre II.....	144
Conclusion du titre I	145
TITRE II : LA MOTIVATION, LIEU D'EXPRESSION DE LA NORMATIVITE DU PRECEDENT.....	147
Chapitre I : L'identification du précédent dans les motifs du jugement	149
Section 1. L'apparition historique du précédent avec la motivation des jugements	151
§ 1 – Lien entre développement de la motivation des jugements et système précédentiel	151
A – Développement de la motivation et doctrine du précédent obligatoire : le cas de l'Angleterre	151
1) <i>Une longue absence de motivation substantielle.....</i>	<i>152</i>
2) <i>Apparition d'une motivation substantielle véritablement identifiable au milieu du XIXe siècle 154</i>	
B – La motivation des décisions de justice dans la France médiévale et d'Ancien Régime.....	155
§ 2 – L'émergence du précédent en France à la Révolution avec l'obligation de motiver les décisions de justice.....	158
A – L'obligation de motiver, une exigence du légicentrisme révolutionnaire	159
1) <i>Une demande limitée de motivation à la fin de l'Ancien Régime</i>	<i>159</i>
2) <i>Contenu de l'obligation de motiver : la motivation « contrôle »</i>	<i>160</i>
B – L'obligation de motiver, fondement paradoxal du précédent à la française.....	162
Section 2. La formulation du précédent dans les « motifs de principe »	165
§ 1 – Définition des motifs de principe.....	165
A – Une prescription présentée comme une justification	165
B – Identification des motifs de principe en droit positif français.....	171
1) <i>La décision de principe faisant précédent</i>	<i>171</i>
2) <i>Attendus et considérants de principe</i>	<i>173</i>
3) <i>Le cas particulier des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel.....</i>	<i>176</i>

4) <i>Des précédents sans motif de principe</i>	177
§ 2 – Sur la distinction entre <i>ratio decidendi</i> et <i>obiter dictum</i> en France.....	179
A – Rappel de la distinction entre <i>ratio</i> et <i>obiter</i> en <i>common law</i>	179
B – Un recours accru à la notion d’ <i>obiter dictum</i> en France.....	184
1) <i>Le constat d’un intérêt récent pour la notion : le tournant des années 2010</i>	184
2) <i>Réflexions sur l’opportunité de cet emprunt terminologique</i>	186
§ 3 – L’impact des récentes réformes de la rédaction et de la motivation des décisions des cours souveraines.....	190
A – Le Conseil d’État.....	191
B – La Cour de cassation.....	194
C – Le Conseil constitutionnel.....	197
Conclusion du chapitre I.....	200
Chapitre II : Le redéploiement de la normativité du précédent au-delà du jugement	201
Section 1. L’importance de la diffusion des décisions pour la normativité du précédent.....	203
§ 1 – L’évolution de la communication des cours souveraines.....	203
A – Le développement des services de documentation des cours souveraines.....	203
B – Les différents moyens de communication des précédents.....	206
1) <i>Le rôle des sites internet</i>	206
2) <i>Les différents relais de diffusion des précédents</i>	207
§ 2 – La hiérarchisation des précédents.....	211
A – La hiérarchisation dans la publication des précédents.....	211
B – Les grands arrêts : une « codification » doctrinale des précédents les plus importants.....	216
Section 2. La maîtrise par la cour souveraine de l’interprétation des précédents.....	220
§ 1 – La pratique des commentaires institutionnels du précédent.....	220
A – Les commentaires officiellement institutionnels.....	220
B – Les commentaires officieusement institutionnels : la chronique à l’AJDA.....	225
§ 2 – Le rôle de la publication des conclusions pour l’interprétation des précédents ...	228
§ 3 – Confusion normative et regard doctrinal critique.....	232
Conclusion du chapitre II.....	236
Conclusion du titre II	237
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	239

**DEUXIEME PARTIE : LA RECEPTION DU PRECEDENT : L'APPLICATION D'UNE
NORME GENERALE DANS UN CADRE LEGALISTE241**

TITRE I : UNE APPLICATION DES PRECEDENTS SUR LE MODE DE L'APPLICATION DES LOIS.....243

**Chapitre I : L'application des précédents dans le système juridictionnel français
moderne 245**

Section 1. L'application libre des précédents par la cour souveraine247

§ 1 – L'inscription de la décision dans une jurisprudence constante247

A – La notion de jurisprudence constante.....247

1) *La dualité de la notion de jurisprudence constante*.....247

2) *Différence avec la jurisprudence établie*.....249

B – Le recours à la notion de jurisprudence constante par les cours souveraines252

1) *La prise en compte de l'interprétation jurisprudentielle constante en QPC*.....252

2) *La jurisprudence constante devant le Conseil d'État et la Cour de cassation*254

§ 2 – Les revirements de jurisprudence : l'abandon libre d'un précédent256

A – La liberté de revenir sur un précédent256

1) *Stare decisis et revirement en common law*.....257

2) *La liberté des cours souveraines d'opérer des revirements*.....262

B – Une liberté encadrée et limitée265

1) *Les exigences de justification des revirements*265

2) *Les facteurs de revirements extérieurs à la volonté de la cour*.....266

Section 2 : L'application contrainte des précédents par les juges du fond270

§ 1 – L'application des précédents au même titre que la loi.....270

**A – L'office du juge du fond distinct de l'office précédentiel des cours souveraines
.....270**

B – Une application des précédents dans un ordre juridictionnel hiérarchisé271

1) *La hiérarchisation par le double degré de juridiction et la cassation*.....271

2) *L'influence de la technique de cassation sur le respect des précédents par les juges du fond*....273

**3) *La limite à l'autorité précédente des cours souveraines : le pouvoir d'appréciation souveraine
des juges du fond*.....279**

§ 2 – Les hypothèses de résistance des juges du fond.....280

**A – Les résistances des juges du fond : une hypothèse spécifique à l'ordre judiciaire
.....281**

**B – Les juges du fond de l'ordre administratif : une participation à l'élaboration des
précédents davantage qu'une résistance286**

Conclusion du chapitre I.....289

Chapitre II : Le caractère législatif du raisonnement précédentiel français.....	291
Section 1. Un raisonnement précédentiel faiblement analogique.....	293
§ 1 – Définition du raisonnement par analogie.....	293
A – Identification du raisonnement par analogie au sens général.....	293
B – Identification du raisonnement par analogie en droit.....	295
1) <i>Le recours à l’analogie dans le domaine juridique</i>	296
2) <i>La distinction entre analogie et précédent</i>	299
§ 2 – Le recours à l’analogie dans le raisonnement précédentiel.....	303
A – Le caractère fortement analogique du raisonnement précédentiel de <i>common law</i>	304
1) <i>L’analogie comme enrichissement de la ratio decidendi</i>	304
2) <i>L’absence d’analogie comme justification du distinguishing</i>	307
B – Le caractère faiblement analogique du raisonnement précédentiel français.....	308
1) <i>L’existence d’un cadre de significations préalablement fixé par le précédent</i>	308
2) <i>L’analogie en France : une technique d’interprétation</i>	310
Section 2 : Un raisonnement précédentiel essentiellement déductif.....	312
§ 1 – Application des précédents et raisonnement déductif.....	312
A – Rappel de la distinction entre raisonnement déductif et inductif.....	312
B – Le raisonnement précédentiel comme raisonnement déductif.....	315
§ 2 – Un raisonnement précédentiel formellement syllogistique.....	317
A – Le syllogisme comme structure classique des décisions de justice.....	318
B – Le recours au syllogisme dans le raisonnement précédentiel français.....	320
Conclusion du chapitre II.....	323
Conclusion du titre I.....	325
TITRE II : UNE PRATIQUE PRECEDENTIELLE DISSIMULEE.....	327
Chapitre I : La reconnaissance d’une règle matérielle du précédent.....	329
Section 1. L’absence d’une règle formelle du précédent dans le système français.....	331
§ 1 – Distinction entre précédent et règle du précédent.....	331
A – Deux degrés de normativité : la règle du précédent et la règle issue du précédent	331
B – La règle <i>stare decisis</i> : fondement normatif à l’obligation de suivre les précédents en <i>common law</i>	332
1) <i>Identification de la règle stare decisis</i>	333
2) <i>Statut normatif de la règle stare decisis</i>	336

§ 2 – L'irrégularité formelle de la normativité des précédents en France.....	340
A – L'absence d'une règle équivalente ou analogue au <i>stare decisis</i> en France.....	341
1) <i>Le constat</i>	341
2) <i>L'explication</i>	342
B – Interdiction formelle de fonder une décision de justice exclusivement sur un précédent.....	343
1) <i>Code de procédure civile</i>	343
2) <i>Code de justice administrative</i>	344
3) <i>Dispositions relatives au Conseil constitutionnel</i>	345
Section 2 : L'existence d'une règle matérielle du précédent.....	346
§ 1 – L'existence d'une véritable règle imposant de suivre les précédents	346
A – Le constat de l'existence de la règle.....	346
B – L'état du débat théorique français sur l'autorité des précédents	347
1) <i>Autorité de droit, autorité de fait</i>	347
2) <i>Théories de l'interprétation</i>	350
§ 2 – Hypothèses théoriques sur la nature de la règle du précédent	356
A – L'approche positiviste de la règle du précédent	356
1) <i>L'explication positiviste classique : le rejet du critère exclusif de la validité systémique</i>	357
2) <i>La thèse de l'aspect interne des règles de droit chez Hart</i>	360
B – Explication complémentaire : l'approche rhétorique du précédent.....	363
1) <i>La raison pratique</i>	363
2) <i>La « nouvelle rhétorique » et la dimension essentiellement argumentative du précédent</i>	369
C – Résumé de la position retenue : point de vue interne et approche rhétorique ...	373
Conclusion du chapitre I.....	376
Chapitre II : Le maintien formel de l'apparence légicentriste dans le jugement	377
Section 1. L'absence de mention explicite du précédent appliqué	379
§ 1 – La volonté de rattachement de la prémisse majeure à une source formelle.....	379
A – Les principes généraux : un rattachement parfois artificiel à une source textuelle	380
1) <i>Les principes généraux inspirés des textes</i>	380
2) <i>Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République</i>	383
B – Le cas des créations prétoriques dépourvues de tout rattachement textuel : le cas des recours contre les contrats administratifs	386
§ 2 – Une reprise du principe sans mention du précédent	388
A – Identification de la pratique.....	388

1) <i>La reprise à l'identique du motif de principe dans les motifs de la décision</i>	388
2) <i>La technique des visas de principe devant la Cour de cassation</i>	390
B – Justification de la pratique.....	393
Section 2 : L'identification du raisonnement précédentiel hors de la décision.....	396
§ 1 – La mention des précédents dans des sources annexes au jugement.....	396
A – Le raisonnement précédentiel antérieur à la décision : les travaux préparatoires	396
1) <i>Les travaux préparatoires des décisions</i>	396
2) <i>De l'opportunité d'une publication des opinions séparées : l'exemple du Conseil constitutionnel</i>	400
B – Le raisonnement précédentiel postérieur à la décision : les commentaires institutionnels.....	405
1) <i>Le développement du raisonnement précédentiel officiel dans les commentaires institutionnels</i>	405
2) <i>La possibilité d'identification d'un raisonnement précédentiel alternatif dans les commentaires institutionnels officieux</i>	409
§ 2 – Identification d'une tendance à la mention des précédents au sein de la décision	411
A – Des cas encore marginaux.....	412
B – Une tendance significative au sein de l'ordre judiciaire.....	414
1) <i>Le rapport d'avril 2017 et ses suites</i>	415
2) <i>Perspectives sur la mention des précédents</i>	418
Conclusion du chapitre II.....	421
Conclusion du titre II	423
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	425
CONCLUSION GENERALE	427
BIBLIOGRAPHIE	431
DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPEDIES.....	431
OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES.....	431
OUVRAGES SPECIALISES, MONOGRAPHIES ET THESES.....	432
MELANGES.....	441
OUVRAGES COLLECTIFS ET ACTES DE COLLOQUES.....	442
GRANDS ARRETS.....	443

ARTICLES ET CONTRIBUTIONS.....	445
RAPPORTS, ETUDES, TRAVAUX ET AVIS	471
JURISCLASSEURS, ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES ET REPERTOIRES.....	471
SITES INTERNET.....	472
INDEX DES NOTIONS.....	473
INDEX DES PRINCIPAUX AUTEURS CITES.....	477
TABLE DES MATIERES	479

Résumé en français

De nombreuses études doctrinales françaises ont, à partir des années deux-mille, eu de plus en plus recours au concept de précédent pour qualifier la création de normes générales par le juge. De prime abord, ce concept est spontanément associé aux systèmes de *common law*, dans lesquels les précédents s'imposent en vertu de la règle *stare decisis*. Ce changement terminologique doctrinal n'est pas fortuit mais est le marqueur d'un changement de paradigme en matière de pouvoir normatif du juge en France. L'objet de cette thèse est, dans cette perspective, de démontrer que s'il est possible de parler de précédent, celui-ci n'est pas le fruit d'une importation d'un principe de *common law*, pas plus que le résultat d'une synthèse des traditions de *common law* et de *civil law*. La construction du système juridique français depuis la Révolution a donné naissance à une certaine compréhension du précédent et de son autorité. Le précédent s'y est développé à travers une culture juridique légicentriste et a été systématiquement abordé à travers les canons conceptuels d'appréhension de la loi. En ce sens, le précédent a d'abord été pensé en France comme la formulation d'une norme générale par une cour souveraine, à l'instar de l'édiction d'une disposition législative par le Parlement. La motivation des cours en France tend cependant à devenir plus substantielle et la solution retenue davantage justifiée. D'une conception primitive du précédent, calquée sur la loi, l'on passe ainsi progressivement à une conception autonome du précédent, conçu comme la justification de la solution retenue qui sert de fondement au règlement des cas ultérieurs analogues. Parler de précédent juridictionnel en France revient alors à prendre acte de ces changements qui, bien qu'encore relativement ponctuels et timides, traduisent une dynamique certaine d'évolution du pouvoir créateur du juge en France.

Résumé en anglais

Numerous French doctrinal studies have, increasingly since the twentieth century, used the concept of precedent to describe the creation of general norms by judges. At first glance, this concept is spontaneously associated with *common law* systems, in which judicial precedents are binding, under the rule of *stare decisis*. This change in terminology is not incidental but is the indicator of a paradigm shift in the normative power of judges in France. The purpose of this thesis is, in this perspective, to demonstrate that, while it is possible to use the term of "precedent" in France, it is not the result of an import of *common law* precedent, nor the result of a synthesis of *common law* and *civil law* traditions. The construction of the French legal system since the Revolution has given rise to a certain understanding both of precedent and of its authority. The precedent in France has been developed through a "*légicentriste*" legal culture (*i.e.* focused on the law enacted by the Parliament), and has been systematically approached through the conceptual canons of perception of the law. Accordingly, the precedent in France was first conceived as the formulation of a general standard by a sovereign court, like the enactment of a statutory law by Parliament. However, the reasoning of courts in France tends to become more substantial and the solution adopted is thus more justified. From a primitive conception of the precedent, similar to the law, we gradually move on to an autonomous conception of the precedent, conceived as the justification for the chosen solution, which serves as a foundation for similar cases in the future. Talking about jurisdictional precedent in France then amounts to taking note of these changes which, although still relatively punctual and timid, nevertheless reflect a certain dynamic of evolution of the creative power of judges in France.

Mots-clés

Précédent ; jurisprudence ; *stare decisis* ; motivation des décisions de justice ; revirement de jurisprudence ; légicentrisme ; pouvoir normatif du juge ; normativité de la jurisprudence.