

1. Jurisdiction(s)

Toute société a, pour son maintien, besoin de juges aptes à trancher les litiges. La présence des juges est encore plus vitale que celle d'un législateur. Si l'on peut, à la rigueur, se passer de lois, il faut toujours des juges pour dénouer un conflit, pour ramener ainsi la paix commune. Il est d'ailleurs de tradition chez nombre de juristes de toutes les latitudes de considérer que « le droit, c'est ce que dit le juge ». Le juge lui-même n'a pas besoin de lois au-dessus de lui : en rigueur de termes il est à lui-même sa propre loi, puisqu'il est un arbitre, un tiers forcément impartial, au-dessus des parties ; sinon il ne serait ni tiers, ni à plus forte raison juge. Même dans des pays qui, comme la France, admettent de longue date la présence souveraine des lois, celle de juges est encore nécessaire. Bien souvent, pour ne pas dire toujours, les lois doivent être correctement interprétées pour faciliter ainsi la solution des différends nés ou à naître entre les gouvernés, entre les gouvernants et les gouvernés, voire entre les seuls gouvernants. De plus, même le législateur le plus prévoyant reste un être humain : il ne peut, en fait sinon en droit, tout prévoir, tout régler d'avance. Des juges sont donc encore requis pour compléter les lacunes de la législation. Ils ne sauraient d'ailleurs refuser de statuer sur le litige dont ils sont saisis sous prétexte de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi, comme le leur rappelle l'article 4 de notre Code civil, les menaçant alors des peines du *déni de justice*.

L'ordre politique français connaît aujourd'hui une multiplicité de juges. Dans les rapports entre gouvernés, « simples » justiciables peut-on dire, règnent les *juges « civils »*, plus ou moins spécialisés selon les types de conflits qu'ils ont à trancher. Dans les rapports entre gouvernants et gouvernés, existent d'une part les *juges répressifs*, qui sont chargés de punir les transgresseurs de nos lois publiques, et d'autre part les *juges administratifs*, qui règlent les multiples litiges nés de l'exercice de la puissance publique. Enfin, les rapports litigieux entre gouvernants eux-mêmes sont déferés devant le *juge constitutionnel*. Tous ces juges plus ou moins récents ont été mis en place par des lois nationales. Mais il existe aussi d'autres juges stables institués par des « lois » (traités, conventions, pactes) internationales dont les décisions concernent très directement le droit français. Il en va ainsi notamment, avec d'ailleurs de notables variantes, des juges européens

compétents pour trancher les litiges où le droit de l'Union européenne ou les droits et les libertés européens de l'homme sont susceptibles de s'appliquer.

Tous ces juges exercent une activité très spécifique appelée *juridiction*. C'est pourquoi, l'on tend à les baptiser eux-mêmes du terme plus neutre, moins personnel, de *juridictions*. La juridiction (du latin : *iuris dictio*, « action de dire le droit ») suppose deux éléments complémentaires. Une certaine compétence intellectuelle reconnue pour discerner le droit, tout d'abord. C'est l'*auctoritas* (ou « savoir socialement reconnu »). Une faculté, légalement octroyée, pour trancher les litiges, ensuite. C'est la *potestas* (ou « pouvoir socialement reconnu »). De ces deux éléments, le second est le plus nécessaire : un savoir juridique démuné de tout pouvoir de trancher n'aboutirait au mieux qu'à des conseils. Sans le premier, toutefois, l'exercice du pouvoir aurait toutes chances d'être arbitraire et d'aboutir ainsi à une dictature. Aussi convient-il de n'accorder la *potestas jurisdictionis* qu'à des personnes ayant reçu la formation intellectuelle et morale pour discerner le droit.

2. Jurisprudence

Le terme très fréquemment employé de « jurisprudence » est à rattacher à celui de « juridiction ». La jurisprudence, c'est d'abord une *vertu intellectuelle* : la prudence du droit ou aptitude de l'esprit à bien discerner, après délibération, ce qui est juste ou droit dans un cas particulier. La jurisprudence est aussi un *savoir*. Nombre de cultures, actuelles ou passées, voient en elle une véritable philosophie du droit : une sagesse théorique, spéculative, sur le droit, ses tenants et ses aboutissants.

Dans la conception qui prévaut de nos jours en France, la jurisprudence s'entend d'ordinaire des seules sentences antérieurement rendues, dont on peut estimer qu'elles valent *précédents*. Bien sûr, il ne s'agit normalement pas de précédents obligatoires, qu'un juge ultérieur confronté à un cas analogue devrait nécessairement appliquer au même titre qu'une loi ou un règlement. Pourtant, l'organisation juridictionnelle française a mis en place des *cours régulatrices* chargées de donner une sorte d'interprétation officielle et partant unique du droit en vigueur. Tel est depuis longtemps le cas de la *Cour de cassation* dans l'ordre judiciaire et du *Conseil d'État*

dans l'ordre administratif. Il convient d'y ajouter les décisions du *Conseil constitutionnel*, voire celles de la *Cour européenne des droits de l'homme* et de la *Cour de justice de l'Union européenne*, sans négliger le plus ancien *Tribunal des conflits* chargé de trancher les difficultés de répartition des compétences entre les juges judiciaires et les juges administratifs. Toutes ces interprétations « autorisées » pèsent logiquement de tout leur poids sur la conscience des juges, sans qu'il importe trop de distinguer à ce stade entre juges « inférieurs » (du premier ou du second degré de juridiction) et juges « supérieurs », ceux des cours régulatrices elles-mêmes. En France, nul juge n'est en principe tenu de se conformer à un quelconque précédent. Mais, en pratique, le simple bon sens suggère de s'y référer. Outre le fait que les juridictions régulatrices sont en principe composées de juges intellectuellement et moralement bien armés pour énoncer le droit (question d'*auctoritas*), il va de soi que, tôt ou tard, la sentence dissidente d'un juge inférieur risque d'être réformée par les cours régulatrices (question de *potestas*), avec l'inconvénient consécutif pour le plaideur qui aura dû batailler longtemps avant d'obtenir gain de cause. Autant couper court, dans son intérêt. Il n'empêche qu'un juge inférieur peut estimer devoir adopter, pour trancher un litige, un autre critère juridique que celui très officiellement retenu par les cours régulatrices. Il le peut, et parfois le doit, en conscience. L'on voit bien que l'*auctoritas* a le dernier mot, ici comme ailleurs. Toutefois, dans un souci de simplification, le terme de jurisprudence tend à signifier l'ensemble des précédents qui s'imposent parce qu'ils ont été adoptés par des cours régulatrices et se trouvent donc, au moins pour un temps, difficilement réformables. Dans cette perspective, sont exclues de la jurisprudence non seulement les décisions émanant de juges privés (arbitres), mais encore celles qui proviennent de juges publics de rangs inférieurs.

3. Dialogues autorisés

Se tisse alors un inévitable dialogue entre la juridiction qui doit rendre une sentence et les instances publiques qui ont déjà, avant elle, statué sur des cas *analogues* (avec les importantes difficultés que soulève toute recherche d'analogies). Le juge dernier saisi se demandera s'il n'existe pas, sur cette question, des précédents : une jurisprudence antérieure. Cette quête

ne s'impose pas toujours. À la limite, les juges peuvent se fier à leur sens personnel du droit, à leurs propres compétences pour rendre une sentence juste. Mais, d'une part, nombre de systèmes politiques imposent la règle du précédent : le juge appelé à statuer en dernier lieu, surtout s'il est de rang inférieur, doit conformer sa sentence aux principes antérieurement dégagés par une autre juridiction de rang élevé. C'est ainsi qu'a fonctionné pendant des siècles et que continue encore aujourd'hui largement de fonctionner le droit anglo-américain (*Common law*). D'autre part, même si la règle du précédent n'est politiquement pas retenue, comme c'est en principe le cas en France (cf. art. 5 C. civ.), tout juge un tant soit peu prudent préférera ne pas trop se fier à lui-même et interrogera ses prédécesseurs sur la manière dont eux-mêmes ont jugé en telle ou telle occurrence. De toute façon, que le précédent s'impose ou non, les juges derniers saisis doivent toujours se demander dans quelle mesure les cas antérieurement tranchés offrent des similitudes suffisantes avec leur propre cas pour justifier un traitement juridique équivalent. La nature de ces multiples questionnements ne change pas vraiment lorsque le droit est fixé, comme en France, par les lois ou les règlements. La fixation légale ou réglementaire, plutôt que juridictionnelle, des principes juridiques qui s'imposent dans telle ou telle société est affaire de *potestas*, non d'*auctoritas*. Aussi, lorsqu'un juge est *tenu* d'appliquer les lois et règlements en vigueur, force est pour lui de les interroger de la même manière que s'il s'agissait de précédents obligatoires dégagés par d'autres juges, ses semblables : rechercher si le cas qu'il doit juger a été réellement envisagé par le législateur ou l'auteur d'un décret ; s'il présente, en d'autres termes, des caractères suffisamment semblables à ceux sur lesquels les pouvoirs publics ont tablé au moment d'édicter leur loi ou leur règlement.

Si la réponse lui paraît négative, le juge doit alors innover en dégageant des critères spécifiques à la situation qu'il a à juger, lesquels seront à leur tour susceptibles de « faire jurisprudence ». À ce stade, le dialogue n'est pas rompu : il s'inverse. Le juge s'adresse en réalité à un auditoire présent et à venir qu'il doit autant que possible tâcher de convaincre du bien-fondé de sa démarche. Cette force de conviction est mise doublement à l'épreuve. L'affirmation de principes nouveaux était-elle justifiée ? Le juge qui a rompu avec l'état ancien du droit qui s'imposait (en vertu du précédent obligatoire ou d'une loi), doit être à même de montrer qu'il a eu raison d'agir ainsi, que « son » cas était en d'autres termes vraiment neuf. Les principes nouvellement

affirmés pour résoudre ce nouveau cas sont-ils bons ? Permettent-ils d'apporter une solution juste, bien adaptée ? Ici encore, la sentence du juge est appelée à être passée au crible de la critique de ceux qui statueront après lui.

Comme tout dialogue, celui qui naît de l'activité des juridictions n'est pas exempt d'ambiguïtés, chausse-trappes, incertitudes de tous acabit qui confrontent de temps à l'autre l'interprète (celui qui écoute le dialogue et s'efforce de le comprendre) à d'authentiques casse-tête. Interpréter une décision de justice exige un savoir-faire peu banal, qui va parfois jusqu'à relever de l'art augural : discerner la volonté des dieux dans les entrailles d'un taureau ou dans le vol des oiseaux.

4. « Grands arrêts »

L'expression, passée en usage auprès des juristes, vise ces décisions de justice qui sont particulièrement notables. L'on parle d'*arrêts* parce que les décisions les plus remarquables ont longtemps été celles de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, juridictions qui rendent des « arrêts ». Mais l'on pourrait tout aussi bien aujourd'hui évoquer de grandes « décisions », celles du Conseil constitutionnel par exemple. De même, a été récemment publié en France un volume de grands « avis » du Conseil d'État ; ces avis ne sont pas des « arrêts » mais ont néanmoins fait eux aussi jurisprudence. Le terme est donc, de nos jours, largement convenu et passablement démodé. Il exprime cependant une idée juste : ce sont les sentences rendues par les juridictions hiérarchiquement les plus importantes qui constituent d'ordinaire de « grands » arrêts.

Même s'il est bien clair que toute sentence, quel que soit le juge, « grand » ou « petit », qui l'a rendue, mérite l'attention, il va aussi de soi que celles qui proviennent d'une cour d'appel sont *a priori* plus importantes que celles qui émanent d'un juge du premier degré. À son tour, l'arrêt rendu par une cour d'appel, judiciaire ou administrative, compte moins que celui de la Cour de cassation ou du Conseil d'État lorsqu'il statue comme juge de cassation. Plus l'on s'élève dans la hiérarchie des juridictions, plus on a de chances de rencontrer des sentences importantes : rendues avec plus de sagesse, de compétence (intellectuelle) par des magistrats aguerris, susceptibles de la sorte de valoir, davantage que d'autres, « précédents ». En outre, une

décision rendue par une cour supérieure intervient le plus souvent (pas toujours : l'acharnement des plaideurs à vouloir gagner une cause manifestement perdue joue aussi son rôle) parce que la question qui l'a suscitée a fait l'objet d'une controverse sérieuse. Le cas était vraiment douteux, l'on a donc épuisé « toutes les voies de recours », selon l'expression consacrée. Enfin, un certain goût des juristes pour « la » solution unique, valable partout et toujours, pour les solutions en tout cas solennelles, les conduit à porter davantage d'attention aux arrêts rendus par les cours régulatrices. Ne sont-ils pas, plus que les autres, susceptibles de « faire jurisprudence » ?

Mais sont surtout « grands » les « arrêts » marquant une étape importante dans la création du droit par les juges. La date d'une décision a toujours son intérêt. Plus que tout autre, le droit d'origine prétorienne s'étale dans le temps, vit du temps, allant même parfois, ce glouton, jusqu'à le dévorer. Un « précédent », par exemple, est une décision nécessairement antérieure dans le temps. Autre exemple : une jurisprudence s'élabore petit à petit, ponctuellement, au fur et à mesure que des affaires analogues se présentent devant les juges. À chaque étape, la formulation du droit va se perfectionnant : les motivations deviennent plus précises, plus performantes par leur clarté et leur concision. Mais il y a au surplus de grandes dates, à mémoriser aussi bien que celles de lois et de règlements particulièrement notables : les dates des « grands arrêts », qui peuvent être tantôt des « arrêts de principe », tantôt des « arrêts de revirement ».

Les *arrêts de principe* posent pour la première fois une règle juridique importante. Double importance : par leur richesse potentielle qui appelle des précisions ultérieures ; par leur optique spéciale, qui tend à canaliser pour l'avenir l'ordre juridique dans une direction précise plutôt que dans une autre. Les juristes français ne pensent par exemple pas leur droit de la filiation de la même manière avant comme après les deux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 27 février 1985 à propos de l'interprétation de l'article 322 de notre Code civil. Aux « arrêts de principe » il est de bon ton d'opposer les « arrêts d'espèce », afin de souligner leur importance moindre. Mais l'expression est malheureuse : il n'est pas de véritables « arrêts d'espèce » car la décision pose toujours, ne serait-ce que de manière implicite, quelque(s) principe(s). La seule question est de savoir si ce ou ces principe(s) se trouvent ou non situés « dans l'axe » des principes antérieurement fixés par l'arrêt inaugural : l'arrêt de

principe. Si la réponse est négative, l'on a justement affaire à un *arrêt de revirement*. Un principe contraire ou en tout cas suffisamment dissident est posé. Les juristes sont à l'affût de tels revirements : grandes dates, s'il en est, car le changement, surtout s'il porte sur « les principes » et ouvre ainsi une ère nouvelle avec sa dynamique propre, suscite toujours l'intérêt au moins intellectuel et ne va de toute façon pas sans remous ; les nostalgiques s'affrontent alors aux partisans du « progrès ».

À ces dates « historiques » (l'histoire s'intéresse aux « événements ») s'ajoutent des dates plus « sociologiques » (la sociologie s'intéresse aux « mouvements »). Certains types de litiges tranchés par les juges sont conditionnés dans l'espace et le temps. Ils révèlent à leur manière l'existence de crises sociales, qu'elles soient « morales » ou « économiques ». La crise en question dure peut-être depuis longtemps, mais le fait d'être « judiciarisée » montre qu'elle a atteint un certain seuil de densité. En général, d'ailleurs, il est trop tard. Le droit positif, surtout s'il est prétorien, n'a l'occasion de s'exprimer que lorsque la bataille est déjà perdue. Mais il peut y avoir des poches de résistance, des « combats d'arrière-garde » dira-t-on avec un certain mépris. Inversement, certaines sentences ont un caractère prophétique : rares en leur temps, vite oubliées sur la brève durée, elles sont soudain, longtemps après, redécouvertes et encensées. Les dissidents d'hier forment souvent, c'est bien connu, la majorité de demain et vice versa. Ce constat permet de souligner le fait que si tous les litiges sont plus ou moins les signes d'un temps, toutes les solutions qui leur sont apportées possèdent une vocation plus ou moins intemporelle, elles sont un signe des temps. Il n'est pas inconvenant, au contraire, de déceler tout cela derrière une simple date.

5. Publications

Les lois, les règlements sont publiés ; les décisions de justice ne le sont pas. L'expression « publication » doit être ici comprise dans son sens technique : acte par lequel une décision est officiellement portée à la connaissance de tous par son insertion dans un bulletin ou un journal officiel. Même rendues par les cours régulatrices, les sentences des juges ne doivent être signifiées qu'aux parties au procès. Exception est cependant faite pour les décisions

rendues par le Conseil constitutionnel, bel et bien publiées au *Journal officiel de la République française*. C'est qu'elles sont trop rattachées aux lois elles-mêmes dont elles jugent de la conformité à la Constitution, pour ne pas être soumises au même régime qu'elles. La publication entraîne le jeu de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ». Mais on ne peut normalement en dire autant des décisions de justice (à l'exception peut-être de celles du Conseil constitutionnel), que seuls ceux qu'elles intéressent directement sont censés connaître une fois qu'elles leur ont été régulièrement adressées. L'on notera toutefois qu'il est de plus en plus fréquent que des juges retiennent la responsabilité de certains praticiens du droit (avocats, notamment) qui ne se sont pas tenus au courant de la jurisprudence, de son état et de ses changements, dès lors que cette connaissance aurait pu leur permettre, sinon de gagner un procès, du moins de mieux défendre les intérêts de leurs clients. Avis donc, au juriste de profession, que tout étudiant en droit risque tôt ou tard de devenir. Mais cette responsabilité suppose, pour être engagée, la preuve d'une faute : d'un manquement caractérisé à une obligation de se renseigner. Ce n'est point là une responsabilité purement mécanique, laquelle aboutirait, si elle était consacrée, à présumer que le juriste de profession connaît la jurisprudence : qu'il n'est pas censé ignorer le droit dit par les juges.

Ce nonobstant, la jurisprudence fait l'objet d'une certaine publicité par le biais de publications tantôt officielles, tantôt officieuses. Mais l'expression « publication » est alors prise dans son sens courant. Les publications *officielles* sont des recueils, émanant des imprimeries de l'État, de la jurisprudence de certaines juridictions plus en vue : Conseil d'État, Cour de cassation, Tribunal des conflits, Conseil constitutionnel, Cour européenne des droits de l'homme, par exemple. Les décisions de ces juridictions ne sont d'ailleurs pas toutes publiées ; certaines, jugées d'intérêt moindre (sur quels critères ?), demeurent occultes. Lorsque la publication a lieu, elle s'opère telle quelle, « à sec », sans commentaire, sans même d'ordinaire diffusion des rapports ou conclusions qui ont été préalablement entendus par les magistrats dans les affaires qu'ils ont tranchées. Toutes ces carences rendent la connaissance et la compréhension de la jurisprudence quelque peu aléatoire. Les publications *officieuses* tentent d'y remédier. Des revues juridiques périodiques (hebdomadaires, mensuelles, trimestrielles, annuelles...) dues à des éditeurs privés diffusent auprès de leurs abonnés des informations