



# Histoire des justices en Europe

---

## *2 – Devenir une Cour suprême*

DIKÈ - Groupe de recherche sur les cultures juridiques en Europe

DIKÈ

Groupe de recherche sur les cultures juridiques en Europe  
Centre Toulousain d'Histoire du Droit et des Idées Politiques (E.A. 789)  
Université Toulouse 1 Capitole

## Histoire des justices en Europe

### 2-Devenir une Cour suprême (2015-2016)

Couverture : Portraits des capitouls et « La Justice » (détail)

Ville de Toulouse, Archives municipales, Annales de la ville de Toulouse, BB 273, chronique 181, 1504.



Toulouse, 2017

ISBN 978-2-9555784-1-4

DIKÈ

Groupe de recherche sur les cultures juridiques en Europe

Histoire des justices en Europe

---

## 2-Devenir une Cour suprême

---

## Sommaire

Présentation.....	p. 5
Avant-propos.....	p. 6
Accéder au juge suprême.....	p. 11
Faire jurisprudence.....	p. 42
Une sociologie politique du phénomène de « judicialisation du politique ».....	p. 87
Table des auteurs.....	p. 97
Table des matières.....	p. 98

---

## Présentation

Le projet DIKE consiste en une recherche pluriannuelle et pluridisciplinaire sur les fondements, les contours et les contenus des cultures juridiques européennes, contemporaines et modernes animé par des chercheurs en particulier de l'Université Toulouse 1 Capitole<sup>1</sup> et d'universités étrangères<sup>2</sup>.

Au-delà de sa dimension fondée notamment sur la pluralité des approches scientifiques et méthodologiques (comparatisme juridique et historique, histoire du droit, histoire, droit privé, droit public, philosophie du droit, histoire culturelle du droit, études de « toutes » les justices), ce projet se caractérise également par une très forte ambition de formation, en particulier destinée aux doctorants d'histoire du droit d'universités françaises et étrangères ainsi qu'à tous les doctorants (en droit privé, droit public, science politique, droit européen, international et comparé, littérature, etc.) qu'une approche fondamentale de la justice intéresse. Dikè constitue donc pour l'ensemble de ces jeunes chercheurs, une formation à la recherche et par la recherche à partir d'un questionnement portant sur les droits et cultures juridiques en Europe (Antiquité - Période contemporaine). Il s'adresse également aux professionnels du droit (magistrats, avocats, etc.) dans la perspective d'un échange scientifique entre universitaires et praticiens. Constitué en réseau international, le projet Dikè a aussi vocation à réunir à Toulouse les doctorants et enseignants-chercheurs français et étrangers au cours d'une semaine doctorale. Sur la base d'un programme thématique d'une durée de trois ans, le projet Dikè invite ainsi des enseignants-chercheurs, des doctorants et de jeunes docteurs français et étrangers à présenter leurs propres réflexions, leurs lectures et, éventuellement, à discuter de leurs écrits ou travaux en cours.

---

<sup>1</sup> Ludovic Azéma, Marie Bassano, Lycette Corbion, Béatrice Fourniel, Florent Garnier, Caroline Gaudin, Jean-Christophe Gaven, Hinda Hedhili (Université de Bordeaux) et Mathieu Soula (Université de Reims).

<sup>2</sup> Francesco Aimerito (Université d'Alessandria), Mathieu Devina (Université de Sherbrook), Tomas de Montagut (Université Pompeu Fabra).

## Avant- propos

Pour notre deuxième année de recherche, l'interrogation a porté sur le sens à donner à « Devenir une Cour suprême ». Le point de départ de notre réflexion a été le constat d'une volonté de réformer le modèle de la Cour de cassation, comme a pu le proposer son Premier président Bernard Louvel dans une série d'interventions motivées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon le Premier président, cette jurisprudence modifierait considérablement l'économie du pourvoi puisqu'elle exercerait un contrôle de proportionnalité en abordant les questions de droit et de fait. Par ce principe de proportionnalité, il s'agit de rechercher si une règle nationale engendre une atteinte disproportionnée à la norme européenne et s'il n'y aurait pas, dans un cas déterminé, une mesure plus économe. Impulsée par la Cour de Strasbourg, la Cour de cassation française a commencé sa mue. Un véritable « choc de culture judiciaire » aurait ainsi poussé la Cour de cassation à un « arrêt véritablement fondateur » du 4 décembre 2013, s'éloignant « de la stricte application de la loi qui faisait sa tradition ancestrale »<sup>3</sup>. L'affaire concernait un mariage incestueux entre une femme et le père de son ex-mari qui durait depuis vingt ans. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a écarté l'application de la loi interne française instituant la nullité du mariage car elle aurait eu des incidences disproportionnées sur la vie privée des intéressés en raison de la durée du second mariage<sup>4</sup>. L'évolution n'est en réalité pas nouvelle puisque par diverses techniques la Cour de cassation avait déjà investi le domaine du fait : les fausses applications de la loi, le contrôle de la motivation, ... avec notamment pour conséquence l'adoption de motivations ampliatives selon le modèle des cours suprêmes de *Common law*. Le processus actuel ne serait dès lors que l'étape finale d'un mouvement de juridictionnalisation<sup>5</sup>. Toujours est-il que ce phénomène est fondamental à tel point qu'ont pu être évoquées les idées d'une « subversion » et d'un « travestissement » de la fonction jurisprudentielle<sup>6</sup>. Plusieurs interrogations viennent à l'esprit. L'office de la Cour de cassation ne sera-t-il pas transformé par la connaissance des faits ? Par la possibilité pour les juges de cassation de tempérer la loi ? Doit-il changer sous l'influence de facteurs extérieurs ?<sup>7</sup> Par ces questions, le professeur Philippe Théry réagissait à cette

---

<sup>3</sup> Bertrand Louvel, Premier président de la Cour de cassation, « La Cour de cassation face aux défis du XXI<sup>e</sup> siècle », dans *Réflexions sur la réforme de la Cour de cassation*, Mars 2015.

<sup>4</sup> Première Chambre civile, 4 décembre 2013, pourvoi n°12-26.066, *Bull.*, 2013, I, n°234.

<sup>5</sup> Pour une analyse historique du phénomène de juridictionnalisation de la Cour de cassation et sur la transformation en juridiction de pleine juridiction, voir Frédéric Zénati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », in *RTD Civ.*, 2016, p.511.

<sup>6</sup> Claude Brenner, « Les différentes missions du juge de cassation », in *L'accès au juge de cassation*, sous la direction de Guillaume Drago, Bénédicte Fauvarque-Cosson et Marie Goré, Paris, 2015, pp.29-45.

<sup>7</sup> Philippe Théry, « Cours suprêmes : essai- manqué- de typologie et de définition », in *Répertoire Dalloz*, 2015, p.1731.

évolution en posant les termes du débat : la nature même de la Cour de cassation, le rapport avec les autres cours, notamment supranationales. Ce fut le point de départ d'une analyse de plus grande ampleur sur l'évolution à venir de la Cour de cassation, donc des cours suprêmes, qui fut confiée à une Commission de réflexion sur la réforme de la Cour. Le Premier président Bertrand Louvel a pu ainsi évoquer les défis pour le XXI<sup>e</sup> siècle. Ils sont existentiels, ce qui pose les questions du modèle de cassation mais aussi du filtrage des pourvois, institutionnels si l'on considère la nécessaire communication entre trois ordres éclatés, et enfin sociaux, c'est-à-dire liés à un « développement culturel général » nécessitant une information éclairée des citoyens par un développement des motivations<sup>8</sup>. L'allongement explicatif des motivations est par ailleurs une conséquence du rapprochement des traditions, civiliste et de *common law*<sup>9</sup>. Elle peut aussi interroger sur la place du juge, son rôle et sa légitimité. Celui-ci pourrait bien devenir à la fois « juge, l'égal du législateur et doctrine »<sup>10</sup>. Nous le voyons, le questionnement de la réforme de la Cour de cassation est vaste, multiple. Il s'agit de relever les nombreux défis que connaît cette Cour suprême et, finalement, d'améliorer de manière plus générale l'administration de la justice et les rapports avec les autres cours suprêmes.

Dès lors comment réformer ? A l'heure des grandes intégrations régionales, difficile de ne pas considérer les exemples étrangers, de ne pas expliquer au regard de l'histoire les spécificités nationales, les éventuelles convergences favorisant une harmonisation du droit et de la justice.

Dans un premier temps, la question a été celle d' « Accéder au juge suprême ». Confrontée à l'augmentation de la demande sociale de justice, l'institution judiciaire peine aujourd'hui à traiter les affaires dont elle est saisie, ce qui provoque un encombrement des juridictions et une augmentation de la durée des procédures. Le mal n'est pas contemporain ; il n'est pas non plus spécifiquement français. Partout, les juridictions subissent l'inflation du contentieux. La question de l'accès au juge suprême, qui est au cœur du processus de réforme des cours suprêmes à l'échelle européenne, mérite par conséquent d'être posée en lien avec l'évolution de leur(s) mission(s).

C'est dans ce sens que les professeurs José Reinaldo de Lima Lopes et Aurore Gaillet ont pu évoquer la création des cours suprêmes successivement au Brésil et en Allemagne et analyser les structures nationales de celles-ci, ainsi que leur évolution la

---

<sup>8</sup> Ces défis sont présentés par Bertrand Louvel, *op. cit.* La question de la motivation n'a pas manqué de faire réagir. Citons entre autres Christophe Jamin, « Juger et motiver », in *RTD civ.*, 2015.263.

<sup>9</sup> Voir par exemple à ce sujet Marie-Claire Ponthoreau, « L'énigme de la motivation encore et toujours L'éclairage comparatif », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la direction de Fabrice Hourquebie et Marie-Claire Ponthoreau, Bruxelles, 2012, pp.5-24.

<sup>10</sup> Claude Brenner, *op. cit.*

plus contemporaine<sup>11</sup>. Dans ces deux exemples, on le voit, la structuration judiciaire est apparue fortement liée aux évolutions politiques des Etats et l'interrogation permanente reste celle de la légitimité des juges. Accéder au juge suprême implique dans un premier temps l'existence même de celui-ci. Il est dans la pratique fortement déterminé par la possibilité réelle d'y accéder et d'en recevoir la sanction<sup>12</sup>. C'est tout le problème de la gestion des flux évoqué par Madame le Doyen Agnès Fossaert et de la fabrication du droit par la Cour de cassation à travers le recours au « traitement différencié » et à ce qu'elle a nommé « arrêt de sauvetage », pratique officieuse mais légitime qui participe à une bonne gestion du recours à la cassation<sup>13</sup>.

Dans un deuxième temps, le thème étudié a été celui de « Faire jurisprudence ». Motivation, style, publication : nul doute qu'en maîtrisant leurs propres techniques de rédaction, les hautes juridictions façonnent autant leur identité que leur autorité. La question est d'importance car elle détermine la place du juge dans les rapports de pouvoirs. On se souvient de la prétention révolutionnaire de faire du juge une simple « bouche de la loi ». Dans le cadre des grandes codifications napoléoniennes, il apparaît difficile pour les différents tribunaux de « faire jurisprudence » et, à ce titre, compte tenu de l'influence des codes napoléoniens à l'étranger, la question devait nécessairement être comparée. C'est ce que propose Sylvain Bloquet à travers son analyse de l'évolution du rôle de la jurisprudence qui d'un simple supplément des lois est devenue une véritable « loi pratique », sous l'égide de la Cour de cassation qui remplit pleinement son rôle d'unificateur du droit à compter de 1837<sup>14</sup>.

Ces techniques appellent donc un regard historique, comparatiste et actuel, d'autant plus nécessaire que les enjeux nouveaux de publication et la diversité des destinataires s'ajoutent au renouvellement du dialogue des juges suprêmes. La question de « l'écriture jurisprudentielle » est ainsi devenue une préoccupation centrale, dans un contexte de concurrence des droits et de diversification des destinataires (juges nationaux, justiciables, médias, cours étrangères confrontées à des questions similaires) qui exige transparence et lisibilité. Ce dialogue des juges, probablement cette concurrence entre les juges, nous l'avons évoqué à travers la comparaison proposée par le professeur Wanda Mastor des cours suprêmes et des cours constitutionnelles<sup>15</sup>. Comment les définir, donc les différencier ? Selon quels

---

<sup>11</sup> Jose Reinaldo de Lima Lopes, « Becoming a Supreme Court » et Aurore Gaillet, « Créer le juge suprême avant d'y accéder. Les cours suprêmes allemandes à la croisée des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles ».

<sup>12</sup> Pour un regard comparé du filtrage des recours, nous renvoyons à l'ouvrage suivant : *Cours suprêmes : comment le filtrage des recours révèle le pouvoir des juges*, sous la direction de Louis Vogel, Paris, 2005.

<sup>13</sup> Agnès Fossaert, « Cour suprême et fabrication du droit. L'exemple de la Cour de cassation française ».

<sup>14</sup> Sylvain Bloquet, « Faire jurisprudence dans un ordre juridique codifié : d'un supplément des lois à une loi pratique ».

<sup>15</sup> Wanda Mastor, « Faire jurisprudence : cours suprêmes v. cours constitutionnelles ».

critères ? Laquelle fait jurisprudence ? Cette concurrence des juges apparaît enfin directement à travers les supports de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Sur ce point Lycette Corbion-Condé a posé le problème sous l'angle de la supranationalité. Elle nous montre l'importance cruciale de la question de la communication et de la jurisprudence, distinguant les deux, dont les enjeux dépassent le simple cadre juridique. Aussi, le discours est ici analysé selon plusieurs registres car l'enjeu est multiple pour des juges européens « hors-sol »<sup>16</sup>.

Toutes ces réflexions sont adossées à l'évolution globale et plus large des rapports politiques, spatiaux, temporels de nos sociétés. C'est pourquoi, un troisième temps du questionnement a porté sur « Une sociologie politique du phénomène de « judiciarisation du politique ». Tout un courant international de recherche souligne le rôle croissant que joueraient les juridictions suprêmes dans la régulation politique des sociétés contemporaines, ce qui est qualifié de « judiciarisation du politique ». Pour rechercher le sens de ce vaste mouvement, un détour par une analyse des mutations du droit et de ses mises en œuvre est apparu nécessaire. Ce détour est effectué en traitant au préalable ce que peut être, en sciences sociales, la construction d'un positionnement de recherche sur une telle question. Puis, en nous appuyant notamment sur un modèle d'analyse spatio-temporel, il a semblé pertinent de procéder à une mise en contexte des usages du droit, notamment par la justice, avant de revenir sur la signification qu'il convient finalement de donner à cette « judiciarisation du politique », laquelle serait bien un des signes, au-delà des incertitudes croissantes du statut du droit, d'une crise profonde du politique. Cette analyse a été proposée par le professeur Jacques Commaille<sup>17</sup>. Le changement des régimes de régulations juridiques des sociétés ne manque pas d'interroger sur le rapport entre la réalité et la représentation sociale du rôle de la justice dans la régulation politique des sociétés. Et dans ce contexte, *quid* des cours suprêmes ? Ici, le professeur Jacques Commaille essaie de « repenser le paradigme » de la domination tel qu'il a été diffusé autour de Michel Foucault et Pierre Bourdieu, et qui d'une certaine manière consacre « le monopole de la représentation « juriste » ». Là encore, la question de la légitimité est posée. Aussi, Jacques Commaille offre une réflexion prenant en compte l'origine de la règle de droit, selon que l'on ait une vision *top down* ou *bottom down* de la régulation politique, et permettant enfin de systématiser une vision globale de la normativité.

Notre réflexion autour de la transformation des cours suprêmes ne pouvait par conséquent être seulement d'ordre technique tant il est évident qu'elle implique un

---

<sup>16</sup> Lycette Corbion-Condé, « Les supports de la jurisprudence de la CEDH- Pistes de réflexion ».

<sup>17</sup> Jacques Commaille, « Une sociologie politique du phénomène de « judiciarisation du politique ».

changement de fond. Ce changement, peut-être cette rupture dans l'économie de la cassation, a trait certes à une forme d'harmonisation mais aussi à une forme d'acculturation juridique, certes à une modification substantielle de la nature même de la cassation mais aussi certainement à un changement d'équilibre dans la séparation des pouvoirs.

Azéma Ludovic

Maître de conférences en Histoire du droit (CTHDIP)

---

Accéder au juge suprême

---

---

# Becoming a Supreme Court

Jose Reinaldo de Lima Lopes

Taking a historical approach to the question of how to become a supreme court is not without its risks. We are immediately faced with problems of anachronism, as in most historical investigations dealing with institutions. Bearing in mind such and other risks it is still possible to give a bird's eye view of the historical process and of the present predicament of the Supreme Court in Brazil, with its own specific social and institutional settings.

Brazil is a federal state and it has a Supreme Court similar in its composition and its power of constitutional review to that of the United States of America, but also with similarities with the Portuguese, Spanish and German Constitutional Courts. It adopted the judicial review of legislative and administrative acts in 1891, but as a matter of legal culture has remained part of the Roman law tradition, adopting a codified statutory system, continental forms of legal education, and the idea that court rulings do not make the law, but can be used as guiding principles in the interpretation of statutes.

12

## 1. The historical development

### 1.1. The monarchical experiment

Brazilian legal history has been punctuated by constitutional changes.<sup>18</sup> The first constitution was issued in 1824 and provided for a unitary and monarchical state. It followed the conservative, moderate monarchical model *en vogue* in Europe in times of restoration.<sup>19</sup> Brazilian jurists, judges, scholars, and political leaders of the early

---

<sup>18</sup> Brazil has had several constitutions along its nearly two hundred years of independence: a monarchical constitution in 1824, which was in force until 1889, a first republican and federal constitution from 1891 through 1930, a second republican constitution in 1934, suspended by a coup d'état in 1937, which replaced it with an authoritarian *chart*. A new constitution was in place in 1946, after the fall of Vargas, and lasted until 1967, when the military replaced it with their own chart. Again, after the fall of the military regime the country has lived under the 1988 Constitution.

<sup>19</sup> Brazilian independence was gained against Portugal but keeping a monarchical regime. Moderate liberals and republicans supported the heir of the Portuguese throne, Pedro de Bragança, when he refused to go back to Portugal and stayed in Brazil as Prince Regent. He then accepted a "popular acclamation" and the title of "emperor and defender" of Brazil. In 1823 he summoned a Constitutional assembly in Rio. After months of conflict with some of its members he lead a *coup d'état*, dissolved the assembly and a few months later issued a monarchical constitution basically adopting the project that had been proposed by the Assembly, but introducing an important change: the Emperor would have a

1800's acknowledged the importance of the courts and the judicial system for the workings of a constitutional and liberal regime during the monarchical experience (1824-1889).<sup>20</sup>

The most important changes made into the judicial system during that time were the introduction of the jury in criminal matters and the establishment of the *Supremo Tribunal de Justiça* as a sort of *court de cassation*. The jury was modeled after the English institution and was meant to be a means of voters' participation in the judicial branch.

The *Supremo* took all the judicial functions previously in the hands of the king and his Councils. Its most important power was to quash the decisions of the regional appellate courts (*Tribunais da Relação*) in cases where they had not followed procedural rules (*error in procedendo*) or adequately interpreted the national legislation (*error in iudicando*). This was done through a sort of *writ of error*, called *recurso de revista*. The *Supremo* could only quash the lower court's decision: it could not issue a new decision on the case, which had to be referred to different regional court. It had no power of review of the constitutionality of the legislation either. Issues of constitutionality were in the hands of either the *Conselho de Estado*, or the legislative branch itself.<sup>21</sup> The institutional design of the *Supremo* and its jurisdiction were a matter of constitutional provision (art. 164, Constitution of 1824), which provided that there would only be two levels of appellate courts. Legal scholars and statesmen took this to mean that the *Supremo* could not review the merits of the cases decided by other courts.

By 1860 many legal scholars and politicians argued that the *Supremo Tribunal de Justiça* – modeled after the French *Court de cassation* and was no longer a satisfactory solution for the Brazilian legal order.<sup>22</sup> In order to change it, it would be necessary to pass a constitutional amendment, and that was a long and difficult road to follow. The monarchical Parliament had always resisted introducing constitutional amendments. In fact, during the whole period (1824-1889) there was only one amendment to the constitution, in 1834. So by the end of the monarchical regime, things were at the same point as they were in 1824. Nonetheless, complaints against that model had common throughout the writings and speeches of legal scholars and statesmen. At the same time, there was growing admiration for the North American Supreme Court.

---

“moderating power” (*poder moderador*), a direct import of Benjamin Constant's idea of the *pouvoir neuter*, or *pouvoir royal*. This constitution lasted until 1889 when the monarchy was overthrown.

<sup>20</sup> A general view of the place of the legal elite and their ideology in monarchical Brazil can be found in Roderick Barman e Jean Barman, “The role of the law graduate in the political elite of imperial Brazil,” *Journal of Interamerican and international affairs* (Center for Latin American Studies at the University of Miami) 18, n. 4 (november 1976): 423-450. I have also dedicated a study of the subject in *História da justiça e do processo civil no Brasil do século XIX*, Curitiba: Juruá, 2017.

<sup>21</sup> For a survey of the matter see José Reinaldo de Lima Lopes, *O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império* (São Paulo, SP: Saraiva, 2010).

<sup>22</sup> For the history of the monarchical Supreme Court see José Reinaldo de Lima Lopes and Andrea Slemian, *O Supremo Tribunal de Justiça do Império (1828-1889)*, (São Paulo, SP: Saraiva, 2010). See also Lenine Nequete, *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência - Império*, Vol. I (Porto Alegre: Sulina, 1973).

## 1.2. The Republican experiment - The court and constitutional adjudication

As a result, the first Republican Constitution (1891) established a new judicial system, giving the new republican Supreme Court the power of constitutional review of legislation and administrative acts. The idea was that any judge in the country from the trial level to the State Courts of Appeals could refuse the application of any statute or governmental order or act on grounds of its unconstitutionality. The matter could be appealed to a superior court until it reached the Supreme Court by means of the so-called “extraordinary appeal”, an equivalent of the *writ of error*. Contrary to the monarchical system, the Supreme Court would then review the case and render a new decision.

The President of the Republic soon challenged this new, prominent political role of the Court in the critical first years of the Republic (1891-1895), when regional conflicts required the use of federal military force and political conflicts were transformed into judicial cases. Victims of political violence or arbitrariness filed writs of *habeas corpus*, and the Supreme Court responded by affirming or denying the constitutionality of the executive orders. At first it tended to be deferential to the Executive power, assuming that it should respect the clause of the separation of powers.

With time a body of legal doctrine developed around these issues and the constitutional role of the court became clearer and clearly accepted. The author of the first commentary of the Brazilian Constitution of 1891, João Barbalho, stated the essential difference between the Supreme Court of the monarchical regime (*Supremo Tribunal de Justiça*) and the new court of the republican government (*Supremo Tribunal Federal*): the monarchical court, he said, passed judgment according to the law, the republican court would pass judgment on the law itself.<sup>23</sup> The assertion was no scandal at the time.

However, legal scholars agreed that the court could not declare the unconstitutionality of the law in general, *in abstracto*. There were several opinions on the role of the court, and many discussions about the nature of the procedural aspects of the review procedure.<sup>24</sup> Nonetheless, there was general agreement on certain points. First, that like any other judicial institution, the Supreme Court would only act as a referee between contending parties. Second, that the Court would not render opinions in general about the law. Finally, the court lacked initiative, it could only act

---

<sup>23</sup> João Barbalho Uchoa Cavalcanti, *Constituição Federal Brasileira - Commentarios* (Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902), pg. 223.

<sup>24</sup> There were discussions about the powers of the Supreme Court, but there has never been any doubt that it was the Court's proper function to be the guardian of the Constitution. Arguments such as Kelsen's and Schmitt's, or Carré de Malberg's (against M. Hauriou) were never a real issue for Brazilian legal scholars. See Hans Kelsen, *Jurisdição Constitucional*, [trans. of *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*] trads. A. Krug, E. Brandão e M. E. Galvão (São Paulo: Martins Fontes, 2003); Carl Schmitt, *O Guardiã da constituição* [*Der Hüter der Verfassung*], trad. Geraldo de Carvalho (Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007); R. Carré de Malberg, *Contribution à la thórie générale de l'Etat*, Vol. 1 (Paris: Sirey, 1920, pg. 339-340).

in case of a given complaint (*ne procedat iudex sine auctore*), and it lacked *powers de motu proprio*.<sup>25</sup>

The generally accepted view was then that the Court would not render opinions on the constitutionality of the law or the legality of governmental acts *in abstracto*, either *a priori* or *a posteriori*. The Court was no Counsel to the Executive, nor the Legislative branches and not even to lower courts.<sup>26</sup> In short, access to the Supreme Court was essentially a matter of defense of one's rights (*via exceptiones*). There was no direct access *via actiones*.

It was only in 1965 – due to Constitutional Amendment nr. 16 – that the court gained the abstract power to declare the unconstitutionality of an act or law in cases filed by the Chief Federal Attorney, an executive officer appointed by the President of the Republic to act on behalf of the government. This power was greatly extended in 1988, when the new constitution gave standing to political parties, state governors, the President and Board of the Senate and the Chamber of Deputies, the General Attorney of the Republic, labor unions and organizations of the civil society (*Federal Constitution*, art. 103). This enlarged constituency of the Court will be responsible for the enormous visibility of the judiciary in Brazilian life in recent years.

### 1.3. The Republican experiment – interpretation of federal law

The Republican Court also held jurisdiction over cases where local courts had to apply federal statutes. Brazil has always had national laws codes of private (commercial and civil codes) and criminal law. But private matters among citizens and even among citizens and the states, as well as criminal law in general have always belonged to the jurisdiction of local, state courts. The result was that different courts in the country might decide private and criminal law and render different interpretations of the same national law.

Should the Supreme Court also interfere when local courts would give different interpretations of the same federal statute? The answer of the most prestigious jurists of the First Republic (1891-1930) was respectful of a wide freedom of interpretation for the local jurisdictions. According to Pedro Lessa, following ideas of Ruy Barbosa, different interpretations should be accepted. The Supreme Court should not review cases where the federal law had been used, even when different constructions of a statute would have incorporated different meanings.<sup>27</sup> There was neither crime nor bad behavior if a judge interpreted the law differently in view of the specific circumstances of the case before him. This view was shared by the first generation of republican legal scholars, who were reacting to what had been in their opinion an excessively centralized administration in the monarchical regime.

---

<sup>25</sup> Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário* (Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, pg. 1). See also Paulino Jacques, *Curso de Direito Constitucional*, 6a. ed. (Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 228).

<sup>26</sup> João Barbalho Uchoa Cavalcanti, *Constituição Federal Brasileira - Commentarios* (Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902, pg. 235).

<sup>27</sup> Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário* (Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, pg. 111).

However, such a liberal view of the work of local courts soon gave rise to constant conflicts of interpretation. As a result, there had been a growing variety of cases where the same statute would receive different interpretations giving rise to conflicting results. The problem had to be faced. A constitutional amendment passed in 1926 explicitly provided that it was within the Supreme Court's jurisdiction to review cases where there was evidence of conflicting interpretations of federal statutes. So the *Supremo* has kept this power until the 1988 Constitution transferred cases of conflicting interpretation of federal statutes to a newly created *Superior Tribunal de Justiça*.

In short, the present state of the question in Brazil is as follows: interpretation of federal statutes is within the jurisdiction of the *Superior Tribunal de Justiça*, and constitutional interpretation is left to the *Supremo Tribunal Federal*. Therefore, the Higher Court of Justice (*Superior Tribunal de Justiça*) plays the role of the *Court de Cassation* or the *Bundesgerichtshof*, whereas the *Supremo Tribunal Federal* holds a jurisdiction similar to that of the *Bundersverfassungsgericht*.

#### 1.4. Precedents and freedom of interpretation – the persistent problem

The Brazilian legal culture has been firmly established in the continental, statutory and codified system. Court precedents are not binding for lower jurisdictions. Jurists in Brazil are not trained to deal with precedents, as in common law jurisdictions. Nonetheless, with the growing importance of court decisions (*jurisprudência*) in the interpretation of statutes there have also been growing conflicts of interpretation between different local courts and courts at different levels of jurisdiction. In order to obviate the problem the Supreme Court and Congress have introduced several changes in judicial practice and in legal procedure.

First, beginning in the early 1960's one of the justices of the Supreme Court, Vitor Nunes Leal, started to collect and classify decisions rendered by the court, and to publish a summary of their rulings. For each point of law or controversy he would write a synthesis called *súmula*. These *súmulas* would help both the Court and lawyers to have a clearer view of the interpretative trends in the *Supremo*. With these guidelines available, lawyers could avoid appealing in cases where there was a firm and well-grounded *jurisprudência* (case law, precedents), and the justices could avoid rendering conflicting decisions. Of course, they could reverse the precedents, but the argumentative burden would be placed on whomever wanted to change them.

This was a practical change for the Supreme Court, although it had already been tested in Labor Courts in Brazil. The practice proved to be very useful and legal scholars started to refer to the *súmulas* as frequently as possible.

This however was not a fully efficient method. Brazilian courts and legal scholars do not readily accept the role of precedents as common lawyers usually do. Precedents are not binding. They function as good examples of the application of the law. The uniform application of the law was strictly understood as a guarantee of the

enforcement of the federal law, but not as a warrant against diverging interpretations of the law. In short, as long as the lower court would not deny application of the law (statute or federal act), the superior court is willing to tolerate a different interpretation of the statute.

With time, the *súmulas* were admitted in civil procedure statutes. In case of different interpretations of the law, the party may appeal of the case by showing that the decision does not follow the applicable *súmula* and an individual member of the Court may decide the case.

The trend to give precedents more importance as a “source” of law started several years ago, when the 1973 Code of Civil Procedures gave all courts a procedural instrument to unify their understanding of the law, the so called *incidente de uniformização de jurisprudência* (Code of Civil Procedure, art. 476). But the *incident* was at the discretion of the judges. Later, in the course of the 1990s judicial precedents (and *súmulas*) were given more strength: appeals based on interpretations of the law (or the Constitutions) contrary to the *súmulas* could be summarily dismissed either by the *a quo* judge or court, or by the *Supremo*. Provisions of the Code of Civil Procedure of 2015 have also reinforced the role of precedents, allowing for an appeal in case the lower court has not adopted the applicable *súmula* in the case (art. 1035, § 3, I).

## 2. The predicament of the Supreme Court in the contemporary scenario

The previous sections showed how the Supreme Court’s jurisdiction developed. It is time to see how its functions are now under a new challenge, given both its enormous and growing caseload, and given the new kinds of claims advanced through the judiciary system.

### 2.1. The growing caseload of the Court and its visibility

The Court consists of eleven justices, appointed by the President of the Republic and confirmed by the Senate. They hold their office in tenure, but are required to retire at the age of 75. The Court sits in two chambers of 5 justices each when dealing with cases of its original jurisdiction, but sit in plenary session when deciding cases of constitutional interpretation. Individual justices can issue injunctions in urgent cases and when the Court is not sitting (January and July of each year), although these injunctions have to be reviewed and confirmed by the plenary Court as soon as possible.

The Court has no discretionary jurisdiction. Contrary to what happens with the Supreme Court of the United States, it cannot select the cases it hears. If a matter falls under the jurisdiction of the Supreme Court, and one of the parties has successfully challenged previous decisions in the case through the established procedural rules, then the Court will have to hear and decide the case. The absence of binding precedents allows for the same issue to be reexamined by the Supreme Court several times.

All this has led to an astonishing numbers of cases presently pending before the Court, a total of approximately 80,000 cases of all sorts and matters.<sup>28</sup> This has given the Court extraordinary social and political visibility, which the Court has contributed to expand by opening all of its sessions to public broadcasting. Everybody can watch live and also on-line all of the sessions of the Court.

In order to limit such growing number of cases, the 2015 Code of Civil Procedure introduced an important change, which had already been tried before in punctual reforms of the civil procedure. The Supreme Court can now refuse to hear cases unless they cases have a general interest at stake, that is, unless is a case of *repercussão geral*. Cases of general interest are those in which questions have an economic, political, social or legal relevance, which reaches beyond the “subjective interest” of the parties of the case (Code of Civil Procedure, art. 1035, § 1)

## 2.2. Some permanent key issues – Independence and autonomy

The first of them is the problem of judicial independence and autonomy. That, in turn, leads immediately to questions of judicial organization: should judges be law professionals or not? Should they hold their positions for life, should they be part of a career, or should the Executive branch freely appoint them? How do they gain their autonomy, and how do they build the necessary insulation from political interference?

Here too history helps to explain a lot. Brazil inherited Portuguese tradition of *letrados*, king’s judges who had to develop a *cursus honorum*, which would begin with their being formally qualified before the king’s highest council (*Desembargo do Paço*) after obtaining a law degree in Coimbra. This qualification alone would not entail a place in the judicial order. That would depend on the king’s willingness to appoint the qualified person.<sup>29</sup>

To put an end to the excesses of such a system, Brazil’s first constitution granted that the judges of the Supreme Court (*Supremo Tribunal de Justiça*) would be drawn from the appellate courts of the Empire: all of them would be *letrados*, would hold their offices in permanent tenure, and the Emperor would per force select the one holding office for the longest time. Unless one had gone through the several stages of a career, it was impossible to reach the bench of the Supreme Court. Since 1850, different statutes organized a true judicial career for the judges (*juízes de direito*).

There were two features of the judicial career however that negatively affected the whole system. The *first* was the admission process: it still depended on political connections and relationships. Friendship or family relations counted. The final word on the nomination of a judge depended on the Minister of Justice, and the name of a

---

<sup>28</sup> Statistics and data on the Brazilian judicial system can be found at <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>.

<sup>29</sup> See Arno Wehling e Maria José Wehling, *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)* (Rio de Janeiro: Renovar, 2004).

young law school graduate would have to be recommended to him by someone with political influence.<sup>30</sup> Once the law graduate was in, a lot would depend on him, but a lot depended on the contingencies of national politics, because a judge was frequently in charge of trying cases of public disorder or open rebellion, where he would often find local political leaders as parties to the conflict.

The *second* feature was that judges of the lower or middle levels of the career could run for electoral positions as representatives (*deputados*) both at the local (*provincial*) and the national chambers of deputies. Very few restrictions were introduced along the 65 years of monarchical government, but none of them completely isolated political from judicial offices, none of them created full *incompatibilities*. This did not change at least until 1934 (Federal Constitution, art. 65).

When drafting the Republican constitution several alternative modes of appointment and nomination were discussed in the Constitutional Assembly of 1891. Constitutional deputies eventually adopted the American design: members of the Court would be nominated by the President of the Republic, subject to their approval by the Senate (art. 56 and art. 48, 12). The qualifications required by the Constitution were few and general: candidates to the Court had to hold the same qualifications of eligibility as the Senators, and also have “notorious knowledge” and “impeccable reputation”. The 1934 Constitution required that the nominees had “notorious *legal* knowledge”. Of course, political connections were still of prime importance. But besides these connections, a candidate needed to be well known among lawyers and legal scholars.

Probably the most important device to guarantee Supreme Court’s independence was the fact that judges held their office for life, so that a judge of the Court will most certainly serve his office under different presidents and legislatures. This naturally introduces a growing distance between the political branches and the members of the Court.

The growing complexity of Brazilian democracy, due to its numbers<sup>31</sup> and differences of constituencies also helps the Court to be more independent. The members of the legal academia, judicial career and other legal fields come from different social classes as has been shown by recent research on the legal profession (Bonelli 2013)(Vianna, Carvalho, et al., *Corpo e alma da magistratura brasileira* 1997). We are far from the social scenario described by Vitor Nunes Leal in the 1950s.<sup>32</sup>

Another fact that helps insulate the Supreme Court: it has traditionally had a fairly balanced number of members coming from different legal fields: some came

---

<sup>30</sup> See Richard Graham, *Patronage and politics in nineteenth-century Brazil* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1990) and Fernando Uricoechea, *O minotauro imperial* (Rio de Janeiro: DIFEL, 1978).

<sup>31</sup> There were 144,088,912 voters in Brazil in 2016 (source: Tribunal Superior Eleitoral <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/eleicoes-2016> access on April 5, 2017).

<sup>32</sup> For all of these social issues see Victor Nunes Leal, *Coronelismo, enxada e voto*, 2nd ed. (São Paulo, SP: Alfa-Omega, 1975).

from the judicial career, others from the legal academia, and others still from legal practice with some experience in the public sector (as executive officers, public district attorneys, etc.). This mixture of different backgrounds may have been an important factor in keeping a certain distance from the other branches and a certain level of autonomy.<sup>33</sup> Foreign legal scholars travelling to Brazil remarked the relative independence of the Judiciary among us.<sup>34</sup> And that is true also for the Supreme Court.

### 2.3. Permanent key issues - political questions, judicial activism

As a consequence of its power of judicial review of legislation and of acts of the administration, the court is frequently brought into a sphere of political conflicts.

Throughout its history the Court has constantly faced this problem. In the first years of the Republican regime, as the country witnessed the outbreak of revolts and the threat of civil war among different strands of the Republican movement, or between republicans and monarchists, or between different states, the court was called to decide the conflicts between the contending parties. When the President of the Republic used his emergency powers to suspend the constitutional guarantees of citizens, the Court had to decide if he had used them properly. Members of the Court and legal scholars had to decide when a political question became a constitutional question.

Pedro Lessa made the sharpest differentiation, following Ruy Barbosa, who in turn had already adopted the American doctrines on the matter. For him it was important to distinguish the political impact of the decisions from their legal foundations.<sup>35</sup> Since the Court had been given the power of judicial review, it seemed inevitable that its decisions would have political impact. Nonetheless, the court could decide the case if plaintiff showed evidence that the statute had directly jeopardized one of his individual rights.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Studies on the social background of judges in Brazil began to appear in the 1990's. They include: Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos (ed.), *Corpo e alma da magistratura brasileira* (Rio de Janeiro, RJ: Editora Revan / IUPERJ, 1997); Fabiano Engelmann, *Sociologia do campo jurídico - juristas e usos do direito* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006); Maria da Gloria Bonelli (ed.), *Profissionalismo, gênero e diferença nas carreiras jurídicas* (São Carlos, SP: EdUFSCar - Editora da Universidade de São Carlos, 2013).

<sup>34</sup> See Karl Loewenstein, *Brazil under Vargas* (New York, NY: The MacMillan Company, 1944) and Tullio Ascarelli, *Sguardo sul Brasile* (Milano: Giuffrè, 1949).

<sup>35</sup> "It is not enough for a case to be rejected by the judicial branch that it has political aspects or political effects. It has to be exclusively political." (Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário* (Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 54).

<sup>36</sup> This was essentially granted by the writ of *habeas corpus*, which had been adopted by the Brazilian legal system since 1824 with the monarchical constitution the writ of *habeas corpus* gained true practical importance after the Code of Criminal Procedure of 1832. The Portuguese law offered a sort of functional equivalent of the *habeas corpus*, called *cartas de seguro*, a written judicial order (hence its name *carta*) suspending attempts of arrest of a citizen (providing him or her with this safety, hence *seguro*). See Maria Lúcia Resende Chaves Teixeira, *As cartas de seguro: de Portugal para o Brasil colônia* (Sao Paulo, SP: USP, 2011), available at <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-15122011-165329/pt->

In short, the doctrine developed by Barbosa and Lessa stated that the political impact of the decision was one thing, and the political nature of the issue was a different one. Typical political cases included most of the foreign affairs of the Republic, the organization of public services, and similar things. But whenever the Constitution or the law had granted an individual right, the governmental decision was subject to review, no matter how politically sensitive it might be.

This institutional and doctrinal development opened the way for the establishment of the Supreme Court as one of the political and sovereign branches of government. With the simultaneous suppression of the administrative jurisdiction all politically meaningful issues could find their way through the judicial branch and eventually appear before the Supreme Court.

How then did the issue of *judicial activism* or the issue of the *judicialization of political life* gain such prominence in recent years, and not only in Brazil?<sup>37</sup> The answer lies in two different but connected points. *First*, the Court gained an extended power of review in 1988 when the Constitution adopted the European model (abstract review). Parties who have standing do not have to wait for the issue to step up the whole appellate system. This gives greater visibility to the issues and makes it easier to follow the work of the Court.

The other point is that *distributive issues* have become part of the legal agenda.<sup>38</sup> Social rights, but also environmental issues, matters of economic relevance, such as monetary law, or anti-trust legislation, suits concerning public and collective goods,<sup>39</sup>

---

[br.php](#) the constitutional question might also appear in any suit among private individuals, and in order to provide a faster solution for certain cases against administrative officers, legislation was passed creating a different form of individual protection through another judicial writ, called *mandado de segurança*, similar to the Mexican *amparo*

<sup>37</sup> See in general Thomas Wilhelmsson and Samuli Hurri, *From dissonance to sense: welfare state expectations, privatisation and private law* (Aldershot: Ashgate, 1999), with several essays on the problem of welfare rights and the courts, especially my "Social rights and the courts" (pp. 567-590), and Roberto Gargarella et al. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?*, (Aldershot: Ashgate, 2006), especially my "Brazilian Courts and social rights: a case study revisited" (pp. 185-211).

<sup>38</sup> The bibliography on the subject is very large. American legal scholarship is familiar with this debate. I believe the fundamental lines were state in Lon Fuller, "The forms and limits of adjudication," *Harvard Law Review* 92 (December 1978): 353-409; Owen Fiss, "The forms of justice," *Harvard Law Review* 93 (November 1979): 1-58; Gerald Rosenberg, *The hollow hope: can courts bring about social change?* (Chicago: The University of Chicago Press, 1991). Michael Stolleis' work also provides a good example of the phenomenon in Germany: "Politische Probleme werden fast immer in Rechtsprobleme übersetzt (...). Wer keine politischen Antworten mehr weiss oder dem politischen Kampf ausweichen will, droht mit dem Gang zum Bundesverfassungsgericht nach Karlsruhe." Michael Stolleis, "Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution," in *Konstitution und Intervention* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 2001, p. 18). I tried to put the issue in an historical perspective in José Reinaldo de Lima Lopes, *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça no pensamento jurídico moderno* (São Paulo: Editora 34/FGV, 2004) and in a more doctrinal way in José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos sociais: teoria e prática* (São Paulo: Método, 2006).

<sup>39</sup> For a general view of the impact of these issues on legal thinking see Béatrice Parance e Jacques de Saint Victor, *Répenser les biens communs* (Paris: CNRS Éditions, 2014).

minorities' rights, all of them deal with distributive matters. This agenda is rather different from previous, ordinary issues that might be solved using traditional legal reasoning applied in commutative justice. Matters of collective goods show up in the judicial arena more frequently.

Distributive conflicts tend to have larger social and political impact due to their very nature. They are polycentric and involve public goods, either material (such as communal indigenous lands) or immaterial (such as cultural goods, or public services like education). Naturally, the "political impact" of such conflicts is no longer a matter of curbing the political branches of government or putting limits to reciprocal invasions of spheres of government, as in conflicts between states of the Union, local and national government, etc. Their political impact comes from the fact that they will affect different groups or classes of citizens, sometimes very large groups of people. And if the decision falls to the Court, the traditional judicial process does not open the doors for the sort of bargaining that takes place in the "political" branches of government.

This has been the source of continuous difficulties for the Court and for legal scholars of all sorts: experts in constitutional, procedural, public and private law. But the debate also concerns other scholars, such as philosophers of law and political scientists.<sup>40</sup>

#### **2.4. Social and political changes and the Supreme Court's agenda**

A survey of the performance of the Supreme Court shows how society changes and how lawyers are sensitive to some of these changes and how they help to bring about some of them. Courts depend on people and their lawyers deciding to litigate. The history of the Brazilian Court is, like the history of any other court, a mirror of such decisions and a good vantage point from which to watch political and legal developments of the country's history.

The first important issues decided by the Court had to do with conflicts among political leaders. Making use of the writ of *habeas corpus*, political groups would argue that their opponents were depriving them of their rights to freely enter and participate in the State Assemblies of Municipal Councils to which they said they had been rightfully elected. The court granted them their rights in more than one occasion.

---

<sup>40</sup> Some Brazilian legal scholars have dealt with these emerging problems. See Ingo Wolfgang Sarlet, ed., *Jurisdição e direitos fundamentais*, Vol. 1 (Porto Alegre: Livraria do Advogado - AJURIS, 2005); Virgílio Afonso da Silva, ed., *Interpretação constitucional* (São Paulo: Mallheiros, 2005); Conrado Hübner Mendes, *Controle de constitucionalidade e democracia* (Rio de Janeiro: Campus, 2008); Conrado Hübner Mendes, *Constitutional courts and deliberative democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2013). Scholars from other disciplines have also turned their attention to the Courts, such as Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos Burgos, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* (Rio de Janeiro, RJ: Editora Revan, 1999). The literature on the subject is enormous.

The Court also had to decide whether or not local administrators and police officers were entitled to forcefully enter people's homes in order to sanitize them during the public health campaigns against the yellow fever.<sup>41</sup> Another typical case of the early Republic was its decision concerning the rights of Protestants to hold meetings in open spaces, rallying people and organizing public debates where they freely preached their faith and recruited converts.<sup>42</sup> In all of these cases the Court forced the government to reshape its practice. The Court became a stronghold of individualistic conceptions.

As the wind changed, social and welfare rights, labor law and labor unions had to battle their ways into the legal system. The Court was not always so keen in accepting these newcomers, but it finally allowed for them to be considered fundamental constitutional rights. In fact it was not so much a work of the Court, but of the Constitution. Since 1934 the Federal Constitution incorporated them into its provisions, allowing and requiring the Executive and the Legislative branches to enact legislation in these fields, curbing the excesses of previous liberal policies.

One important factor in shaping the Supreme Court's slow acceptance of social and welfare rights was a change of the *Lei de Introdução ao Código Civil*,<sup>43</sup> passed in 1942. The new legislation provided that statutes be interpreted according to their "social purposes and the requirements of the common good". (Decree nr. 4657, Sep. 4, 1942, art. 5) At the time, this was considered an important improvement. As a result, there was a vast debate and literature dealing with legal hermeneutics, mostly suggesting that the judicial branch was now allowed to consider the emerging social conflicts when interpreting the existing legislation.

In the following decades the Court would face new challenges. First of all the political questions raised by the *coup d'état* of 1964, which brought the military to power. Could the Court interfere with the matters of national security? Could it review decisions rendered by military courts? The military insisted that the military courts would try civilians who were charged of acting against the national security. Some members of the Court resisted and were finally dismissed in the end of 1968, in one of the major crisis of the regime. Judges who would not face the military rule as strongly immediately replaced them.

In the late 1980's, after the military were ousted, different sorts of issues started to appear and eventually reach the Supreme Court. First, social movements (such as the Landless rural workers, *Movimento dos sem-terra* MST) turned some of their claims into judicial battles. Second, the perverse distributive effects of the inflationary crisis also became judicial battles over the allocation of financial losses throughout society. Social actors transformed the Supreme Court into a battleground of their rights.

---

<sup>41</sup> *Habeas corpus* 2.224, decided on January 31, 1905.

<sup>42</sup> *Habeas corpus* 8.588

<sup>43</sup> The *Lei de Introdução* is an equivalent of the *Livre préliminaire* of the French Civil Code, where one finds the general provisions on the enactment and enforcement of laws, among other things.

The Court has been more frequently called to decide cases in which the legal issues seem to be mixed with economic and far-reaching political questions. It seems that the old doctrine of the separation of political and legal questions does not seem to work so well any more. The Court has accepted jurisdiction in the majority of these cases, deciding in favor of traditional populations (in case of indigenous peoples), granting treatment to patients who required both medicine and medical attention beyond those provided on a universal basis by the public health system, and other similar cases.

On the other hand, the Court refused to interfere with governmental monetary policies during the 1990s, allowing lower courts to decide hundreds of thousands of cases against statutes concerning monetary reforms. In 1990 it decided not to hear a case challenging the constitutionality of the monetary reform set up by the government, but is presently, after 27 years, reviewing at the appellate level an enormous amount of the cases, which the local courts had taken.

### 3. Accountability of the Supreme Court?

I would like to refer to one final point regarding the contemporary predicament of the Court, something that is becoming more and more visible. These are actually questions to be asked, not arguments to be made. One could put the question like this: “how supreme is the Supreme Court?” Is there any way the Court’s decisions and practice could be checked? In the words of the classical tradition: *qui custodiat custodes?*

The drafters of the American constitution were the first to address the issue. In the *Federalist* papers nr. 78 we find the summary of their view: the judiciary is the “least dangerous branch” because it has no power over “the purse or the sword.” We may add that the judiciary has no initiative, which also keeps the Supreme Court in a limited position. However, the author of the pamphlet (Hamilton) warns that the citizens would suffer great oppression if the judicial branch would unite with any of the other branches. Courts are not electorally accountable. In turn they must be limited in their powers (they do not control the purse, nor the sword) and their jurisdiction. They do not advise the other branches or the citizens, their opinions are rendered only in lawsuits and cases brought to them in legal form. The power of the courts depends on a certain form of legitimacy. Recent works have insisted that a Constitutional or Supreme Court is an *anti majoritarian* institution.<sup>44</sup>

The fact that the Constitution acknowledges social rights, and especially the right to healthcare, gave the Brazilian Supreme Court the possibility of adjudicating cases where one citizen sues the government in order to obtain either a medicine or a treatment not included in the budget of the National Healthcare System (*Sistema Único de Saúde – SUS*). Based on the argument that in the absence of such treatment the plaintiff (patient) may die, the Court has decided that the government should provide

---

<sup>44</sup> See John Hart Ely, *Democracy and distrust: a theory of judicial review* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980).

the medicine or treatment. The result, after many cases, has been a rewriting of the budget. In other words, the Court has extended its power over the “purse”.

And what about the union of members of the Court with members of the other powers? The problem is presently acute, as some of the judges of the *Supremo* seem to have forgotten the advice of their forerunners, that they should keep distant from political intrigue. Some of them hold press conferences or go to TV talk shows in order to speak their mind about current issues that will inevitably become cases for them to decide. They talk about cases pending before the Court or before other courts throughout the country.

In short, the enormous power and the enormous visibility of the Court will soon be the object of further controversy.

### Works Cited

Ascarelli, Tullio. *Sguardo sul Brasile*. Milano: Giuffrè, 1949.

Barman, Roderick, and Jean Barman. “Critique of Thomas Flory's “Judicial politics in nineteenth century Brazil.” *The Hispanic American Historical Review* LVII, no. 4 (November 1977): 695-701.

Barman, Roderick, and Jean Barman. “The role of the law graduate in the political elite of imperial Brazil.” *Journal of Interamerican and international affairs* (Center for Latin American Studies at the University of Miami) 18, no. 4 (November 1976): 423-450.

Bonelli, Maria da Gloria. *Profissionalismo, gênero e diferença nas carreiras jurídicas*. Edited by Maria da Gloria Bonelli. São Carlos, SP: EdUFSCar - Editora da Universidade de São Carlos, 2013.

Ely, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

Engelmann, Fabiano. *Sociologia do campo jurídico - juristas e usos do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

Fiss, Owen. “The forms of justice.” *Harvard Law Review* 93 (November 1979): 1-58.

Fuller, Lon. “The forms and limits of adjudication.” *Harvard Law Review* 92 (December 1978): 353-409.

Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Translated by A. Krug, E. Brandão and M. E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Leal, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 2nd ed. São Paulo, SP: Alfa-Omega, 1975.

Lessa, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

Loewenstein, Karl. *Brazil under Vargas*. New York, NY: The MacMillan Company, 1944.

Lopes, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça no pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34/FGV, 2004.

Lopes, José Reinaldo de Lima. “Brazilian Courts and social rights: a case study revisited.” In *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?*, by Roberto Gargarella, Pilar Domingo and Theunis Roux, 185-211. Aldershot: Ashgate, 2006.

— . *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

Lopes, José Reinaldo de Lima. "Social rights and the courts." In *From dissonance to sense: welfare state expectations, privatisation and private law*, by Thomas Whilhelmsson and Samuli Hurri, 567-590. Aldershot: Ashgate, 1999.

Malberg, R. Carré de. *Contribution à la thórie générale de l'Etat*. Vol. 1. Paris: Sirey, 1920.

Mendes, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

–. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Campus, 2008.

Parance, Béatrice, e Jacques de Saint Victor. *Répenser les biens communs*. Paris: CNRS Éditions, 2014.

Rosenberg, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

Sarlet, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Edited by Ingo Wolfgang Sarlet. Vol. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado - AJURIS, 2005.

Schmitt, Carl. *O Guardião da constituição*. Translated by Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007.

Silva, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. Edited by Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Mallheiros, 2005.

Stolleis, Michael. "Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution." In *Konstitution und Intervention*, by Michael Stolleis, 17-32. Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 2001.

Teixeira, Maria Lúcia Resende Chaves. *As cartas de seguro: de Portugal para o Brasil colônia*. Sao Paulo, SP: USP, 2011.

Vianna, Luiz Werneck, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo, and Marcelo Baumann Burgos. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Revan/IUPERJ, 1997.

Vianna, Luiz Werneck, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo, and Marcelo Baumann Burgos. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Revan, 1999.

Vianna, Luiz Werneck, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo, and Marcelo Baumann Burgos. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Revan, 1999.

Vianna, Luiz Werneck, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palacios Cunha Melo, and Marcelo Baumann Burgos. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Revan / IUPERJ, 1997.

---

## Créer le juge suprême avant d’y accéder. Les cours suprêmes allemandes à la croisée des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles

Aurore Gaillet

Pour pouvoir *accéder* à une Cour Suprême, encore faut-il que celle-ci existe. Or, dans l’histoire allemande, la question revêt une dimension particulière en raison de l’unification tardive de l’État – né en 1871 à l’issue de trois guerres et notamment de la guerre franco-prussienne<sup>1</sup>. La structure fédérative, tradition territoriale ancrée dans la culture juridique et politique allemande, est également à prendre en compte pour apprécier la diversité et le caractère progressif de la création *des* cours suprêmes allemandes, ici entendues dans un sens large englobant les premiers pas de l’unification de la justice civile, administrative et constitutionnelle.

Ce bref exposé se propose de revenir sur deux étapes majeures pour la création des cours suprêmes en Allemagne, deux étapes ancrées dans deux contextes et régimes politiques différents, fondamentales pour la construction de l’organisation judiciaire allemande avant sa consolidation ultérieure dans le cadre de la Loi fondamentale du 23 mai 1949. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la création de nouvelles juridictions reflète en premier lieu la stabilisation et l’unification progressive de l’Allemagne wilhelminienne (I). Suit la période plus troublée de la République de Weimar, qui se traduit à plusieurs égards par un « entre-deux », dont l’évolution de l’organisation judiciaire se fait l’écho (II).

27

### I. L’Allemagne wilhelminienne – le reflet d’une structure fédérale en voie d’unification nationale

L’Empire allemand est proclamé le 18 janvier 1871 à Versailles, à la suite de la défaite de Napoléon III à Sedan le 2 septembre 1870. Le nouvel État est composé de vingt-deux États monarchiques<sup>2</sup>, des trois villes-libres de Hambourg, Lübeck et Brême, et de la Terre d’Empire d’Alsace-Lorraine (*Reichsland Elsass-Lothringen*), annexée à l’issue du conflit avec la France. L’unification emporte la stabilisation de la forme

---

<sup>1</sup> Voir par exemple R. POIDEVIN, S. SCHIRMANN, *Histoire de l’Allemagne*, Paris, Hatier, 1992, p. 108 sq.

<sup>2</sup> Plus exactement quatre Royaumes (Prusse, Bavière, Saxe, Wurtemberg), qui regroupent les cinquante-sixième de la population, six Grands-Duchés, cinq Duchés et sept Principautés, ce qui représente quelque 540 000 km<sup>2</sup>. Le Luxembourg, le Liechtenstein et les États autrichiens n’en font plus partie.

politique spécifique que constitue la monarchie constitutionnelle<sup>3</sup> – même si le modèle adopté par la Constitution du nouveau *Reich* associe les traditionnels éléments monarchiques, militaires et bureaucratiques au principe démocratique désormais incarné par le *Reichstag*<sup>4</sup>. Quant à la structure administrative, elle demeure marquée par la domination prussienne et par le principe traditionnel selon lequel, en Allemagne, l'administration est l'affaire des États.

Dans ce cadre, si la création d'un nouveau tribunal fédéral compétent pour les affaires civiles et pénales va de pair avec l'unification politique allemande (1), l'accès à la justice administrative demeure principalement organisé au niveau des États particuliers, excluant donc tout accès à une cour suprême fédérale (2).

### **1. La création du *Reichsgericht*, voie d'accès vers une nouvelle cour suprême en matière civile et pénale**

L'absence d'unité politique a longtemps été un frein à l'unité du droit allemand – le particularisme juridique restant le principe jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. À l'inverse, l'unification politique ouvre la voie à une progressive unification juridique. Celle-ci est par ailleurs portée par des arguments économiques, déjà défendus au début du siècle<sup>5</sup> et dotés d'une nouvelle force à la faveur de la réorientation de l'État de droit, un *Rechtsstaat* désormais essentiellement identifié à la sanction du principe de légalité et à la garantie de la sphère individuelle<sup>6</sup>. Les réformes économiques et la garantie des libertés individuelles réclamées lors du Congrès des économistes de Francfort en 1859 trouvent ainsi un écho dans la politique législative adoptée par le nouveau *Reich* allemand. Sont ainsi progressivement garanties la liberté de circulation, la liberté professionnelle, la liberté syndicale, le secret postal et la liberté de la presse<sup>7</sup>. La promulgation des grandes lois sur la justice (*Reichsjustizgesetze*) – lois processuelles (codes de procédure pénale – StPO – et civile – ZPO) et loi relative à l'organisation de

---

<sup>3</sup> J. HUMMEL, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918): le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, Léviathan, 2002.

<sup>4</sup> Constitution adoptée le 16 avril 1871. Pour l'analyse du système constitutionnel, voir par exemple E. R. HUBER, « Die Bismarcksche Reichsverfassung im Zusammenhang der deutschen Verfassungsgeschichte », in T. SCHIEDER, E. DEUERLEIN, *Reichsgründung 1870/71*, Stuttgart, Seewald Verlag, 1970, p. 164-196.

<sup>5</sup> Voir par exemple les arguments de A. J. F. THIBAUT en 1814 (*Sur la nécessité d'un droit civil général pour l'Allemagne, Heidelbergische Jahrbücher der Literatur*, 1814, p. 1-32) dans la querelle qui l'oppose à F. C. v. SAVIGNY à l'occasion de la « querelle de la codification ». Voir par exemple sur cette question : O. JOUANJAN, « École historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX<sup>e</sup> siècle), in : D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 571-578.

<sup>6</sup> O. JOUANJAN, *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, PUS, 2001 ; A. GAILLET, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 2012, en part. p. 331 sq.

<sup>7</sup> Respectivement : Loi sur la liberté de circulation (*Freizügigkeitsgesetz*) du 1 novembre 1867 (BGBl. 55) ; Code de l'industrie, du commerce et de l'artisanat (*Gewerbeordnung*) du 21 juin 1869 (BGBl. 245) ; liberté syndicale (Koalitionsfreiheit, § 152 et 153 de la *Gewerbeordnung*) ; § 5 de la loi sur la poste (*Gesetz über das Postwesen*) du 28 octobre 1871, (RGBl. 347) ; loi fédérale sur la presse (*Reichsgesetz über die Presse*) du 7 mai 1874 (RGBl. 1874, p. 65).

la justice du 27 janvier 1877 (GVG)<sup>8</sup> – est également essentielle. Ces lois fédérales consacrent en effet l'indépendance des tribunaux (§ 1 GVG), la garantie d'une voie de droit pour toutes les affaires de droit civil (§ 13 GVG), le droit au juge légal (§ 16 al. 2 GVG), l'inviolabilité de la propriété et du domicile (§ 98-107 StPO) ou encore l'*habeas corpus* (§114 StPO). Sur le fond, ces lois contribuent au perfectionnement du droit constitutionnel matériel allemand. Portant la création d'un Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*)<sup>9</sup>, elles sont en outre essentielles pour l'organisation judiciaire. Composée de juges professionnels et indépendants, âgés de plus de trente-cinq ans et nommés par l'Empereur sur proposition du *Bundesrat*, cette nouvelle cour suprême siégera à Leipzig de 1879 à 1945 – date à laquelle elle sera dissoute par les Alliés, avant la création à Karlsruhe d'une nouvelle cour fédérale (*Bundesgerichtshof*). Sa mission de garantie de l'unité de la jurisprudence en matière civile et pénale<sup>10</sup> est d'autant plus déterminante qu'elle embrasse de vastes questions, tant du droit fédéral ordinaire (incluant les règles de procédure civile et pénale, les affaires concernant l'État en sa qualité de *Fiskus*<sup>11</sup> ou encore le droit du travail avant la création d'une juridiction plus spécialisée en 1926) que, dans certaines conditions, du droit des États. Nonobstant certaines critiques adressées à un tribunal présenté comme le continuateur des positions conservatrices du tribunal supérieur prussien, le *Reichsgericht* sera aussi l'auteur de décisions fondamentales pour l'évolution du droit allemand<sup>12</sup>.

Si la justice administrative est également renouvelée au cours de la seconde partie du XIX<sup>e</sup> siècle, ce n'est toutefois pas pour ouvrir l'accès à une cour suprême fédérale. Les nouvelles juridictions sont en effet d'abord créées au niveau des États particuliers.

## 2. L'accès à la justice administrative, principalement organisé au niveau des États particuliers

Aux côtés du rôle toujours essentiel conféré au juge judiciaire, la garantie des droits individuels s'inscrit également dans le cadre de l'État de droit administratif. Celui-ci est notamment renouvelé par la création des juridictions administratives, lesquelles s'imposent comme le fruit d'un compromis, au terme de controverses relatives à la

---

<sup>8</sup> L'expression « lois sur la justice de l'Empire » (*Reichsjustizgesetze*) renvoie aux lois promulguées en 1877 et entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1879, dont font notamment partie le Code de procédure pénale (*Strafprozeßordnung*, StPO) du 1<sup>er</sup> février 1877, le Code de procédure civile (*Zivilprozeßordnung*, ZPO) du 30 janvier 1877 et la loi sur l'organisation de la justice (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG) du 27 janvier 1877.

<sup>9</sup> Le *Reichsgericht* n'est pas à confondre avec la juridiction *constitutionnelle* du même nom, prévue par la Constitution de Francfort du 28 mars 1849 – cf. *infra* pour celle-ci.

<sup>10</sup> T. HENNE, *Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ in den 1870er Jahren. Startbedingungen, Methoden und Erfolge*. Habilitationsschrift, Frankfurt a. M., 2001.

<sup>11</sup> Selon une ancienne théorie traditionnelle en Allemagne qui considérait le patrimoine public comme appartenant à une personne morale autonome de *droit privé*, placée à côté du prince, titulaire de la puissance *publique* et jouissant de droits régaliens. Voir par exemple M. FROMONT, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 69.

<sup>12</sup> Notamment sous Weimar, cf. *infra*.

nature de l'organe en charge du contentieux de l'administration qui auront duré plus d'un demi-siècle<sup>13</sup>. Ce renouvellement n'emporte toutefois pas la création d'une nouvelle cour suprême administrative, qui aurait pu être le pendant du *Reichsgericht*. Répondant pleinement à la territorialisation de la puissance publique, entreprise dès le Moyen-Âge<sup>14</sup>, le contrôle de cette dernière reste en effet envisagé à l'échelle des États particuliers. Partant, ceux-ci se dotent progressivement de juridictions spécifiques, à la suite du Grand-Duché de Bade (loi du 5 octobre 1863) et surtout de la Prusse (loi du 3 juillet 1875)<sup>15</sup>.

À l'inverse, le caractère limité de l'administration fédérale, même après 1871, ne justifie pas l'établissement d'une nouvelle cour suprême à compétence générale. Seuls peuvent être mentionnés quelques organes fédéraux à compétence spécialisée, manifestations de la création de nouveaux services fédéraux. Parmi ces nouveaux organes, certains sont composés de juges et de membres de l'administration active, et cumulent des attributions contentieuses et d'administration active. C'est le cas par exemple de l'Office des assurances nationales (*Reichsversicherungsamt*) créé par une loi du 6 juillet 1884 et chargé de l'examen des recours dirigés contre les décisions des commissions arbitrales en matière d'assurances sociales<sup>16</sup>. Peuvent également être citées dans ce sens la Cour supérieure de navigation (*Oberseeamt*) ou la Commission des brevets (*Patentamt*), créées en 1877. Dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, ces organes se conforment généralement à une procédure spécifique – même si d'autres organes se distinguent déjà par un fonctionnement plus strictement juridictionnel<sup>17</sup>. En toute hypothèse, il s'agit principalement d'instances aux attributions limitées, compétentes pour trancher en dernière instance les litiges portant sur l'exécution des nouvelles lois fédérales. L'on ne saurait dès lors y voir des « maillons homogènes s'intégrant à la construction d'une juridiction administrative fédérale. »<sup>18</sup> L'idée même d'une justice administrative se structurant autour d'un organe central sur le modèle français du Conseil d'État est et demeure très éloignée des conceptions allemandes.

---

<sup>13</sup> A. GAILLET, L'individu contre l'État, op. cit., p. 344 sq.

<sup>14</sup> Voir par exemple M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, t. 2, München, Beck, 1992, p. 243.

<sup>15</sup> Telle est notamment la voie choisie par les États de Hesse (1875), Wurtemberg (1876), Bavière (1878), Anhalt (1888), Brunswick (1895), Saxe-Meiningen (1897), Lippe (1898), Saxe-Cobourg-Gotha (1899), Saxe (1900), Oldenburg (1911), Thuringe (1912), puis finalement Lübeck (1916) – et sous Weimar, Hambourg (1921) et Brême (1924). Pour les lois correspondantes : F. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8<sup>e</sup> éd., Tübingen, Mohr, 1928, p. 242-244.

<sup>16</sup> Loi du 6 juillet 1884 (RGBl. p. 69, § 87s.). On peut y voir le début d'une juridiction sociale spécialisée en Allemagne : au départ uniquement compétente dans le domaine de la protection contre les accidents, ses compétences sont progressivement élargies. Le règlement du 19 juillet 1911 (RGBl. p. 501, § 13s.) étend notamment ses compétences aux trois branches de l'assurance sociale (*Sozialversicherung*).

<sup>17</sup> Voir en particulier le *Bundesamt für Heimatwesen* créée dès 1870 pour statuer en dernier ressort sur les litiges entre les autorités d'assistance publique ; et la Cour fédérale des finances (*Reichsfinanzhof*), créée plus tardivement, par la loi du 26 juillet 1918, amendée lors de la promulgation du Code national des impôts (*Reichsabgabenordnung*) du 13 décembre 1919.

<sup>18</sup> Voir par exemple : W. RÜFNER, « Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit », in K. G. A. JESERICH, H. POHL, G.-Chr. v. UNRUH (dir.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, t. 3, *Das deutsche Reich bis zum Ende der Monarchie*, Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 1984, p. 909-930.

Tel sera également le cas sous la République de Weimar, même si d'autres évolutions permettent de poursuivre les réflexions sur la construction des juridictions suprêmes en Allemagne.

## II. Weimar : un entre-deux pour l'accès aux cours suprêmes

À l'issue de la Première Guerre mondiale, le cadre politique est fondamentalement modifié par la nouvelle Constitution du 11 août 1919. Le passage de la monarchie à la République démocratique et parlementaire de Weimar emporte une nécessaire redéfinition des rapports entre l'État et la société. Suivent également de nouvelles interrogations sur le système judiciaire allemand. Pour autant, le cadre juridique demeure à la croisée des systèmes du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècles, ainsi qu'en témoignent l'organisation de la justice ordinaire (1), administrative (2), comme les questionnements sur la justice constitutionnelle allemande (3).

### 1. Un profond renouvellement des méthodes du droit privé par une Cour suprême inchangée

Au niveau du droit civil et du droit pénal, la cour suprême créée sous l'Empire poursuit son activité. L'article 103 de la Constitution de Weimar, relevant d'un chapitre consacré à « la justice » (*Die Rechtspflege* – titre I, chapitre VII) lui fournit une nouvelle assise constitutionnelle, disposant que « la juridiction ordinaire est exercée par le *Reichsgericht* et par les tribunaux des *Länder* ». Il n'y a donc ni création ni nouvel accès à la cour suprême ordinaire allemande. Cette période troublée issue de la Première Guerre mondiale est néanmoins marquée par un profond renouvellement du droit privé. Au niveau de ses *concepts*, la guerre avait commandé l'adaptation d'un droit construit autour de l'autonomie de la volonté et de la liberté formelle au cadre d'une économie administrée. Le renouvellement du droit des contrats est significatif à cet égard<sup>19</sup>. S'agissant des *méthodes* du droit privé<sup>20</sup>, la situation « extra » ordinaire rend nécessaire une plus grande souplesse dans l'interprétation du Code Civil allemand (*BGB*), pourtant entré en vigueur moins de vingt années auparavant<sup>21</sup>. Marquées par le positivisme triomphant de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et pensées pour un temps de paix et libéral, ces dispositions seront rapidement mises à l'épreuve de leur application pratique. La guerre n'est évidemment pas la seule raison de la remise en cause de l'ancienne conception formaliste du droit face à sa confrontation à la « réalité » du contexte économique et social. Le rôle du *Reichsgericht* dans l'interprétation et l'application concrète du droit aux situations engendrées par les

<sup>19</sup> S.-R. EIFFLER, « Die "Feuertaufe" des BGB : Das Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Kriegswirtschaftsrecht des 1. Weltkriegs », *ZNR*, 1998, p. 238-255, en part. p. 244 sq.

<sup>20</sup> H. Dörner, « Erster Weltkrieg und Privatrecht », *Rechtstheorie* 17 (1986), p. 385-401.

<sup>21</sup> Sur le *Bürgerliches Gesetzbuch*, adopté par le Reichstag en 1896 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900 : F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2<sup>e</sup> éd., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967 p. 468 sq.

bouleversements du début du siècle contribuera toutefois à la réorientation des méthodes du droit privé<sup>22</sup>, spécialement en ce qui concerne les rapports entre la loi et le juge<sup>23</sup>.

Si le droit administratif est à son tour contraint d'évoluer pour faire face aux circonstances exceptionnelles de la guerre comme au nouvel environnement économique et social, cela n'empêche pas la création d'une cour suprême administrative, en dépit de la lettre de la Constitution de Weimar.

## 2. L'ambition avortée de la création d'une cour suprême administrative

Contrairement à la situation de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'administration fédérale allemande n'a désormais plus rien d'embryonnaire. L'idée d'une cour suprême en matière administrative est débattue dès 1910 et prend tout son sens à mesure du développement de l'administration impériale et de la croissance de l'activité législative du *Reich*. C'est ainsi que le trentième « Congrès des juristes », qui se tient en 1910, s'achève sur la revendication de la création d'une juridiction unique, relançant ce faisant les débats parlementaires<sup>24</sup>.

Interrompue par la Première Guerre mondiale, la discussion sera ensuite stimulée par les nombreuses ingérences dans les libertés individuelles occasionnées par l'administration fédérale dans le cadre de l'économie de guerre. Face aux circonstances exceptionnelles, l'interventionnisme étatique a en effet pris une toute autre ampleur, inaugurant une nouvelle ère des rapports entre l'État et la société en Allemagne. La loi du 4 août 1914 autorisant le *Bundesrat* à prendre toutes les mesures « nécessaires pour remédier aux difficultés économiques » constitue le fondement juridique de nombreuses ingérences dans les domaines les plus vastes. Sur le plan économique, il s'agit de mutualiser les forces étatiques et privées au service d'objectifs partagés<sup>25</sup>. Si les forces privées demeurent des instruments essentiels de l'effort de guerre, l'intervention directe de l'État n'en est pas moins massive et dirigiste, lois et

---

<sup>22</sup> K. W. NÖRR, *Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit – Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Krisen von Weltkrieg und Inflation, und die Entfaltung eines neuen richterlichen Selbstverständnisses*, Verlag C. F. Müller, Heidelberg, 1996.

<sup>23</sup> De manière générale sur le rôle du juge : R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1986. Sur les acteurs de la « querelle des méthodes » accompagnant la réorientation du rôle du juge (jurisprudence des intérêts et école du droit libre) : A. GAILLET, « Contre le formalisme de la "jurisprudence des concepts" : Philipp Heck et la "jurisprudence des intérêts" en Allemagne », in O. JOUANJAN, E. ZOLLER, *Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis. Le "moment 1900"*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2015.

<sup>24</sup> Voir notamment les rapports de R. THOMA et G. ANSCHÜTZ sur la question « Existe-t-il un besoin de créer une juridiction administrative impériale allemande ? » (« Liegt ein Bedürfnis eines deutschen Reichs-Verwaltungsgerichts vor ? »), *Verhandlungen des 30. Deutschen Juristentages*, t. 1, Berlin, Guttentag, 1910, p. 51s. et 489s.

<sup>25</sup> Le modèle « d'économie sociale allemande », initié par Walter Rathenau et Wichard von Möllendorff propose de mettre en œuvre une solution médiane, entre l'économie de marché – dépassée, dès lors que l'intérêt privé devient second – et l'économie planifiée. W. RATHENAU, *Probleme der Friedenswirtschaft. Vortrag vom 18. Dezember 1916*, *GesSchr* 1918, t. 5, 59 sq. ; W. v. MÖLLENDORFF, *Deutsche Gemeinwirtschaft*, Berlin, Siegmund, 1916.

ordonnances établissant une administration hiérarchisée, militaire et centralisée<sup>26</sup>. L'interventionnisme étatique est en conséquence à l'origine d'un véritable « droit administratif de guerre » (*Kriegsverwaltungsrecht*), notamment économique. Outre le renouvellement disciplinaire qui marquera le droit administratif allemand aux lendemains de la Première Guerre mondiale<sup>27</sup>, ces bouleversements sont accompagnés d'une importante jurisprudence de la Cour administrative supérieure de Berlin (*Oberverwaltungsgericht* – OVG).

Plus encore qu'avant la guerre, le contexte s'avère dès lors propice à la création d'une juridiction administrative fédérale, composée de juges indépendants et assurant l'unité de l'interprétation du droit administratif. Partant, reprenant à son compte maintes discussions et revendications, la Constitution de Weimar de 1919 prévoit expressément que « des tribunaux administratifs doivent exister au niveau du *Reich* et dans les États [...] » (art. 107). Cette disposition programmatique n'emporte néanmoins pas la réorganisation de la justice administrative attendue. Les projets en ce sens<sup>28</sup> se heurtent à de nombreuses objections, à l'absence d'unité quant au modèle à élaborer, ainsi qu'à une succession de crises politiques<sup>29</sup>. En dépit de la multiplication des appels à mettre en œuvre cette disposition constitutionnelle, celle-ci reste lettre morte. La justice administrative demeure en conséquence marquée par la diversité des règles, issues de diverses législations étatiques.

Tout comme à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'accès à la justice administrative s'effectue ainsi au niveau des États particuliers. Un tel « entre-deux », oscillant entre les évolutions engagées par le renouvellement du contexte politique, économique, social et juridique d'une part, le maintien de solutions anciennes d'autre part, se retrouve en matière de justice constitutionnelle.

### **3. L'accès à une cour suprême constitutionnelle : une discussion embryonnaire face à la fragmentation des organes**

Les questions posées par l'établissement du nouveau *Staatsgerichtshof*, embryon de juridiction constitutionnelle fédérale, prévu par l'article 108 de la Constitution de Weimar<sup>30</sup>, témoignent du caractère toujours inachevé de la protection juridique dans l'Allemagne de Weimar. Sans doute cette « Cour de justice d'État » (ou Haute Cour constitutionnelle) est-elle instituée par la loi du 9 juillet 1921, laquelle fixe son siège à

---

<sup>26</sup> S.-R. EIFFLER, « Die "Feuertaufe" des BGB : Das Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Kriegswirtschaftsrecht des 1. Weltkriegs », *op. cit.*, p. 240

<sup>27</sup> A. GAILLET, « Le droit public allemand et la Première Guerre mondiale », *Jus Politicum* n° 15, 2016, <http://juspoliticum.com/article/Le-droit-public-allemand-et-la-Premiere-Guerre-mondiale-1067.html>.

<sup>28</sup> Voir par exemple la proposition de loi déposée en 1930 : Löwenthal, *JR* 1930, p. 241-248.

<sup>29</sup> O. KIMMINICH, « Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik », *VBIBW.*, 1998, p. 371-378. Voir aussi G. Lassar, « Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte. (Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution », *VStaatsRL. (Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer)*, *op. cit.*, p. 81-103, p. 96 sq.

<sup>30</sup> « Une Haute Cour de justice est instituée, conformément à une loi du *Reich* ».

Leipzig<sup>31</sup>. Sans doute aussi, l'institution même d'une telle cour rompt-elle avec la tradition de l'Empire de 1871, lequel réservait un traitement politique aux litiges de nature constitutionnelle tels les litiges fédératifs. La limitation des compétences dévolues au *Staatsgerichtshof* weimarien se situe toutefois bien dans la continuité d'une conception limitée de la justice constitutionnelle développée. Ses attributions ne s'étendent en effet pas au-delà de la connaissance de certains litiges de nature fédérative et de la décision sur les plaintes formées par le « *Reichstag* contre le président, le chancelier ou les ministres du *Reich* », en raison de la « violation fautive » de la Constitution ou d'une loi fédérale<sup>32</sup>. Il ne lui appartient donc ni de se prononcer sur les litiges entre les organes fédéraux, ni de sanctionner le respect du droit au titre d'un contrôle des normes abstrait ou concret, ni *a fortiori* de garantir les droits fondamentaux à l'initiative d'un recours individuel<sup>33</sup>. Les hésitations relatives à la valeur juridique des droits fondamentaux proclamés par la Constitution du 11 août 1919 n'y contribuent au reste pas davantage<sup>34</sup>. L'époque weimarienne n'est alors pas encore prête à renouer avec cette autre tradition allemande, fondée sur la confiance dans le juge et le droit, et qui avait trouvé à une première concrétisation à l'échelle fédérale dans la Constitution mort-née de Francfort du 28 mars 1849, laquelle prévoyait la création d'un véritable tribunal constitutionnel moderne aux compétences très étendues<sup>35</sup>.

Ces limites n'empêchent cependant pas le développement d'importantes discussions relatives à la signification et à la fonction de la justice constitutionnelle en Allemagne<sup>36</sup>. Celles-ci sont notamment alimentées par une importante décision du

---

<sup>31</sup> Voir par exemple E. FRIESENHAHN, « Die Staatsgerichtsbarkeit », in G. ANSCHÜTZ, R. THOMA (dir.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, op. cit., p. 523 sq. ; W. KOHL, « Staatsgerichtshof », in A. ERLER, E. KAUFMANN, (dir.), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, op. cit., t. 4, p. 1814-1818. Ce dernier terme désignant anciennement la juridiction constitutionnelle est encore utilisé dans les constitutions actuellement en vigueur de certains *Länder*.

<sup>32</sup> Art. 19 : « Le contentieux constitutionnel interne à un *Land* pour lequel aucune juridiction n'est compétente, ainsi que les différends qui ne relèvent pas du droit privé entre différents *Länder* ou entre le *Reich* et un *Land*, relèvent de la compétence de la Haute Cour de justice, saisie par l'une des parties en litige, à moins qu'une autre juridiction du *Reich* ne soit compétente. <sup>2</sup> Le président du *Reich* exécute l'arrêt de la Haute Cour de justice. » ; Art. 59 : « Le *Reichstag* peut mettre en accusation le président du *Reich*, le chancelier du *Reich* et les ministres devant la Haute Cour de justice du *Reich* pour violation coupable de la Constitution ou d'une loi du *Reich*. La proposition de mise en accusation doit être signée de cent membres du *Reichstag* au moins et doit être votée à la majorité nécessaire pour réviser la Constitution ».

Voir aussi les articles 18, 90 et 171 pour d'autres applications de la compétence de la Cour pour des litiges d'ordre fédératif.

<sup>33</sup> Sur les projets de réforme des compétences du *Staatsgerichtshof*, voir par exemple J. POETZSCH, « Empfiehlt es sich, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs auf andere als die in Art. 19 Abs. 1 RV bezeichneten Verfassungsstreitigkeiten auszudehnen? », *DJZ*, 31, 1926, p. 1265s.

<sup>34</sup> Sur cette question: Chr. Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr, 1997, p. 280 sq.

<sup>35</sup> A. GAILLET, *L'individu contre l'État*, op. cit., p. 206 sq. (« Le Tribunal d'Empire et la plainte individuelle en garantie des droits fondamentaux »).

<sup>36</sup> Voir par exemple : A. LE DIVELLEC, « Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945 », in D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Éd. Panthéon Assas, L.G.D.J., 2003, p. 104-140. On se reportera également à son analyse à l'appui de la présentation de « deux textes de Heinrich Triepel » : A. LE DIVELLEC, « Droit, politique et justice constitutionnelle : deux textes de Heinrich Triepel », in « Droit, politique et justice constitutionnelle »,

*Reichsgericht*. Nonobstant l'existence d'une Haute Cour constitutionnelle, c'est bien le Tribunal fédéral qui se reconnaît compétent pour effectuer un contrôle incident des lois ordinaires. Tel est le sens historique de l'une de ses décisions du 4 novembre 1925<sup>37</sup> – année même où, à partir de l'affaire Ratier, la controverse relative à l'exception d'inconstitutionnalité s'épanouit en France<sup>38</sup>.

Peut-être la solution du *Reichsgericht* de 1925, si elle avait été développée, aurait-elle pu conduire à un contrôle de constitutionnalité incident sur le modèle américain, le Tribunal fédéral compétent pour les affaires civiles et pénales s'élevant au rang de Cour suprême allemande? Cette conception sera toutefois balayée par le renouvellement profond de l'organisation juridique et judiciaire imposé aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale. Les choix politiques essentiels opérés par la Loi fondamentale du 23 mai 1949 permettent en effet de dépasser les compromis d'une « Constitution sans décision »<sup>39</sup> et de placer la protection de l'individu au cœur du système juridique. La création d'une véritable Cour constitutionnelle fédérale ouvre en particulier un nouveau champ très vaste pour l'étude de « l'accès à la cour suprême » en Allemagne.

---

*Jus Politicum*, 2, 2009 (<http://www.juspoliticum.com/Droit-politique-et-justice.html>). Sur les importants débats relatifs à l'opportunité d'introduire un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, notamment à titre incident, voir également : R. BAUMERT, « Une "vision morale" de la justice constitutionnelle sous la République de Weimar », *Jus Politicum*, 4, 2010, (<http://www.juspoliticum.com/Une-vision-morale-de-la-justice.html>).

Sur la controverse entre Hans Kelsen et Carl Schmitt (C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1931 ; H. KELSEN, « Wer soll Hüter der Verfassung sein ? », *Die Justiz*, 6, 1931, p. 576-628) : O. BEAUD, P. PASQUINO (dir.), *La controverse sur "Le gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt, Actes du colloque à Berlin, Centre Marc Bloch, 21 juin 2006*, Paris, Panthéon-Assas, 2007.

<sup>37</sup> Sur cette question, et notamment sur la célèbre décision du *Reichsgericht* du 4 novembre 1925 : O. JOUANJAN, « Contribution à l'histoire du contrôle judiciaire des normes en Allemagne (1815-1933) », in E. ZOLLER, *Marbury v. Madison, 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 117-134.

<sup>38</sup> M. MILET, « La controverse de 1925 sur l'exception d'inconstitutionnalité. Genèse d'un débat : l'affaire Ratier », *Revue française de sciences politiques*, 1999, n° 6, p. 783-802.

<sup>39</sup> O. KIRCHHEIMER, « Weimar und was dann? Analyse einer Verfassung » (1930), rééd. in du même, *Politik und Verfassung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1964, p. 52 sq.

---

# Cour suprême et fabrication du droit. L'exemple de la Cour de cassation française

Agnès Fossaert

Comment une cour suprême fabrique-t-elle du droit ? Avant d'examiner cette question au travers de l'exemple particulier de la Cour de cassation française, il faut faire un détour par une précision sur le sens de l'expression « Cour suprême ».

## 1. La polysémie de la terminologie « Cour suprême »

Sous le même vocable, figurent des réalités fort différentes, que l'on peut regrouper en deux grandes catégories :

- le modèle des cours suprêmes *stricto sensu* : dans ce modèle la Cour suprême est placée au sommet du système juridictionnel et est en rapport hiérarchique avec les autres autorités juridictionnelles, auxquelles elle peut imposer son point de vue : ainsi la Cour suprême des Etats Unis peut annuler les décisions des juridictions fédérales et celles des Cours suprêmes des Etats de l'Union.

Ces « vraies » Cour suprêmes, qui connaissent de l'intégralité des questions d'ordre juridique, quelqu'en soit le domaine (constitutionnel, administratif, civil, pénal) décident des problèmes qu'elles traitent en opérant discrétionnairement un choix parmi l'ensemble des recours qui leur sont soumis. Les exemples topiques en sont la Cour suprême des USA, la Cour suprême du Canada. Ces Cours rendent chaque année un nombre réduit de décisions (moins de 100) et l'autorité de ces décisions est corrélativement considérable.

- le modèle européen (dit Kelsinien du nom de son concepteur Hans Kelsen), dans lequel cohabitent :

- un appareil judiciaire ordinaire au sommet duquel figure une cour suprême, ou des « cours suprêmes » spécialisées par domaines juridiques (ainsi en France le Cour de cassation et le Conseil d'Etat)
- une Cour constitutionnelle indépendante et en dehors de l'appareil juridictionnel ordinaire. qui connaît exclusivement du contentieux constitutionnel.

Dans ce second modèle, on peut encore distinguer :

- Les Cours suprêmes (le plus souvent à domaine spécialisé) dont l'accès est restreint par un système de filtre, plus ou moins sévère, destiné à contrôler le nombre des affaires traitées. Ce système de filtre est désormais majoritaire dans

les pays européens, Ces Cours rendent un nombre de décisions, variable selon les pays, beaucoup plus conséquent que celles de la première catégorie et l'autorité de chaque décision est elle-même variable

- Les Cours suprêmes à domaine spécialisé, dont l'accès n'est contrôlé que par les règles de forme et de délais de présentation des recours. Tel est le cas de la Cour de cassation française, qui enregistre chaque année près de 30 000 pourvois dont environ 21 000 pourvois « civils » (c'est à dire civil *stricto sensu*, commercial, social) et environ 8500 pourvois pénaux. De telles Cours ont pour particularité essentielle de rendre un grand nombre de décisions, dont l'autorité est extrêmement variable : certaines n'ont d'intérêt que pour l'espèce considérée, d'autres ont une valeur qui va au-delà de l'espèce, voire une portée très générale.

A ces différents types de « Cours suprêmes » correspondent différents types de fabrication de la jurisprudence. Les Cours qui choisissent les affaires qu'elles traitent et sont au sommet de la hiérarchie du système juridictionnel, ont pour présupposé l'existence d'un intérêt général au-delà de l'espèce.

Aux autres Cours, qui ne sont « suprêmes » que dans un ordre donné, et qui traitent de nombreux dossiers, se pose la question du traitement différencié des dossiers, afin de privilégier ceux qui présentent une portée dépassant le cas d'espèce.

## 2. la fabrique du droit à la Cour de cassation

En l'absence de tri *ab initio* des affaires qui lui sont soumises, la Cour de cassation s'efforce d'opérer ce tri *a posteriori* pour privilégier le traitement des affaires les plus intéressantes, c'est-à-dire celles qui sont susceptibles de donner lieu à une solution de portée générale, en tout cas dépassant celle de la seule espèce considérée. Il peut s'agir d'une question nouvelle, jamais tranchée. Ce peut être également une question qui fait l'objet de nombreux litiges et de jurisprudences divergentes des juges du fond, que le rôle unificateur de la Cour de cassation impose de trancher.

Ceci répond à un double objectif : d'une part mettre la Cour en mesure de consacrer plus de temps, de réflexion, de soin aux affaires dont la portée est importante.

D'autre part gérer le flux des dossiers pour ne pas accumuler un stock ingérable et contenir le rendu des décisions dans des délais raisonnables.

Le premier objectif se manifeste par un traitement différencié :

### a) des affaires

- les affaires importantes sont discutées et les arrêts rédigés par une formation de section : c'est à dire par l'ensemble des membres d'une section d'une chambre de la Cour, soit 5 magistrats au minimum, mais le plus souvent 8 à 12 (il existe en général 2 sections par chambre, sauf à la chambre criminelle qui en comporte 4)

- les affaires ne posant pas de question de principe et dont la solution (quelle soit de rejet ou de cassation) est univoque, sont examinées par une formation restreinte de 3 magistrats et leur rédaction, mise au point par la conférence (président + doyen) n'est en principe pas discutée. Elles peuvent donner lieu à un arrêt en « formule abrégée », qui ne reproduit pas le moyen et se borne à énoncer la réponse.
- les affaires ne présentant aucun intérêt doctrinal et dont le rejet est évident font l'objet d'une décision de « rejet non spécialement motivé », prévue par l'article 1014 du cpc, également rendue par une formation restreinte de 3 magistrats.

b) de la publicité :

- les affaires rendues en formation de section sont le plus souvent publiées au bulletin des arrêts de la Cour de cassation, et éventuellement au rapport annuel et sur le site internet de la Cour avec un communiqué explicatif.
- les affaires rendues en formation restreinte ne sont qu'exceptionnellement publiées et bien évidemment, celles qui font l'objet d'un rejet non motivé ne le sont jamais.

Il faut donc être conscient que, dans une Cour qui rend plusieurs dizaines de milliers de décisions annuellement (plus de 21 000 arrêts civils/ par an à la Cour de cassation), seule une faible part des décisions (sans doute inférieure à 10%) a une portée dépassant la seule espèce.

Le second objectif (gestion des flux) se manifeste notamment par le souci d'éviter les cassations inutiles ou inopportunes. Toute cassation emporte en effet mécaniquement (par la nécessité de renvoyer l'affaire devant une juridiction de fond pour qu'elle soit rejugée) un effet d'allongement de la procédure et d'accroissement des coûts. De surcroît, censurer systématiquement par une cassation toute défaillance de la décision critiquée constitue un encouragement à la multiplication des pourvois, qui apparaissent comme une nouvelle chance de faire rejurer son affaire et d'obtenir finalement gain de cause...

On trouve en conséquence dans le traitement des dossiers à la Cour de cassation, le souci de ne prononcer que les cassations nécessaires ou inévitables.

A titre anecdotique, on relèvera le fait que, lors de la formation des conseillers nouvellement nommés, on insiste sur le fait qu'en cas d'hésitation entre rejet et cassation, lorsque les deux sont possibles, c'est le rejet qui doit être privilégié. C'est d'ailleurs ce à quoi invite le code de procédure civile, lorsqu'il dispose (article 620) que « la Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné ; elle le peut également en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant ».

Mais la Cour va plus loin lorsqu'elle recourt à ce que l'on désigne par « sauvetage » de l'arrêt attaqué, étant observé qu'il s'agit d'une terminologie issue de la

pratique et peu étudiée en doctrine car il n'est pas aisé de repérer les décisions de sauvetage que rien ne distingue formellement parmi l'ensemble des rejets. On ne peut parler de « sauvetage » que lorsque la cassation, pourtant clairement encourue, va être écartée au profit d'un rejet.

### **Quand recourt-on au sauvetage ?**

L'idée est que le choix entre cassation et rejet du pourvoi ne dépend pas exclusivement des mérites du pourvoi mais aussi d'une appréciation sur l'utilité de la cassation : quelles sont les chances d'obtenir une solution différente de celle qui a été rendue ? Y a-t-il un intérêt du litige suffisant (par exemple lorsque l'enjeu, notamment financier, est ridicule.

Il s'agit également d'éviter la cassation dans des affaires qui ont été -sur le fond- bien jugées, même si des approximations ou lacunes affectent leur motivation.

Il peut s'agir encore, des hypothèses où l'affaire ne peut pas (ou plus) trouver une issue plus satisfaisante que celle qui lui a été donnée.

On peut encore envisager le cas où la cassation ne pourrait intervenir que par l'affirmation d'un principe que la Cour de cassation n'est pas prête à affirmer.

L'idée générale est qu'une « bonne administration de la justice », couvrant aussi bien le rôle et le fonctionnement de la Cour de cassation que les intérêts des parties au litige, rend le rejet plus opportun que la cassation.

Exemples :

- *de sauvetage dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice :*

- Dans une copropriété, un des copropriétaires change l'affectation du lot qu'il a acquis en transformant un local en sous sol en habitation,

Le syndicat des copropriétaires demande « la remise en état » et une cour d'appel accueille la demande. Sa décision est cassée car la Cour d'appel s'était référée uniquement à la description des lots dans l'état descriptif de division inclus dans le règlement de copropriété alors qu'il convenait de s'interroger sur le seul point de savoir si le changement d'affectation était contraire à la destination de l'immeuble ou aux droits des autres copropriétaires. La Cour de renvoi comprend mal ce premier arrêt et croyant qu'il signifie que tout changement d'affectation est permis, décide cette fois de rejeter la demande du SDC, mais toujours en se fondant sur l'état descriptif de division... Nouvelle cassation et 2<sup>ème</sup> renvoi devant une cour d'appel qui rejette la demande de remise en état par des motifs assez touffus et confus. Nouveau pourvoi en cassation

Cette fois la Cour de cassation (qui pouvait certainement casser à nouveau) choisit de rejeter en sélectionnant dans les motifs de l'arrêt attaqué ceux qui sont utiles et pertinents et en complétant le raisonnement que la Cour d'appel n'a pas mené jusqu'au bout. Pourquoi un sauvetage ? Parce qu'il y a eu déjà deux pourvois, que les motifs de l'arrêt, même maladroitement énoncés, permettent de s'assurer que la solution retenue est la bonne.

- une partie est condamnée à des dommages et intérêts « pour procédure abusive » mais la Cour d'appel n'a pas correctement motivé sur la faute « faisant dégénérer en abus le droit d'agir en justice ».

Si la somme allouée est faible (ce qui est généralement le cas, souvent de 500 à 1500 €) et si les autres moyens du pourvoi sont rejetés, la Cour de cassation « sauve » la décision de ce chef, en relevant elle-même dans l'ensemble des motifs de l'arrêt, ce qui est de nature à caractériser l'abus de procédure, Ce faisant, elle complète, pour les sauver, les motifs défailants,

- *de sauvetage pour inutilité de la cassation :*

- 2 personnes revendiquent la propriété d'une parcelle de terrain. Dans l'instance qui les oppose, l'une d'elle soulève l'irrecevabilité de la demande de l'autre partie pour défaut de publication de la demande au livre foncier (système de publication foncière applicable en Alsace-Moselle). Or la Cour d'Appel statue sur la propriété sans répondre à cette fin de non recevoir.

La cassation est donc théoriquement encourue... Mais parallèlement on sait que cette demande précise (qui ne vise pas à l'anéantissement rétroactif d'un droit) n'est pas soumise à publication. Donc la cassation ne servirait à rien, puisque la cour de renvoi ne pourrait que rejeter la fin de non recevoir. On va donc « sauver » l'arrêt en considérant que la Cour d'appel n'était pas tenue de répondre à un moyen que ses constatations quant à l'objet de la demande rendait inopérant

Pourquoi sauve-t-on ? Parce que l'on sait à l'avance que la cassation ne changera rien

### **Comment techniquement évite-t-on la cassation ?**

40

---

Il n'y a pas de technique spécifique. On utilise les mêmes méthodes que pour un rejet ordinaire. Tout au plus, dans le souci d'éviter la cassation, fera-t-on preuve d'une appréciation particulièrement stricte des conditions de recevabilité d'un moyen : devant la Cour de cassation les moyens « nouveaux » (càd qui n'ont pas été invoqués devant les juges du fond) ne sont pas recevables. Si le moyen qui serait de nature à entraîner la cassation n'a pas été invoqué devant la cour d'appel ou (ce qui est le cas le plus fréquent) ne l'a été qu'allusivement, on retiendra sa nouveauté.

Si le moyen de cassation repose sur la portée d'un écrit, d'un contrat, on retiendra que l'écrit en cause était ambigu, nécessitait une interprétation et que celle-ci est souveraine.

Il est également possible « d'enrichir » l'arrêt critiqué, en palliant ses insuffisances par l'ajout de l'élément juridique manquant : en partant des constatations faites par le juge du fond (dont il a omis de tirer les conséquences juridiques), la Cour procédera elle même aux déductions utiles permettant de justifier la décision.

### **En guise de conclusion : éviter les idées fausses**

Il serait particulièrement regrettable que l'on tire de cet exposé l'idée que la Cour de cassation choisit arbitrairement et à sa guise la solution d'un pourvoi.

De manière générale cette solution s'impose au regard des moyens présentés et de la motivation de l'arrêt attaqué. Le pourvoi est rejeté quand aucun des moyens n'est

recevable ou fondé. L'arrêt est cassé en raison de ses erreurs de droit ou insuffisances stigmatisées par le ou les moyens.

Mais il existe des cas-limite, où l'hésitation est permise. C'est alors que se pose la question de l'appréciation de l'opportunité de la cassation et de l'éventuel sauvetage de l'arrêt attaqué.

En toute hypothèse une solution de sauvetage ne sera jamais retenue lorsqu'elle conduirait la Cour de cassation à renier ou à s'écarter de sa propre jurisprudence ou lorsque la cassation présente un intérêt objectif réel pour la partie qui la poursuit.

---

# Faire jurisprudence

---

## Faire jurisprudence dans un ordre juridique codifié : d'un *supplément des lois* à une *loi pratique*

Sylvain Bloquet

Dans une approche strictement terminologique, l'expression *faire jurisprudence* apparaît d'un usage relativement peu fréquent au tout début du XIX<sup>e</sup> siècle, qui représente non seulement une phase de renouveau de l'office du juge, autant qu'une période d'aboutissement d'une évolution méthodologique entamée depuis plusieurs siècles. Le développement continu de l'expression au cours du XIX<sup>e</sup> siècle témoigne alors de l'emprise croissante de cette source auxiliaire du droit dans l'ordre juridique. Dans un premier temps, la faculté de *faire jurisprudence*, entendue comme la manifestation d'un pouvoir normatif du juge, se trouve totalement renouvelée depuis la Révolution et le développement de l'exclusivisme de la loi, qu'illustre l'obligation de motiver légalement les jugements combinée au renouveau du rôle régulateur exercé par la cassation<sup>1</sup>. Le changement de paradigme révolutionnaire exclut alors *a priori* la *prudentia* du juge par une conjonction de facteurs réunissant les impératifs de certitude le droit, d'égalité des justiciables devant la loi, ou encore le principe politique d'unité de la nation. L'art des juristes, tel qu'il se pratiquait sous l'ancien droit, se révèle désormais contraire à la sûreté individuelle et à l'esprit légaliste, qui imposent l'obéissance des citoyens aux nouvelles dispositions légales, ainsi que l'application littérale de la loi par le juge. Le renouveau de la loi appelle, d'une manière presque mécanique, à la proscription de l'interprétation des juges. Les célèbres propos de Robespierre hostiles à la jurisprudence se comprennent ainsi au regard de la nécessité d'appliquer la loi d'une manière syllogistique ou, à défaut, de provoquer un référé au législateur. Le rejet de la « robinocratie » des années 1792-1794 se nourrit d'ailleurs abondamment d'une telle perspective<sup>2</sup> et, en un certain sens, cet anti-juridisme conduit à renverser la position dominante occupée deux siècles plus tôt par les jurisconsultes<sup>3</sup>. Dans un même sens, la codification peut apparaître comme l'incarnation de la souveraineté législative et de la manifestation du principe d'autorité de l'Etat voire, pour les partisans de la pensée savignienne, elle semble même antinomique de la science du droit<sup>4</sup>.

Mais, dans un second temps, ce serait minorer la constance de l'apport jurisprudentiel que de méconnaître sa réalité et son invariable utilité, surtout à une époque post-

---

<sup>1</sup> Les jugements « sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée ». Constit. An III, Art. 208. Voir T. Sauvel, « Le Tribunal de cassation », *Revue du droit public et de la science politique*, Paris, Impr. Nat., 1955, p. 5-53.

<sup>2</sup> Voir J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, p. 178-179.

<sup>3</sup> J.-L. Thireau, « Le jurisconsulte », *Droits*, 20 (1994), p. 28-29.

<sup>4</sup> E. Meynial, « Les recueils d'arrêts et les arrêtiéristes », *Le Livre du Centenaire du Code civil*, Paris, 1904, T. I, p. 193.

révolutionnaire marquant la réorganisation de l'ordre judiciaire. Comme l'a constaté Tony Sauvel, le Tribunal de cassation se saisit d'ailleurs assez rapidement, après sa création, de plusieurs recours formés contre des jugements inférieurs, qu'il considère comme autant d'opportunités d'établir des règles d'une portée générale et normative<sup>5</sup>. Tout en prenant la loi comme base légale, le Tribunal de cassation est ainsi conduit à élargir le champ d'application de certaines dispositions légales initialement limitées voire, comme sous la Convention girondine, à donner une effectivité dans l'ordre juridique à certains principes formulés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>6</sup>. L'activité interprétative incessante de ce Tribunal, même en présence d'une législation pourtant claire, permet d'observer le renouveau d'une forme de jurisprudence dès 1792<sup>7</sup>. Il n'est pas discuté que les réformes judiciaires successives du XIX<sup>e</sup> siècle, notamment celle du 1<sup>er</sup> avril 1837, ne feront que confirmer cette tendance de fond conduisant à reconnaître une souveraineté interprétative à la Cour de cassation.

L'expression *faire jurisprudence*, qui connaît un renouveau progressif au cours du XIX<sup>e</sup> siècle doit alors être rapprochée d'autres terminologies contemporaines servant à décrire cette réalité jurisprudentielle. Dans son *Dictionnaire de jurisprudence de la Cour de cassation* (1805), Jean Montainville, juge au Tribunal de Trêves, illustre particulièrement la richesse des expressions employées par les jurisconsultes afin de désigner le pouvoir des juges<sup>8</sup>. Plus précisément, les évolutions successives de leur pouvoir normatif se sont chacune matérialisées par le recours à une terminologie spécifique.

Ce pouvoir doit d'abord être distingué de la notion de *jurisprudentia*, encore largement usitée dans son acception romanisante, et qui caractérise non seulement l'activité du juge mais aussi celle des jurisconsultes. Toujours largement propagée au siècle des Lumières, cette identification de la *jurisprudence* à la *jurisprudentia*, en tant que connaissance du juste et de l'injuste, est encore usuelle au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Reprenant une dualité bien connue sous l'Ancien Régime, Jean Montainville définit ainsi d'abord la jurisprudence, dans son sens littéral et historique, comme « la science de faire des lois, de les expliquer lorsqu'elles présentent des ambiguïtés, de les

---

<sup>5</sup> T. Sauvel, *op. cit.*, p. 183. Rapp. N. Molfessis, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ*, 2001, p. 699 et s.

<sup>6</sup> « Dès le 25 novembre 1791, dans une affaire *Rambois*, il est dit qu'un certain droit de péage dû sur la Moselle est un droit national et non supprimé par le décret du 15 mars 1790 », L.-M. Devilleneuve et A.-A. Carette, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, T. I, p. 2, cité par T. Sauvel, *op. cit.*, p. 193. « Un arrêt *Salinier*, 2 juin 1792, interprète le mot "hospitalité", qui, dit-il, désigne non pas le logement dans une auberge mais un logement offert gratuitement. Le 9 février 1793, l'arrêt *Delouche* a le remarquable intérêt de débiter par l'affirmation d'une règle générale de droit [...] : "en principe, dit-il, les lois n'ont point un effet rétroactif sur les faits ou délits commis antérieurement" », *ibid.*, T. I, p. 9 et 15, cité par T. Sauvel, *ibid.*

<sup>7</sup> J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, p. 182 et s.

<sup>8</sup> Le *Dictionnaire de jurisprudence de la Cour de cassation* de Jean Montainville emploie l'expression au début du XIX<sup>e</sup> siècle : « Nous démontrerons dans le cours de cet ouvrage, que toutes décisions judiciaires, contraires aux règles ci-dessus, seraient un mal jugé, un acte d'incompétence ou un excès de pouvoir, qui ne pourrait jamais faire jurisprudence ». J. Montainville, *Dictionnaire de jurisprudence de la Cour de cassation*, Luxembourg, 1805, p. 6.

appliquer aux différentes actions des personnes pour lesquelles elles ont été faites »<sup>9</sup>. Jean Hilaire, Juliette Turlan et Michel Villey ont fait le constat que cette définition romanisante de la jurisprudence disparaît avec le *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence* d'Armand Colin (1884)<sup>10</sup>.

Avant l'édition de cette œuvre, cette définition originaire cohabite avec une seconde signification, entendue cette fois-ci dans l'acception moderne de *jurisprudence*, qui connaît un développement constant depuis Charles Du Moulin jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle à travers notamment le *Journal des audiences* autant que dans l'*Encyclopédie*<sup>11</sup>. Jean Montainville se montre aussi fidèle à cette seconde conception de la jurisprudence, associée à une source de droit liée à une suite ininterrompue d'arrêts, qui apparaît d'ailleurs relativement insensible aux événements politiques de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Il est certain que le juge de Trêves reprend l'opinion de ses contemporains, autant qu'il s'inscrit dans une constance doctrinale bien établie, lorsqu'il écrit qu'au barreau le mot de *jurisprudence* présente une idée particulière, qui correspond à « l'usage suivi dans les diverses juridictions »<sup>12</sup>. « On dit, ajoute-t-il, la jurisprudence de tel tribunal, celle de telle cour d'appel, celle de la Cour de cassation, celle que toutes les autorités judiciaires ont adoptée, et par laquelle chacune d'elles a expliqué la loi lorsqu'elle présentait quelque doute, ou la manière dont elles se sont décidées, si les cas soumis à leur décision n'étaient pas prévus par la loi »<sup>13</sup>.

Dans ce sens, la faculté de *faire jurisprudence* apparaît alors étroitement liée à la notion de *jurisprudence des arrêts*, d'un usage commun chez les juristes de l'Ancien Régime, et que l'*Encyclopédie* définit comme « un usage formé par une suite d'arrêts uniformes intervenus sur une même question »<sup>14</sup>. Comme le souligne Pierre-Nicolas Barenot, cette définition s'ajoute aux autres, sans s'y substituer totalement dans la mesure où son association à l'idée de *science du droit* perdurera jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>15</sup>. Cette *jurisprudence des arrêts* s'est ainsi incarnée dans une forme d'usage judiciaire, justifiant qu'une seule décision ne puisse pas faire en elle-même *jurisprudence*, mais soit présentée comme un simple *préjugé* dénué de force normative.

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>10</sup> J. Hilaire, J. Turlan et M. Villey, « Les mots et la vie, La "pratique" depuis la fin du Moyen Age », *Droit privé et institutions régionales : études historiques offertes à Jean Yver*, Paris, PUF, 1976, p. 380 et s.

<sup>11</sup> Du Moulin apparaît comme l'un des promoteurs de l'expression « jurisprudence des arrêts ». Du Moulin, *Le Grand coutumier général, contenant toutes les coutumes générales et particulières du royaume de France*, Paris, Jacques du Puys, 1567, T II, p. 14 ; J. Du Fresnes, *Journal des principales audiences du Parlement*, Paris, Jacques Le Febvre, 1692 ; *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Paris, Briasson, 1751, V<sup>o</sup> Jurisprudence.

<sup>12</sup> J. Montainville, *op. cit.*, p. 1-2.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Encyclopédie, ibid.* Le *Dictionnaire de l'Académie* illustre toutefois une réception bien plus tardive de cette idée de *jurisprudence*, puisqu'il faut attendre son édition de 1835 pour voir la notion associée à « la manière dont un tribunal juge habituellement telle ou telle question », *Dictionnaire de l'Académie française, op. cit.*, 1835, 6<sup>e</sup> éd, V<sup>o</sup> Jurisprudence.

<sup>15</sup> P.-N. Barenot, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, Thèse Bordeaux, 2014, p. 21.

« Un seul arrêt rendu sur la matière qu'il s'agit de juger, explique dans ce sens Montainville, n'est qu'un préjugé, *decidere, judicium ferre, praejudicare*, qui ne fait point autorité et n'est propre qu'à préparer l'esprit du juge et à attirer son attention »<sup>16</sup>. Le *Dictionnaire de l'Académie française* (1694) avait déjà précisé que le mot *préjuger* signifie d'abord, dans son acception juridique et technique propre au Palais, « rendre un jugement qui renferme la décision d'une question qui se juge après »<sup>17</sup>. Ce terme se rapporte aussi à l'action de « juger, prévoir par conjecture »<sup>18</sup>. Dans un contexte de l'ancien droit marqué par une relative défektivité de la transcription des faits et des cas particuliers, l'idée de *faire jurisprudence* peut alors difficilement se rapporter à la seule puissance normative de décisions isolées. La « science fort douteuse » des arrêts, telle qu'elle est dénoncée sous l'Ancien Régime, s'explique en partie par cette méconnaissance des éléments factuels ou des circonstances d'espèce, et par l'impuissance à connaître parfaitement les motifs des décisions<sup>19</sup>. Dans le contexte de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'idée de « préjuger » conserve alors une connotation péjorative, marquée par l'image d'une incertitude contraire à l'idée de sûreté juridique, lorsqu'elle se trouve associée à l'idée de « prévoir, conjecturer, deviner »<sup>20</sup>.

En revanche, la faculté de *faire jurisprudence* se comprend dans la puissance normative décernée par un faisceau d'arrêts convergents. Comme l'écrit Montainville, « lorsque plusieurs arrêts ont jugé la même question de la même manière, *in terminis*, dans la même espérance et dans les mêmes circonstances, ces arrêts réunis forment, dans l'absence de la loi, un usage, que l'on appelle jurisprudence, dont les juges ne doivent point s'écarter sans de fortes raisons, surtout lorsqu'il y a un grand nombre de ces arrêts, sans qu'il y en ait de contraires »<sup>21</sup>. Jusqu'aux environs de la décennie des années 1830, la force normative des tribunaux s'exprime toujours à travers l'expression de *jurisprudence des arrêts*, qui renvoie à une suite continue de décisions judiciaires semblables. Dans ses commentaires sur le projet de Code civil, le Tribunal de cassation précise ainsi que « la constante uniformité [des jugements] a toujours formé cette jurisprudence que tous les peuples admettent comme véritable supplément de la loi »<sup>22</sup>. Dans sa définition d'un « arrêt de doctrine », le *Répertoire de*

---

<sup>16</sup> J. Montainville, *op. cit.*, p. 2.

<sup>17</sup> *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Coignard, 1<sup>e</sup> éd, 1694, V<sup>o</sup> Préjuger. Son édition de 1762 se voulait plus précise car ce même terme se définissait comme « un jugement interlocutoire qui tire à conséquence pour la décision d'une question qui se juge après ». *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Brunet, 4<sup>e</sup> éd, 1762, V<sup>o</sup> Préjuger.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> *Journal des savants*, *op. cit.*, 1710, p. 653 ; Chr. Chêne, « L'Arrestographie, science fort douteuse », *R.S.H.D.E.*, Montpellier, 1985, p. 179-187.

<sup>20</sup> A. Antonini, *Dictionnaire français, latin et italien, contenant non seulement un abrégé du dictionnaire de l'Académie, mais encore tout ce qu'il y a de plus remarquable dans les meilleurs Lexicographes, Etymologistes et Glossaires*, Lyon, Benoit Duplain, 1770, T. II, p. 510.

<sup>21</sup> J. Montainville, *op. cit.*, p. 2-3.

<sup>22</sup> P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit.*, T. II, Observations sur le projet de Code civil, p. 415. La jurisprudence est, pour Denisart, « les jugements constamment rendus, les maximes et les usages reçus dans un tribunal sur l'interprétation de la loi et sur ses diverses applications ». J.-B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Desaint, 1777, 7<sup>e</sup> éd., T. III, V<sup>o</sup> Jurisprudence, p. 75.

*jurisprudence* de Dalloz doute d'ailleurs, encore en 1827, qu'un arrêt isolé de la Cour de cassation puisse fixer, à lui seul et du premier coup, la *jurisprudence* dans un domaine particulier<sup>23</sup>.

Par conséquent, dans le contexte du début du XIX<sup>e</sup> siècle, la formation de la *jurisprudence* ne peut que présenter le désavantage de toujours s'inscrire dans un temps long. Chez les premiers commentateurs du Code civil, l'exploitation des arrêts sert alors essentiellement et simplement à illustrer les nouvelles dispositions, comme chez Delvincourt, Proudhon ou Toullier. Cette fonction illustrative peut se comprendre dans un contexte de carence relative de solutions jurisprudentielles déjà convergentes sur des questions de droit parfaitement identiques. Ce n'est que progressivement, en s'appuyant également sur le support renouvelé des recueils d'arrêts, que la *jurisprudence* devient une source pleinement auxiliaire permettant de dégager, au-delà d'une approche originairement casuistique, des principes de droit. L'étude de faisceaux de décisions identiques, ou considérées comme telles, permet, comme avec Jean Grenier, de combler certains vides légaux, ainsi que l'illustre la question de savoir si l'adoption d'un enfant naturel reconnu peut être admise dans le silence de la loi positive<sup>24</sup>. *Faire jurisprudence* ne se limite alors en rien au recours exclusif de l'autorité interprétative de la Cour de cassation, celle-ci ne disposant, pour reprendre la distinction du Livre préliminaire du Code civil, que d'une interprétation par *voie de doctrine* et non par *voie d'autorité*<sup>25</sup>.

Le développement du pouvoir normatif des juges doit enfin se comprendre au regard d'une nouvelle évolution terminologique observée au cours du XIX<sup>e</sup> siècle lorsque, comme l'ont constaté Christophe Jamin et Philippe Jestaz, la *jurisprudence* se substitue désormais à l'expression de *jurisprudence des arrêts*, et que la notion de *doctrine* remplace celle de *doctrine des auteurs*<sup>26</sup>. Cette mutation semble contemporaine de la réforme de l'ordre judiciaire du 1<sup>er</sup> avril 1837, qui opère une rupture essentielle dans le renouveau du pouvoir normatif des juges<sup>27</sup>. Cette réforme

---

<sup>23</sup> Dalloz ajoute que « c'est en ce sens que le ministre écrivait il y a quelques années au Procureur général : "Je crois devoir vous transmettre le jugement du Tribunal de Saverne afin de mettre la Cour de cassation, soit qu'elle admette, soit qu'elle rejette votre réquisitoire, à portée de rendre promptement un arrêt doctrinal qui fixe la *jurisprudence*". [...] Il est aisé de voir qu'il y avait quelque illusion dans l'esprit du ministre lorsqu'il s'imaginait qu'il était permis à une cour, quelle que soit son élévation, de fixer la *jurisprudence* du premier coup et par un seul arrêt ». D. P. 1827, I, 478, cité par A. et D. Dalloz, *Jurisprudence générale du Royaume en matière civile, commerciale, criminelle ou Recueil périodique et critique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, 1825-1902, T. V, V<sup>o</sup> Arrêt de doctrine, p. 270.

<sup>24</sup> J. Grenier, *Traité des donations et des testaments, et de toutes autres dispositions gratuites, suivant les principes du Code Napoléon*, Bruxelles, De Mat, 1826, 4<sup>e</sup> éd., T. IV, p. 298, n<sup>o</sup> 35.

<sup>25</sup> P.-A. Fenet, *op. cit.*, T. II, Liv. Prélim., Tit. V. De l'application et de l'interprétation des lois, art. 2, p. 7.

<sup>26</sup> L'expression *doctrine* « ne date que du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. Auparavant, les juristes invoquaient la *doctrine des auteurs*, autrement dit leurs opinions, implicitement considérées comme individuelles. Le nouveau terme, en tant qu'il désigne l'ensemble des ouvrages et des auteurs (selon une définition communément admise) tend à mettre l'accent sur l'aspect collectif du phénomène doctrinal ». Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 115 ; Rapp. Ph. Jestaz et Chr. Jamin, « L'entité doctrinale française », D. 1997, 167-175. Voir S. Bloquet, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1880)*, Paris, LGDJ, 2017, p. 12, n<sup>o</sup>21 et s.

<sup>27</sup> D'après le Livre préliminaire, l'interprétation par voie de doctrine, c'est-à-dire celle du pouvoir judiciaire, consiste « à saisir le véritable sens d'une loi, dans son application à un cas particulier », au contraire de l'interprétation par voie d'autorité, qui conduit « à résoudre les doutes par forme de

clôt l'époque d'une jurisprudence essentiellement marquée par une forme d'autonomie institutionnelle des cours d'appel à l'égard de la capacité régulatrice de la Cour de cassation. Pourtant, la loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) avait eu déjà pour but de lutter contre l'absence d'unité des décisions judiciaires en assurant à la Cour de cassation, selon Jean-Baptiste Sirey, « la prééminence essentielle à une Cour régulatrice » en établissant que son deuxième arrêt serait rendu en sections réunies<sup>28</sup>. Cette forme de procédure reprenait « la forme sinon l'effet d'un *arrêt de règlement* : on espérait, peut-être, qu'un arrêt des sections réunies de la Cour de cassation suffirait pour terminer toute controverse, pour obtenir toute déférence des cours d'appel »<sup>29</sup>. Cette réforme n'empêcha pas toutefois les cours d'appel de persister dans leur démarche d'indépendance, puisqu'il arriva, comme en 1806, qu'une troisième cour d'appel fut conduite à juger comme les deux premières, mais contre la solution de la Cour de cassation<sup>30</sup>. De la même manière, la loi du 20 avril 1810 rappela que la justice était rendue souverainement par les cours impériales et, par conséquent, elle confirma « le monopole des cours d'appel pour trancher les litiges en dernier ressort » auquel la loi du 1<sup>er</sup> avril 1837 mit finalement fin<sup>31</sup>.

Cette dernière loi marque alors une évolution institutionnelle majeure du pouvoir judiciaire autant qu'elle permet de renouveler profondément la faculté des juges de *faire jurisprudence* au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Dans son discours préliminaire sur le projet de Code civil, Portalis a initialement présenté la *jurisprudence des arrêts*, associée aux solutions doctrinales et aux usages, comme le véritable « supplément de la législation »<sup>32</sup>. Constatant l'impossibilité de régler toutes les matières par des lois, il affirme qu'« à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi »<sup>33</sup>. Il se fait ainsi l'écho du Livre préliminaire du Code civil, qui a intimement lié la coutume à une « longue suite de jugements et d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune »<sup>34</sup>. Par conséquent, le rédacteur du Code civil reprend aussi cette association des jugements à « un supplément des lois »<sup>35</sup>. Dans ses observations sur le

---

disposition générale et de commandement ». P.-A. Fenet, *op. cit.*, T. II, Liv. pr., Tit. V. De l'application et de l'interprétation des lois, art. 2, p. 7.

<sup>28</sup> J.-B. Sirey, *Dissertation*, dans S. 1824, II, 20.

<sup>29</sup> *Ibid.*, 20 et 21.

<sup>30</sup> P.-P.-N. Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, Paris, Barrois, 1818, p. 422, cité par Y.-L. Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965, p. 106.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> « C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines, qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation ». P.-A. Fenet, *op. cit.*, T. I, p. 470.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Liv. prélim. Code civ., Titre I<sup>e</sup> Définitions générales, Art. 5 dans P.-A. Fenet, *op. cit.*, T. II, p. 4.

<sup>35</sup> « Le droit intérieur et particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses coutumes et usages, qui ne doivent et ne

projet de Code civil, le Tribunal de cassation a d'ailleurs trouvé nécessaire d'ajouter une disposition rappelant la haute utilité des jugements, « dont la constante uniformité a toujours formé cette jurisprudence que tous les peuples admettent comme véritable supplément de la loi »<sup>36</sup>.

Quelques années après l'adoption du Code civil, Jean-Baptiste Sirey témoigne d'ailleurs du pouvoir grandissant de la cour régulatrice, lorsqu'il explique qu'une simple cassation pour *contravention au texte de la loi* sert de support au développement d'une jurisprudence basée sur *l'esprit* de la loi<sup>37</sup>. Dans ce sens, il investit, dès 1819, la Cour de cassation du pouvoir d'établir une véritable « loi pratique », considérée comme « l'ensemble des dispositions législatives, entendues dans le sens et selon le vœu du législateur »<sup>38</sup>. Dans sa préface de la troisième édition du *Journal du Palais* (1<sup>er</sup> mai 1837), Ledru-Rollin soutient, dans le même sens, que la jurisprudence constitue dorénavant un « instrument de progrès, dont la mission est de concilier le respect dû aux lois existantes avec la marche du temps et des idées », tout en déplorant l'« appréciation inexacte des services que la jurisprudence est appelée à rendre dans l'avenir »<sup>39</sup>. *Faire jurisprudence* n'apparaît alors plus seulement comme une collection d'arrêts convergents pour compléter un vide légal, encore moins comme l'asservissement à la lettre d'un code, mais comme l'exercice d'un pouvoir normatif de la Cour de cassation anticipant les évolutions futures. Ce pouvoir normatif en voie de fondation se détache désormais progressivement du rôle originellement attribué au juge par la doctrine. Reprenant ainsi strictement le principe de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire, Toullier avait tenu pour incontestable les principes suivants : « La loi diffère des jugements, qui ne peuvent intervenir que sur des actions passées auxquelles le juge applique la loi, au lieu que la loi ne peut statuer que sur l'avenir. Le législateur ne saurait régler ce qui n'existe plus ; le passé n'est pas en son pouvoir ; la loi n'a point d'effet rétroactif »<sup>40</sup>.

---

peuvent être que le supplément des lois ». Liv. prélim. Code civ., Titre I<sup>er</sup> Définitions générales, Art. 4 dans P.-A. Fenet, *ibid.*

<sup>36</sup> Observations du Tribunal de cassation sur le projet présenté par la Commission du Gouvernement, P.-A. Fenet, *op. cit.*, T. II, Observations du Tribunal de cassation sur le Liv. prélim., Titre I<sup>er</sup> Définitions générales, Art. 5, p. 415.

<sup>37</sup> J.-B. Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Paris, Renandière, 1800-1820, p. 123.

<sup>38</sup> « On a souvent dit, écrit Sirey, que la Cour de cassation ne pouvait casser que *pour contravention au texte de la loi* : c'est comme si l'on disait que la Cour régulatrice doit consulter la *lettre*, et non *l'esprit* de la loi. Sans doute la Cour ne peut casser que pour contravention à la loi ; mais la loi pratique, c'est l'ensemble des dispositions législatives, entendues dans le *sens*, et selon le *vœu* du législateur ; c'est pourquoi, à la Cour régulatrice, appartient éminemment la faculté de donner à chaque disposition de la loi, un sens pratique, *étendu ou restreint*, selon *l'esprit*, indiqué ou présumé du législateur ». C'est l'auteur qui souligne, *ibid.*

<sup>39</sup> A.-A. Ledru-Rollin, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », *Journal du Palais, Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, Paris, F.-F. Patris, 1837, 3<sup>e</sup> éd., T. I, p. X ; J. Hilaire, J. Turlan et M. Villey, *ibid.*

<sup>40</sup> C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Bruxelles, Staploux, 1820, 3<sup>ème</sup> éd., T. I, p. 17.

Dans ces conditions, la question de *faire jurisprudence dans un ordre juridique codifié* pose la question essentielle de la conciliation entre deux impératifs : celui de la souveraineté de la loi, depuis l'avènement d'un ordre juridiquement légaliste, avec celui de l'obligation de trancher les litiges dans le silence de la législation positive. Elle renvoie à deux figures du juge : ministre de la loi et arbitre des différends. Dans leur conception du pouvoir judiciaire, les rédacteurs du Code civil ont toléré cette seconde alternative, en permettant le développement de suppléments des lois nécessaires pour trancher les litiges entre particuliers (I). Cependant l'application et l'interprétation du Code permettent aussi à la jurisprudence de devenir, pour reprendre l'expression de Sirey au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, une véritable « loi pratique » (II)<sup>41</sup>.

## I. Une préservation de la *prudentia* du juge en tant que supplément des lois.

Dans sa représentation rousseauiste qui a dominé la culture juridique française, l'idée de loi issue de la volonté générale ne pouvait tolérer d'interprétation. Mais sous la Révolution même, le règne de la volonté générale n'avait pas empêché la faculté de *faire jurisprudence* dans les cas d'espèce. Dès lors, un inexorable pouvoir de *faire jurisprudence* ne cesse de progresser après les codifications (A), qui s'exprime désormais dans un nouveau cadre légaliste de la *prudentia* du juge (B).

### A. L'inexorable pouvoir de *faire jurisprudence*.

Sous le droit intermédiaire, en l'absence d'adoption d'un code de lois uniformes, la nécessité de rendre la justice l'emporte sur l'ambition de faire découler exclusivement le Droit de solutions littéralement légales. Lors de l'établissement du Tribunal de cassation, Le Chapelier et Robespierre ont pourtant dénoncé avec force cette possibilité de voir se développer une jurisprudence dans un ordre juridique appelé à un exclusivisme légal<sup>42</sup>. Ces réticences peuvent en partie se comprendre au regard du souvenir des anciens parlements et de leur opposition politique au pouvoir central. D'ailleurs, Robespierre a lui-même indiqué que la véritable raison de refuser toute *jurisprudence des tribunaux* repose dans « l'esprit de corps, qui cherche toujours à s'introduire dans un tribunal, qui s'introduirait dans le Tribunal de cassation comme partout ailleurs, parce que les hommes ont toujours une volonté particulière »<sup>43</sup>. Ces

<sup>41</sup> L'expression est de J.-B. Sirey, *ibid.*

<sup>42</sup> « Si cette jurisprudence des tribunaux, déclare Le Chapelier, la plus détestable de toutes les institutions, existait dans le Tribunal de cassation, il faudrait la détruire. L'unique but des dispositions sur lesquelles vous allez délibérer est d'empêcher qu'elle ne s'introduise ». *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, Paris, Dupont, 1787-1799, 1<sup>ère</sup> s., T. XX, 18 novembre 1790, Le Chapelier, p. 517. D'après Robespierre, « ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'Ancien Régime, ne signifie plus rien dans le nouveau : il doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi ; alors il y a toujours identité de jurisprudence ». *Ibid.* Voir également G. Marty, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges de fait*, Thèse Toulouse, Sirey, 1929, p. 60 ; F. Zenati, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 47.

<sup>43</sup> *Archives parlementaires de 1787 à 1860, ibid.* J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*, Paris, LGDJ, 1987, p. 63. Rapp. M. Troper, *Terminer la Révolution : la Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p. 181 et s.

réticences semblent davantage reposer sur la crainte du développement d'une indépendance du pouvoir judiciaire, plus que la simple possibilité du juge de combler, dans les cas d'espèce, les lacunes légales.

D'une manière pratique, l'absence d'une législation unifiée ne peut que continuer à solliciter la prudence du juge et sa faculté de recourir à des précédents judiciaires pour trancher les litiges. Jusqu'à l'abrogation des anciennes lois qui doivent être remplacées par un code général, les juges sont alors appelés à conserver un pouvoir étendu d'interprétation. Dans un certain sens, l'ouverture à cassation semble même devoir être permise pour les anciennes règles de droit, autant que pour les lois adoptées depuis la Révolution<sup>44</sup>. Pour pouvoir assurer la pleine effectivité de l'institution d'un Tribunal de cassation, ainsi que pour pouvoir garantir les droits des citoyens avec plus de certitude, la Constitution du 3 septembre 1791 annonce alors dans son titre premier, concernant les *Dispositions fondamentales garanties par la Constitution*, qu'« il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume ».

Toutefois, l'adoption d'un code de lois uniformes semble pouvoir difficilement constituer un remède contre la faculté du juge de *faire jurisprudence*. Il est certain que de nombreuses législations étrangères n'ont pas non plus totalement occulté tout pouvoir normatif du juge, alors que ces réformes peuvent apparaître comme autant de manifestations incontestables de la souveraineté législative. Le droit comparé du XIX<sup>e</sup> siècle démontre d'ailleurs que, de prime abord, les droits étrangers imposent au juge des interprétations littérale et logique respectueuses de la nouvelle législation. Celles-ci se placent dans le prolongement de l'esprit de l'article 1<sup>er</sup> du Titre V (De l'application et de l'interprétation de la loi) du Livre préliminaire du Code de 1804, établissant que « le ministère du juge est d'appliquer les lois avec discernement et fidélité »<sup>45</sup>. Ainsi selon l'article 6-a du Code civil de Bade (1809), « chaque article de ce code dit tout ce qu'on y trouve explicitement ou par interprétation logique, relativement à la loi civile, à moins que d'autres articles ne s'y opposent »<sup>46</sup>. Dans une formulation identique à celle du Code de 1804, le Code civil de Louisiane (1824) rappelle que lorsqu'une « loi est claire et sans ambiguïté, il ne faut point en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit »<sup>47</sup>. Au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, le Code civil du

---

<sup>44</sup> « Lorsque l'on s'interroge sur l'effectivité de la législation civile de la Révolution, on est obligé de constater qu'elle fut bien limitée. Tel est certainement le cas des deux lois rétroactives de l'an II : le décret du 12 brumaire sur les droits successoraux des "enfants de la nature" et celui du 17 nivôse imposant l'égalité absolue entre les héritiers. [...] Quant à la loi sur le mariage, si la sécularisation fut bien acceptée, peut-on en dire autant du divorce, qui fut pourtant une authentique audace révolutionnaire ? ». J. Poumarède, « De la fin des coutumes à la survie des usages locaux, Le Code civil face aux particularismes », *Les penseurs du Code civil*, AFHJ, La documentation française, 2009, p. 177. J.-L. Halpérin, *op. cit.*, p. 84 ; Y.-L. Hufteu, *op. cit.*, p. 67.

<sup>45</sup> P.-A. Fenet, *op. cit.*, T. II, p. 7.

<sup>46</sup> F. Anthoine Saint-Joseph (de), *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, Cotillon, 1856, 2<sup>ème</sup> éd., T. II, p. 30-31.

<sup>47</sup> Art. 13 C. civ. de Louisiane. « Les termes d'une loi doivent être généralement entendus dans leur signification la plus connue et la plus usitée, sans s'attacher autant aux raffinements des règles de la grammaire qu'à leur acception générale et vulgaire », art. 14 C. civ. de Louisiane ; « Les termes de l'art ou les expressions et phrases techniques doivent être interprétés conformément à la signification et acception qui leur sont données par les personnes versées dans chacun de ces arts, métiers ou professions », art. 15 C. civ. de Louisiane, dans F. Anthoine Saint-Joseph (de), *op. cit.*, T. II, p. 460.

canton du Tessin (1838), des Îles Ioniennes (1841), le Code civil serbe (1844), sarde (1848) ou de Modène (1852) reprennent rigoureusement la même solution. Ces législations contiennent chacune une disposition spécifique rappelant que la loi doit être appliquée dans le sens naturel de ses dispositions, sinon par un recours à une interprétation analogique ressortant de la comparaison d'articles<sup>48</sup>.

Un grand nombre de codes apparaît ainsi proscrire toute possibilité pour le juge d'être à la source d'une jurisprudence, considérée comme une force potentiellement rivale de la loi publique. En d'autres termes, *faire jurisprudence* dans un ordre juridique codifié ne semble aucunement pouvoir dériver immédiatement de l'exercice d'un pouvoir réglementaire des magistrats, ni ressortir médiatement d'un faisceau d'arrêts convergents. L'interdiction édictée par l'article 5 du Code civil français peut alors être rapprochée de solutions adoptées par plusieurs codes du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>49</sup>. L'article 12 du Code civil autrichien (1811) établit ainsi que « les décisions et les jugements intervenus ne peuvent être étendus à d'autres parties »<sup>50</sup>. Dans le même esprit, l'article 11 du Code civil serbe (1844) soutient que « plusieurs décisions judiciaires, rendues d'une manière uniforme dans des cas semblables, composent une règle d'interprétation pour les juges, mais ne peut former une disposition légale et réglementaire »<sup>51</sup>. Cette même solution peut être comparée aux règles adoptées par le Code civil des Îles Ioniennes (1841), le Code civil de Bolivie (1843), ainsi que le Code civil de Modène (1852)<sup>52</sup>.

Rabaissant alors formellement le pouvoir du juge à une simple interprétation par *voie de doctrine*, de nombreux codes réservent l'interprétation authentique par *voie d'autorité* au seul législateur. « Au législateur seul appartient le pouvoir d'interpréter une loi d'une manière généralement obligatoire » dispose ainsi l'article 8 du Code civil autrichien (1811)<sup>53</sup>. L'article 15 du Code civil du canton d'Argovie (1828) établit dans le même sens que « le législateur a seul le droit de donner à la loi une interprétation générale et obligatoire »<sup>54</sup>. L'interprétation s'identifie donc à un acte du pouvoir législatif car, en vertu de la maxime *ejus est legem interpretari cujus est legem condere* (C.J. 1, 14, 12, 5), c'est au souverain législateur qu'il appartient d'interpréter les lois<sup>55</sup>. Selon

---

<sup>48</sup> « Les lois doivent être entendues et appliquées dans leur sens naturel. C'est au Grand conseil à les interpréter d'après les règles constitutionnelles », art. 4 C. civ. du canton du Tessin, *Ibid.*, T. IV, p. 275 ; « Lorsqu'on applique les lois, on doit leur attribuer le sens qui résulte évidemment de leur signification propre des mots pris dans leur ordre textuel », art. 8 C. civ. des Îles Ioniennes, *Ibid.*, T. II, p. 409 ; « Le sens de la loi ne doit être ni altéré ni faussement interprété. Pour se former une saine interprétation, il faut étudier l'esprit du législateur, en comparant les dispositions à appliquer avec les articles analogues et en invoquant la raison et l'équité », art. 8 C. civ. serbe, *Ibid.*, T. III, p. 447 ; « Il n'est pas permis, en appliquant la loi, de leur attribuer un autre sens que celui qui résulte de la signification propre des termes, de leur combinaison et de l'intention du législateur », art. 14 C. civ. sarde, *Ibid.*, T. I, p. 2 ; « Dans l'application de la loi, on ne doit pas lui attribuer d'autre sens que celui qui résulte de la signification propre des mots ou de l'intention manifeste du législateur », art. 7 C. civ. de Modène, *Ibid.*, T. II, p. 597.

<sup>49</sup> Selon cette célèbre disposition, « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

<sup>50</sup> F. Anthoine Saint-Joseph (de), *op. cit.*, T. I, p. 2.

<sup>51</sup> *Ibid.*, T. III, p. 447.

<sup>52</sup> Art. 11 C. civ. des Îles Ioniennes, *Ibid.*, T. II, p. 409 ; art. 13 C. civ. de Bolivie, *Ibid.*, T. II, p. 68 ; art. 8 C. civ. de Modène, *Ibid.*, T. II, p. 597.

<sup>53</sup> *Ibid.*, T. I, p. 2.

<sup>54</sup> *Ibid.*, T. III, p. 551.

<sup>55</sup> *Encyclopédie, op. cit.*, V<sup>o</sup> Interprétation, Art. de Boucher d'Argis.

les spécificités nationales, ce pouvoir est dévolu soit à un Grand conseil selon les règles constitutionnelles rappelées par l'article 4 du Code civil du canton du Tessin (1838)<sup>56</sup>, soit au Prince en accord avec le Sénat d'après l'article 9 du Code civil serbe (1844)<sup>57</sup>, ou au Roi en raison de remontrances formulées par les cours suprêmes, comme l'oblige l'article 16 du Code civil sarde (1848)<sup>58</sup>.

Mais ces mécanismes de défense du légalisme ressortant de l'adoption de nouveaux codes peuvent difficilement échapper à l'emprise des faits et à la nécessité de trancher les différends avec une certaine célérité. Comme l'avait rappelé Portalis, l'expérience française du référé au législateur, instauré par l'article 12 du Titre II de la loi des 16-24 août 1790, a pu non seulement compromettre l'application immédiate de la loi, et altérer ainsi sa majesté, autant qu'il a pu représenter une sorte de trouble à l'ordre juridique en prolongeant les procédures et les conflits en instance<sup>59</sup>. Ce constat a été partagé par les rédacteurs du Code civil français, qui ont vu dans l'adoption de l'article 4 la fin d'un dogmatisme purement legaliste, en ce qu'il enjoint au juge de toujours se prononcer, même en l'absence de dispositions claires et précises<sup>60</sup>. Cette réhabilitation de la *prudence* du juge lui octroierait à terme la faculté de *faire jurisprudence* en complément des insuffisances légales.

En revanche, en dehors d'un ordre juridique codifié, le pouvoir étendu d'interprétation du juge se conçoit pleinement comme la faculté de recourir à une pluralité de suppléments des lois. Dans son *Direito civil de Portugal* (1826), Manuel Borges Carneiro explique que le droit portugais se divise d'abord en droit écrit et en droit coutumier<sup>61</sup>. Mais si les lois publiques prévalent dans l'ordre juridique, leurs insuffisances peuvent être complétées d'abord par le recours aux usages et coutumes, puis par la consultation des lois romaines<sup>62</sup>. D'une manière générale pour le droit commun des Etats germaniques, Anthoine de Saint-Joseph constate aussi, dans sa *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* (1840), qu'une règle usuelle veut que les insuffisances légales soient complétées par « les usages des lieux, ou les statuts locaux ; à leur défaut, [au] droit particulier de la circonscription territoriale ou de la province ; en cas de silence du droit provincial, [le juge] consultera soit les lois de l'Empire et le droit commun, soit les codes généraux dans les pays où ils ont été

---

<sup>56</sup> « Les lois doivent être entendues et appliquées dans leur sens naturel. C'est au grand conseil à les interpréter d'après les règles constitutionnelles », art. 4 C. civ. du canton du Tessin, *Ibid.*, T. IV, p. 275.

<sup>57</sup> « L'interprétation de la loi n'a force de loi que lorsqu'elle a été faite par voie d'autorité législative, c'est-à-dire par le prince, d'accord avec le Sénat », art. 9 C. civil serbe, *Ibid.*, T. III, p. 447.

<sup>58</sup> « Le souverain seul peut interpréter la loi d'une manière généralement obligatoire. Quand les cours suprêmes croiront que cette interprétation est nécessaire, elles pourront adresser au roi les remontrances qui leur paraîtront convenables. Si le roi juge à propos d'interpréter une loi, cette interprétation sera donnée et publiée dans la forme et suivant le mode prescrits pour les lois », art. 16 C. civ. sarde, *Ibid.*, T. I, p. 2. Son article 17 rappelle ainsi que « les arrêts ou jugements n'auront jamais force de loi », *ibid.*

<sup>59</sup> P.-A. Fenet, *op. cit.*, T. VI, p. 222.

<sup>60</sup> « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

<sup>61</sup> Manuel Borges Carneiro, *Direito civil de Portugal*, Lisbonne, 1826, §1, art. 2.

<sup>62</sup> F. Anthoine Saint-Joseph (de), *op. cit.*, T. III, p. 138.

publiés »<sup>63</sup>. Il observe, par conséquent, que dans les Etats qui ne disposent pas d'un code civil, le principe directeur est identique à celui de l'article 4 du Code français, c'est-à-dire que le juge ne peut en aucune circonstance refuser de statuer sous prétexte de silence ou de l'obscurité des lois. Toujours selon ses observations, un système d'interprétation finalement comparable se retrouve aussi dans l'esprit du droit de Malte. Ce droit, tel qu'il apparaît au travers du *Droit municipal compilé sous de Rohan* (1784), fait que « dans les cas qui ne sont pas prévus par [la] législation locale, on applique les dispositions du droit commun ou du droit romain contenu dans le *Corpus juris civilis*, et enfin, à défaut du droit romain, on s'en réfère à la jurisprudence des tribunaux les plus accrédités de l'Europe, et surtout de la Rote romaine »<sup>64</sup>. De cette manière, l'esprit général de ces législations permet au juge de ces Etats de *statuer en droit et, à terme, de faire jurisprudence* par le biais de ces sources extra-légales<sup>65</sup>.

Cette possibilité atteste d'une nette différence avec le système initialement restrictif du Code prussien (1794), qui imposait au juge, en cas d'hésitation sur le sens des dispositions légales, de soumettre « ses doutes à [une] commission des lois et provoquer sa décision »<sup>66</sup>. Mais ce système rigoureux du référé au législateur fut remis en cause par un rescrit du 18 avril 1840 qui, selon François Géný, reconnut aux tribunaux prussiens « pleine indépendance dans l'interprétation des lois »<sup>67</sup>. Selon Anthoine de Saint-Joseph, dans le prolongement de l'esprit de l'article 4 du Code civil français, ce rescrit obligeait désormais le juge de toujours statuer en droit<sup>68</sup>.

Mais le plus significatif demeure que plusieurs codes civils ont permis, depuis leur origine, d'accorder au juge ce pouvoir de *faire jurisprudence*. A l'opposé du système originaire du Code prussien, de nombreux codes du XIX<sup>e</sup> siècle contiennent des dispositions analogues à celles de l'esprit de l'article 4 du Code civil français. En ce sens, ces codes justifient que les juges ne suivent pas strictement une méthodologie interprétative syllogistique, puisqu'une pluralité de sources du droit leur est proposée afin de rendre justice. Il n'est pas étonnant de retrouver dans le Code civil de Louisiane (1824) la faculté pour le juge de recourir à l'équité, à la loi naturelle et aux usages qui ont été évoqués dans le Livre préliminaire du Code civil français<sup>69</sup>. Dans un

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, T. I, p. 2.

<sup>64</sup> *Ibid.*, T. II, p. 575.

<sup>65</sup> L'expression est de Philippe Blondel, « Le juge et le droit », *Le nouveau Code de procédure civile, vingt ans après*, Paris, Documentation française, 1998, p. 103.

<sup>66</sup> *Code général pour les États Prussiens*, Impr. Rép., an IX, T. I, Introduction. Des lois en général, art. 51 ; F. Anthoine Saint-Joseph (de), *op. cit.*, T. III, p. 191. En dernier recours, « si le juge ne trouve aucune loi qui puisse servir à la décision de l'espèce en litige, il doit, après avoir mûrement délibéré, prononcer suivant les principes généraux établis dans le Code des lois, et d'après les ordonnances rendues pour des circonstances semblables », art. 53 ; « Le juge communiquera de suite au chef de la justice cette lacune présumée dans la loi », art. 54, *Ibid.*, T. III, p. 191.

<sup>67</sup> F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, Paris, 1899, T. I, p. 84, note 1.

<sup>68</sup> F. Anthoine Saint-Joseph (de), *ibid.*

<sup>69</sup> « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est obligé de procéder conformément à l'équité ; pour décider suivant l'équité, il faut recourir à la loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le silence de la loi primitive ». Art. 21 C. civ. de Louisiane, dans F. Anthoine Saint-Joseph (de), *op. cit.*, T. II, p. 460.

sens comparable, le Code civil serbe (1844) commande d'abord au juge de suivre l'esprit du législateur, avant de lui permettre, si l'étude analogique de la loi s'est relevée infructueuse, de recourir à la raison et à l'équité<sup>70</sup>. Dans le cadre d'un espace juridique pourtant différent, le Code civil autrichien (1811) dispose, selon la traduction d'Anthoine de Saint-Joseph, que si la loi n'est pas totalement applicable à un fait particulier, alors le juge doit prendre en compte « les cas analogues, les motifs, et leur défaut, les principes du droit naturel et les circonstances »<sup>71</sup>. Enfin, le recours du juge aux « principes généraux du droit », afin de se prononcer, est aussi évoqué par le Code civil sarde (1848)<sup>72</sup>, ainsi que le Code civil du canton du Valais (1855)<sup>73</sup>. Dans son étude des législations étrangères, Anthoine de Saint-Joseph affirme que la solution de l'article 4 du Code civil français se retrouve encore, à l'identique, dans le Code civil des Deux Siciles (1819), d'Haïti (1826), du canton d'Argovie (1828), du Code civil hollandais (1838), des Îles Ioniennes (1841), de Bolivie (1843), ou encore de Modène (1852)<sup>74</sup>. Toutefois, dans le contexte de ce développement des codifications, rares sont les législations justifiant expressément la reconnaissance d'un pouvoir normatif du juge. La diffusion de la *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de Gény (1899) n'a alors pu que favoriser cette faculté pour le juge de *faire jurisprudence* tout en cherchant préalablement à respecter la lettre des dispositions légales. L'article 1<sup>er</sup> aliéna 2 du Code civil suisse (1907) peut être rapproché de cet esprit, lorsqu'il établit 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 ». Afin d'exécuter au mieux cette mission, l'alinéa 3 précise que le juge peut s'inspirer aussi « des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence »<sup>75</sup>.

Mais avant le début du XX<sup>e</sup> siècle, même si la faculté pour le magistrat de *faire jurisprudence* ne se trouve pas toujours explicitement reconnue par les codes, sa réalité demeure manifeste. La codification n'est alors pas antinomique de l'interprétation du juge, dans le sens où elle permet de lui accorder un nouveau cadre d'expression de sa *prudentia*.

---

<sup>70</sup> Art. 8 C. civ. serbe, *ibid.*, T. III, p. 447.

<sup>71</sup> Art. 7 C. civ. autrichien (1811), *ibid.*, T. I, p. 1-2.

<sup>72</sup> « Si une question ne peut être résolue ni par le texte, ni par l'esprit de la loi, on aura égard aux cas semblables que les lois auraient spécialement prévus, et aux principes qui servent de fondement à des lois analogues ; si néanmoins la question est encore douteuse, on aura recours aux principes généraux du droit, en prenant en considération toutes les circonstances du fait ». Art. 15 C. civ. sarde, *ibid.*, T. I, p. 2.

<sup>73</sup> « Dans les questions qui ne peuvent être résolues ni par le texte, ni par l'esprit de la loi, on a recours aux principes généraux du droit ». Art. 5 C. civ. du canton du Valais, *ibid.*, T. IV, p. 321.

<sup>74</sup> Art. 1<sup>er</sup> à 4 C. civ. des Deux Siciles, *ibid.*, T. I, p. 1 ; Art. 8 à 10 C. civ. d'Haïti, *ibid.*, T. II, p. 322 ; Art. 8 C. civ. du canton d'Argovie, *ibid.*, T. III, p. 550 ; Art. 13 C. civ. hollandais, *ibid.*, T. II, p. 348 ; Art. 7 C. civ. des Îles Ioniennes, *ibid.*, T. II, p. 409 ; Art. 11 C. civ. de Bolivie, *ibid.*, T. II, p. 68 ; Art. 9 C. civ. de Modène, *ibid.*, T. II, p. 597.

<sup>75</sup> J. Boulanger, « La méthode depuis le Code de 1804 au point de vue de la technique juridique », *RIDC*, 1950, Vol. 2, n°4, p. 748-749.

## B. Un renouveau du cadre légaliste de la *prudentia* du juge.

Ce renouveau légaliste peut se comprendre au regard de la conception duale de la loi adoptée par les juristes, qui impose d'abord le respect des dispositions légales, mais n'empêche pas ensuite de recourir à d'autres *lois*, entendues comme les *règles* ou *autorités* de droit qu'il est possible de citer en justice<sup>76</sup>. Sous l'Ancien Régime, ce dualisme de la loi fut souligné par Claude-Joseph de Ferrière, qui écrivait d'abord que la norme légale devait être entendue comme « un droit ordonné, publié et commandé aux peuples suivant les règles et les solennités de l'État »<sup>77</sup>. Puis, dans le prolongement de nombreux juristes, il poursuivait en attestant que les *autorités du droit*, c'est-à-dire les « lois que les juges sont obligés de suivre en France », se définissaient bien plus largement comme « ce qui autorise et prouve ce que nous avançons », à l'exemple des ordonnances, des lois et des coutumes, ou des jugements dont l'autorité ne pouvait « servir que de préjugé »<sup>78</sup>.

Cependant, dans le contexte de l'essor des codifications, ces jugements voient leur autorité progresser non seulement en raison du plus grand développement de leur support de diffusion, mais aussi à l'égard de la nécessité de combler les lacunes légales sans faire excessivement perdurer les litiges entre particuliers. Participant à ce renouveau des supports de diffusion, on compte la *Gazette des Tribunaux*, le *Journal du palais*, le *Recueil général des lois et des arrêts* de Sirey, puis de Devilleneuve et Carette, ou encore le recueil de *Jurisprudence générale* et le *Dictionnaire général et raisonné de jurisprudence* de Dalloz<sup>79</sup>. En raison de l'obligation faite au juge de motiver ses décisions sur des dispositions légales formelles, l'analyse de ces arrêts peut alors

---

<sup>76</sup> S. Bloquet, *La loi et son interprétation à travers le Code civil (1804-1800)*, op. cit., p. 44, n°66.

<sup>77</sup> C.-J. Ferrière (de), *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, de coutumes et de pratique avec les juridictions de France*, Paris, Brunet, 1769, T. II, V° Loi. Rapp. J. Moreau-David, « La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil : les avatars de la norme coutumière », *RHFD*, 1997, n°18, p. 132.

<sup>78</sup> C.-J. Ferrière (de), op. cit., T. II, V° Loi et T. I, V° Autorité.

<sup>79</sup> *Gazette des Tribunaux ou mémorial des corps administratifs et municipaux*, Paris, Desaint, 1789-1799, 18 vol. ; *Journal du Palais présentant la jurisprudence de la Cour de cassation et des cours royales, sur l'application de tous les codes français aux questions douteuses et difficiles*, Nlle éd. par M. Bourgeois, Paris, 1823-1827, 24 vol. ; *Journal du Palais, Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1848*, Paris, 1845-1850, 12 vol. ; L.-M. Devilleneuve et A.-A. Carette, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public*, Paris, 1831 ; J.-B. Sirey, *Jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle, ou table tricennale du Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, rédigée et mis en ordre alphabétique et méthodique par L.-M. Devilleneuve*, Paris, 1834 ; Dalloz, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale, criminelle et administrative, composée par ordre alphabétique des matières, depuis l'origine de la Cour de cassation jusques et y compris 1824*, Paris ; A. Dalloz, *Dictionnaire général et raisonné de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, Paris ; *Journal du Palais, Recueil le plus complet de la jurisprudence française (par ordre chronologique jusqu'en 1837)*, par Ledru-Rollin, 1837, 27 vol. ; A. Molié, *Jurisprudence criminelle de la Cour de cassation, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1811 jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1830*, Paris, 1830 ; *Journal du droit criminel, ou jurisprudence criminelle du royaume, recueil périodique des décisions judiciaires et administratives concernant les matières criminelles, correctionnelles et de police, les douanes, les contributions indirectes, les délits forestiers, les frais de justice*, Paris, 1820. Voir P.-N. Barenot et N. Hakim, « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Dott. A. Giuffrè, 41 (2012), p. 251-297.

difficilement encourir le reproche de représenter une méthode purement hypothétique et spéculative sur la formation du droit. Au XIX<sup>e</sup> siècle, Pailliet soutient ainsi que l'étude de ces arrêts est d'ailleurs « indispensable pour se préserver d'un excès de confiance dans ses propres idées, pour vérifier les doctrines même les plus imposantes, et ne pas se laisser entraîner au charme souvent dangereux des abstractions, des théories et des systèmes »<sup>80</sup>. Si la jurisprudence permet d'observer la réalité juridique de la société, elle favorise aussi, par son action diffuse et normative, l'anticipation des besoins sociétaux. Pailliet voit d'ailleurs en elle une forme de « législation auxiliaire », dont l'utilité sociale ne peut plus être méconnue.

Dans un nouvel ordre juridique légaliste imposant le respect formel des lois publiques, et marquant ainsi la transition avec des règles de droit désormais révolues, *faire jurisprudence* s'illustre parfois par un mécanisme équivoque de formulation de nouveaux principes de droit que constitue la double motivation des arrêts<sup>81</sup>. Ceux-ci se comprennent toujours au regard du dualisme de l'idée de *loi*. Dans son *Traité de l'interprétation juridique* (1852), Delisle explique d'abord que l'obligation de motiver les jugements procède de l'esprit de l'article 208 de la Constitution du 5 fructidor an III, imposant aux juges d'indiquer « les termes de la loi appliquée »<sup>82</sup>. Mais, selon lui, le terme de *loi* doit être entendu dans son acception large, puisqu'il ne s'agit en aucun cas de défendre les seules normes établies par l'autorité publique. Reprenant la conception des anciens jurisconsultes, il entend le mot *loi* comme toute règle de droit servant à trancher les litiges et, à ce titre, ce terme peut-être identifié aux usages ou aux lois romaines<sup>83</sup>. La double motivation des arrêts consiste alors pour les magistrats à citer un article du Code civil pour fonder leurs décisions, tout en associant la disposition mentionnée à une ancienne règle de droit, pourtant prescrite, afin d'éclairer l'esprit de la nouvelle législation. L'essentiel est de pouvoir observer cette pratique judiciaire en dehors de droits acquis sous l'ancienne législation, qui pourrait ainsi justifier son usage en tant qu'exigence légale.

Dans un premier temps, cette double motivation, répandue jusqu'aux arrêts de la Cour de cassation dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>84</sup>, peut s'expliquer par une volonté d'inscrire le Code civil dans une perspective historique, afin d'en garantir la légitimité aux jurisconsultes et aux justiciables attachés à la Tradition. Indépendante

---

<sup>80</sup> J.-B.-J. Pailliet, *Manuel de droit français, Code civil*, Paris, Desoer, 1824, T. I, p. xvj, n°35 : « La loi la plus parfaite n'est pas claire pour tous les esprits ; une jurisprudence régulatrice, mais dont toute la force est dans le raisonnement, devenait indispensable. C'est, pour ainsi dire, une législation auxiliaire et de développement dont l'empire, avec le temps, n'est guère moins grand que celui de la législation formelle : de là des instructions de la part des ministres, des préfets et autres fonctionnaires chargés d'une branche particulière d'administration ; de là des arrêts et jugements, la doctrine des jurisconsultes ».

<sup>81</sup> J. Carbonnier, « En l'année 1817 », *Mélanges P. Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, p. 86 ; Rapp. J. Foyer, « La propriété foncière et la liberté contractuelle selon le Code civil », *La crise de la modernité européenne*, Rennes, P.U. Rennes, 2001, p. 94. Rapp. S. Bloquet, *op. cit.*, p. 458 et s.

<sup>82</sup> « Les séances des tribunaux sont publiques ; les juges délibèrent en secret ; les jugements sont prononcés à haute voix ; ils sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée », art. 208 Const. an III.

<sup>83</sup> G. Delisle, *Principes de l'interprétation des lois, des actes, des conventions entre les parties et spécialement des législations françaises et étrangères concernant l'étranger en France*, Paris, IGL, 1852, T. I, §. 46, p. 127.

<sup>84</sup> S. Bloquet, *ibid.*

de la nature des régimes politiques, cette pratique semble traduire une réalité purement juridique, consistant en un lent travail d'interprétation des textes qui, en multipliant les références aux autorités du droit, vise à conférer une indéniable épaisseur historique au Code. Dans le prolongement de leurs prédécesseurs, les juristes du début du XIX<sup>e</sup> siècle n'ont pas totalement dérogé à une habitude favorisant les références aux *lois* au sens large, c'est-à-dire aux solutions coutumières et romaines, ainsi qu'aux opinions des auteurs et à la jurisprudence des arrêts. Loin de recourir exclusivement à des procédés interprétatifs syllogistiques, la motivation des arrêts procède alors nécessairement, pour les interprètes du Code civil, d'un recours à des compléments de la nouvelle législation.

Dans un second temps, cette pratique peut aussi se comprendre dans le nouveau paradigme qu'offre le désir de concorde de la société post-révolutionnaire, qui s'associe à une volonté de reconstruction de l'ordre judiciaire du XIX<sup>e</sup> siècle. « La magistrature, a constaté Jean Carbonnier, parce qu'elle était consciente des divisions du pays, incertaine des flux et reflux à venir, pouvait tenir à ce que ses décisions fussent également justifiées en droit, aux yeux de l'une et l'autre moitié de la France »<sup>85</sup>. L'éclectisme de cette motivation auxiliaire des arrêts doit surtout se comprendre dans une période de renouveau du pouvoir des juges de *faire jurisprudence*. Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, en présence d'une loi neuve et en l'absence d'une cour régulatrice comme l'a souligné Bernard Beignier<sup>86</sup>, l'action normative des juges semble correspondre à l'exercice d'un pouvoir interprétatif par *voie de doctrine* pour reprendre le Livre préliminaire du projet de Code civil<sup>87</sup>. Au regard de la particularité institutionnelle alors contemporaine, *faire jurisprudence* est autant l'œuvre des cours d'appel que celle de la Cour de cassation<sup>88</sup>. Ce dualisme de la motivation se comprend aussi au regard d'une jurisprudence tournée vers les *casus* et favorisant encore la *prudentia* du juge. Faisant écho à la définition des anciens arrêtistes, Loqué définit, en 1829, la *jurisprudence des arrêts* comme « des arrêts isolés » incarnant « l'opinion particulière des magistrats desquels ils émanent »<sup>89</sup>. Pour Dupin, elle n'en constitue pas moins le vrai « supplément de la législation » rendu par une forme d'indépendance de la part des cours d'appel<sup>90</sup>. Il souligne d'ailleurs, toute proportion gardée, le lien de ce pouvoir interprétatif avec l'Ancien Régime, où la notion d'*arrêt* s'expliquait parce que les décisions des cours n'étaient pas susceptibles « d'être réformées sur appel par un tribunal supérieur, elles mettent ordinairement fin aux procès, et *arrêtent* toutes les contestations ultérieures entre les parties »<sup>91</sup>. Après la

---

<sup>85</sup> « A la limite, c'était prêter au droit civil deux sources de positivité cumulative ou alternative : le fonds coutumier et la promulgation formelle ». J. Carbonnier, *ibid.*

<sup>86</sup> B. Beignier, « La conscience du juge dans l'application de la loi au début du XIX<sup>e</sup> siècle. La jurisprudence au temps de l'exégèse », J.-M. Carbasse et L. Depambour-Tarride (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 278.

<sup>87</sup> P.-A. Fenet, *op. cit.*, T. II, Liv. Prélim., Tit. V. De l'application et de l'interprétation des lois, art. 2, p. 7.

<sup>88</sup> B. Beignier, *Ibid.*

<sup>89</sup> J.-G. Loqué, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire complet des codes français*, Paris, Treuttel, 1831, p. 622-623.

<sup>90</sup> A. Dupin, *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats*, Recueil d'opuscules de jurisprudence, Bruxelles, Tarlier, 1835, p. 416-417.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 479.

codification du droit, une même force des arrêts des juges du fond a vocation à compléter les insuffisances légales dans les cas d'espèce. A ce titre, Locré écrit que « ceux qui voudraient donner aux arrêts de la Cour de cassation la force de former jurisprudence, et qui, d'après cette manière de voir, appellent cette cour la cour suprême, connaissent bien peu les principes de notre organisation judiciaire et la hiérarchie qu'elle établit. Loin que la Cour de cassation exerce un pouvoir suprême, loin qu'elle domine les autres cours, il est, au contraire, incontestable que les arrêts des autres cours ont une puissance qui leur est propre, tandis que les siens n'en ont que lorsque l'arrêt d'une autre cour les appuie ; et qu'il est également vrai que, vis-à-vis d'elle, les autres cours royales conservent toute leur indépendance »<sup>92</sup>.

Toutefois, en dépassant une approche purement casuistique, l'étude des arrêts permet de dégager des principes de droit et, par conséquent, une jurisprudence en voie de formation. Dans cette période de renouveau de la jurisprudence, la difficulté réside précisément dans l'étude nécessaire de ces *casus* afin d'en comprendre les préceptes communs. Guillaume Leyte a observé que, sous l'Ancien Régime, la volonté de connaissance des précédents judiciaires imposait de procéder par « sédimentation des arrêts et des solutions dont la plupart des juristes ne cherchent pas à vérifier l'exactitude »<sup>93</sup>. Postérieurement à l'adoption du Code civil, il ne peut également s'agir pour les jurisconsultes que d'une lente recherche du sens de la jurisprudence qui se nourrit progressivement de décisions se développant dans des cas nouveaux. En l'absence d'un faisceau de décisions rendues dans des espèces semblables, les principes directeurs établis par les juges dans une matière particulière ne peuvent être saisis qu'avec difficulté. Il était alors à craindre que l'unité de la jurisprudence des arrêts ne s'observât qu'avant plusieurs décennies.

Ainsi, après le développement des codifications au XIX<sup>e</sup> siècle, l'unité du droit ne semble pas pouvoir être assurée immédiatement par la Cour de cassation, autant en raison du défaut de son pouvoir souverain que par l'essence même de l'interprétation originellement tournée vers les cas d'espèce. « Toute science, affirme dans cet esprit Ledru-Rollin, on le sait, ne parvient guère à revêtir un caractère dogmatique et absolu, qu'après avoir traversé les faits ; et la jurisprudence, en particulier, ce miroir fidèle et mobile des mœurs, a pour destin inévitable d'être préparée par les tâtonnements laborieux de la pratique »<sup>94</sup>. Une fois ce dépassement essentiellement casuistique

---

<sup>92</sup> J.-G. Locré, *op. cit.*, T. XVI, p. 623. Dans un premier cas, dans l'hypothèse du rejet d'un pourvoi et de confirmation d'une décision d'une cour d'appel, l'arrêt de la Cour de cassation ne devient décisif que s'il est conforme à celui de la Cour d'appel. Dans un second cas, lorsque la Cour de cassation sanctionne une décision des juges inférieurs, la cour à laquelle le renvoi est fait n'est pas obligée de suivre la solution de la juridiction suprême. « Si elle casse, affirme Locré, elle ne détruit que l'arrêt cassé et son opinion est ensuite jugée par la cour à laquelle elle renvoie. Quand cette cour la partage, c'est son arrêt qui fait triompher le sentiment de la Cour de cassation. Quand elle la repousse, l'arrêt de cassation est effacé. Un nouveau pourvoi même ne donne pas la suprématie à la cour réformatrice ; car, dans le cas où elle casse l'arrêt de la seconde cour, sa décision ne tranche pas la question : une troisième cour est saisie, et juge avec la même indépendance que les deux premières. Enfin, lorsque l'opinion de la Cour de cassation est de nouveau rejetée, le législateur lui-même intervient pour mettre fin à la lutte ». *Ibid.*

<sup>93</sup> G. Leyte, « "Le droit commun de la France", observations sur l'apport des arrêtistes », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n°38 (2003), p. 61-62.

<sup>94</sup> A.-A. Ledru-Rollin, « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », *op. cit.*, p. IX.

réalisé, les juristes pourront présenter la jurisprudence comme une *loi pratique* visant à anticiper les besoins sociétaux du XIX<sup>e</sup> siècle.

## II. La *loi pratique*, une renaissance du pouvoir normatif du juge.

Résumant l'opinion des auteurs du Code civil, Laurent écrit, en 1869, que le législateur « règle l'avenir ; il ne lui est pas permis de régir le passé. Le juge règle le passé ; il ne lui est pas permis de disposer pour l'avenir »<sup>95</sup>. Dans le même esprit, Toullier avait déjà soutenu en 1820, que « la loi diffère des jugements qui ne peuvent intervenir que sur des actions passées auxquelles le juge applique la loi, au lieu que la loi ne peut statuer que sur l'avenir. Le législateur ne saurait régler ce qui n'existe plus ; le passé n'est pas en son pouvoir ; la loi n'a point d'effet rétroactif »<sup>96</sup>.

Pourtant, dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, certains auteurs estiment que cette frontière ne semble plus en conformité avec la réalité de l'office du juge. « La codification, en condensant le passé, en fait un type indestructible, un monument national qu'on environne d'un saint respect, soutient Ledru-Rollin. Seulement la codification immobiliserait les destinées d'un peuple qui ne saurait les confier à la jurisprudence. À la jurisprudence l'avenir ; à elle, apôtre et précurseur de la loi nouvelle, de céder, par des transitions prudentes et ménagées, à la pente irrésistible des faits et des idées »<sup>97</sup>. Une telle affirmation renverse la perspective de Toullier et de Laurent. En ce sens, les observations de Ledru-Rollin le portent à considérer que l'orientation normative de la jurisprudence, autant que sa portée dogmatique, fait de cette source du droit le précurseur des besoins de la société. La codification apparaît alors comme un nouveau support scientifique appelé à être vivifié par l'office du juge. Bénéficiant d'une émancipation institutionnelle précoce (A), cette jurisprudence se voit reconnaître une pleine spécificité en qualité de *loi pratique* (B).

### A. Une émancipation institutionnelle préalable.

L'autonomie du pouvoir de *faire jurisprudence* semble devoir procéder de deux étapes essentielles à l'égard du juge de la cassation, qui le conduisent d'abord à se dégager de l'emprise du pouvoir législatif, puis de la concurrence des juges du fond. Dans cette première phase, la renaissance de la jurisprudence doit se comprendre au regard de la particularité des rapports entre le législateur et le juge depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Instauré par la loi des 16 et 24 août 1790, le référé législatif avait conduit à annihiler institutionnellement le pouvoir d'interprétation des juges. La crainte du pouvoir judiciaire avait permis à ce mécanisme legaliste de connaître une extension jusqu'en 1793<sup>98</sup>. Le rejet de l'esprit de corps des magistrats, associé au souvenir de la concurrence des Parlements à l'égard de l'autorité centrale, conduisait à la mise sous

<sup>95</sup> Fr. Laurent, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, p. 336, n° 264.

<sup>96</sup> C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil suivant l'ordre du Code*, op. cit. T. I, p. 17-18.

<sup>97</sup> A.-A. Ledru-Rollin, *op. cit.*, 1837-1842, 3<sup>e</sup> éd., p. XVII, cité par Y.-L. Hufteau, *op. cit.*, p. 137. E. Meynial, « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes », *op. cit.*, p. 186-187.

<sup>98</sup> Y.-L. Hufteau, *op. cit.*, p. 50-51, et p. 55.

tutelle de l'office du juge. Mais la perspective tend à se renouveler à partir de l'an IV, lorsque le Tribunal de cassation entend désormais assurer l'indépendance du pouvoir judiciaire, tel que le permet les dispositions de la Constitution de l'an III. Selon son article 264, « le Corps législatif ne peut annuler les jugements du Tribunal de cassation, sauf à poursuivre personnellement les juges qui auraient encouru la forfaiture ». Paolo Alvazzi Del Frate a souligné cette crise du référé au législateur, qui s'illustre dans les difficiles rapports entre les pouvoirs politiques à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>99</sup>. En vertu de la séparation des pouvoirs réaffirmée par la Constitution, le Tribunal de cassation sanctionne alors les juges du fond ayant provoqué un référé au législateur, en affirmant que le recours à ce mécanisme demeure contraire au principe de la séparation des pouvoirs. La haute juridiction condamne ainsi pour déni de justice le système du référé au législateur d'abord en matière criminelle par un arrêt du 17 mai 1793<sup>100</sup>, puis en matière civile par une décision du 4 mai 1796<sup>101</sup>. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal de cassation sanctionne la décision du Tribunal du Gard parce qu'il s'est « dépouillé des fonctions judiciaires dont il était revêtu, pour les attribuer au Corps législatif qui ne peut pas les exercer »<sup>102</sup>. D'une certaine manière, cette constance de la solution du Tribunal de cassation, qui s'observe dans la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, peut apparaître significativement comme la première des jurisprudences de la haute juridiction. Le plus marquant demeure que les motivations de ce renouveau du pouvoir du juge reposent non seulement sur l'émancipation revendiquée de la tutelle du législateur, mais qu'elle conduit aussi ouvertement à l'abrogation d'une disposition légale, à savoir l'article 12 du Titre II de la loi des 16-24 août 1790 relatif au référé législatif<sup>103</sup>.

En affirmant que l'office du juge est ainsi de toujours trancher les litiges au nom de la tranquillité sociale et, dans une certaine mesure, de l'intérêt des justifiées, le Tribunal de cassation prépare les esprits à la solution retenue par l'article 4 du Code de 1804 commun à plusieurs codifications civiles européennes du XIX<sup>e</sup> siècle. En cas de lacune ou d'obscurité légale, il appartient désormais au juge de suppléer ces défaillances de la loi par un recours à un système de sources extra-légales. Ce renouveau de l'office du juge, obligé de toujours statuer, se comprend d'autant mieux dans l'esprit du Consulat, dans la mesure où la situation politique n'implique plus la crainte persistante d'une immixtion du pouvoir judiciaire dans le pouvoir normatif du pouvoir législatif. Cette abrogation tacite du référé au législateur devait avoir des répercussions sur le pouvoir des juges du fond en favorisant leur *prudentia* dans les cas d'espèce. A terme, elle permettrait la renaissance de la jurisprudence des arrêts, sans toutefois assurer totalement l'unité de cette source du droit.

C'est pourquoi, dans une seconde phase, la réforme du 1<sup>er</sup> avril 1837 permet de renouveler fondamentalement le pouvoir de *faire jurisprudence* en reconnaissant à la Cour de cassation une souveraineté interprétative désormais incontestable. Avant cette réforme, la cour régulatrice avait eu certes un pouvoir normatif reconnu par les

---

<sup>99</sup> P. Alvazzi Del Frate, *Giurisprudenza a « référé législatif » in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, G. Giappichelli, 2005, p. 75-105.

<sup>100</sup> *Gazette des Tribunaux, op. cit.*, T. VII, Tribunal de Cassation, 17 mai 1793, p. 456.

<sup>101</sup> Y.-L. Hufteu, *op. cit.*, p. 78.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 85.

juridictions inférieures, mais il demeurerait incertain compte tenu de la possibilité accordée à la Cour de renvoi de ne pas suivre la décision de cassation. Dans ces conditions, il demeure difficile de déterminer avec précision la réalité de l'autorité normative de la Cour de cassation en l'absence de sa souveraineté interprétative et, au même moment, en raison du recours à une pratique de double motivation des arrêts. Pour autant, Duranton ne méconnaît pas que la jurisprudence de la Cour de cassation puisse légitimement être la source d'une loi pratique, indispensable pour combler les lacunes légales et anticiper les besoins de la société du XIX<sup>e</sup> siècle. Dépassant le cadre d'une utilité purement illustrative des dispositions légales, la jurisprudence doit même être nécessairement prise en compte, lorsque son autorité émane « de la Cour plus spécialement chargée de maintenir l'uniformité dans l'application des principes, et à laquelle la nature de ses attributions a fait donner le titre de Cour régulatrice »<sup>104</sup>. Avant la réforme de 1837, le procureur général près la Cour de cassation Merlin soutient également la nécessité d'admettre l'autorité normative des « points de droit qui sont généralement décidés par une jurisprudence fixe et invariable » car, lorsqu'elle est claire et incontestable, « la jurisprudence acquiert force de loi »<sup>105</sup>. A cet égard, la reconnaissance de la souveraineté interprétative de la Cour de cassation semble parachever un lent et difficile développement de sa jurisprudence au début du XIX<sup>e</sup> siècle. L'évolution institutionnelle de 1837 implique désormais que le deuxième arrêt de cassation, rendu toutes chambres réunies, tienne lieu de loi, sur le point de droit posant une difficulté, à l'égard de la cour de renvoi<sup>106</sup>. Ce rehaussement significatif de la puissance normative de la cour régulatrice fait même craindre aux contemporains la concurrence de la *loi publique* par la *loi pratique* et, de ce fait, cette prérogative apparaît contraire à la séparation des pouvoirs et à l'article 5 du Code civil, proscrivant le pouvoir réglementaire du juge. Lors des débats préparatoires de cette réforme, le député Pataille peut alors interpeller l'Assemblée sur le risque de voir se développer, avec la plus grande certitude, une « législation par jurisprudence » rivale du législateur<sup>107</sup>. Non seulement la réforme de 1837 semble, pour les députés, mettre la Cour de cassation en position de rivalité avec le législateur, mais elle conduit aussi à renouveler profondément le pouvoir de *faire jurisprudence*. Cette prérogative ne ressortirait plus d'un faisceau de décisions convergentes et uniformes sur un même point de droit comportant une obscurité ou une insuffisance préalable. En annonçant le passage d'une jurisprudence des arrêts à une jurisprudence formulée sous l'égide de la Cour de cassation, elle peut aussi constituer une atteinte à la *prudentia* des juges inférieurs.

En vérité, la pleine reconnaissance de l'unité de la jurisprudence et de l'autorité normative de la Cour régulatrice ne manque pas de susciter des difficultés quant au mode de formation de cette loi pratique. Le pouvoir de *faire jurisprudence* de la haute

---

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> P.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 1812-1825, T. XI, V<sup>o</sup> Équité, p. 66-67.

<sup>106</sup> A. et D. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Paris, Wahlen, 1845-1870, V<sup>o</sup> Cassation, n<sup>o</sup> 1356.

<sup>107</sup> *Archives parlementaires de 1787 à 1860, op. cit.*, 2<sup>e</sup> s., T. CIX, Pataille, p. 243.

juridiction, pouvant s'imposer par l'autorité d'une seule de ses décisions, ne peut intervenir qu'après plusieurs années, sinon décennie, de recours judiciaires<sup>108</sup>. Une telle situation conduit alors, contrairement à l'esprit de l'article 4 du Code civil exposé par Portalis, à laisser perdurer les conflits entre les particuliers au préjudice de la certitude du droit et de la paix sociale. De surcroît, contrairement à la jurisprudence des arrêts offrant un mode de formation par sédimentation progressive, rien n'empêche la jurisprudence de la cour régulatrice de réaliser des revirements réguliers dans ses solutions.

Cette souveraineté interprétative trouve un prolongement symbolique dans une évolution terminologique opérée au même moment par la doctrine. Celle-ci avait jusqu'alors généralement souscrit à la distinction du Livre préliminaire entre l'interprétation *par voie de doctrine*, à laquelle se rattachait la jurisprudence, et *par voie d'autorité*, c'est-à-dire celle réservée au législateur<sup>109</sup>. Désormais, la jurisprudence, dont celle de la Cour de cassation, sort du champ de l'interprétation simplement *doctrinale* pour incarner une interprétation dite *judiciaire* pleinement autonome, comme le soutient Boileux<sup>110</sup>. Dès 1839, Aubry et Rau qualifient aussi la jurisprudence de la Cour de cassation d'interprétation « publique ou officielle » de la loi, en mettant celle-ci sur une parfaite égalité d'autorité avec celle du pouvoir législatif<sup>111</sup>. Cette interprétation authentique marque également une rupture catégorielle chez ces deux professeurs, qui distinguent désormais l'autorité de la jurisprudence avec l'interprétation des juristes, dorénavant qualifiée simplement de *privée*<sup>112</sup>. Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, de nombreuses illustrations permettraient de reconnaître la pleine spécificité de cette *loi pratique*.

## B. La pleine reconnaissance de la spécificité de l'interprétation judiciaire.

En 1837, Ledru-Rollin soutient que la jurisprudence avait dépassé désormais le statut de simple « commentaire » ou « complément de la loi existante », car elle ne servait plus simplement d'illustration pratique du Code civil, ni uniquement à en combler les lacunes. Ledru-Rollin écrit également, à cette même époque, que la mission de la jurisprudence consiste dorénavant à « s'emparer des intérêts que la loi

---

<sup>108</sup> V.-N. Marcadé, Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre, Paris, Cotillon, 1859, 5<sup>e</sup> éd., T. I, p. 66.

<sup>109</sup> P.-A. Fenet, *op. cit.*, T. II, Liv. prélim. du projet de Code civil, Tit. 5 (De l'application et de l'interprétation des lois), art. 2, p. 7. Rapp. C.-B. Toullier, *op. cit.*, T. I, p. 104, n°136 ; J. Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, Paris, Lenormant, 1805, T. I, p. 14, art. 5 ; J.-B.-J. Pailliet, *Dictionnaire de droit français*, Paris, Molin, 1824, T. II, V<sup>o</sup> Administration de la justice en France, p. 525-526 ; Th.-P. Boulage, *Introduction à l'histoire du droit français et à l'étude du droit naturel, à l'usage des étudiants en Droit*, Paris, Delestre, 1821, p. 160 et 162 ; J.-A. Rogron, *Code civil expliqué, par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence, avec la solution, sous chaque article, des difficultés, ainsi que des principales questions que présente le texte, et la définition de tous les termes de Droit ; suivi d'un formulaire des actes sous seing privé*, Paris, Thorel, 1838, p. 7.

<sup>110</sup> J.-M. Boileux, Commentaire sur le Code civil contenant une explication de chaque article séparément, Paris, Joubert, 1856, 6<sup>e</sup> éd., T. I, p. 28.

<sup>111</sup> Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, Strasbourg, Lagier, 1839, T. I, p. 71, §. 38.

<sup>112</sup> *Ibid.*

n'a pas satisfaits, les porter timidement dans son sein, les faire enfin prédominer par des essais continus [...]. Elle n'est donc pas seulement le commentaire et le complément de la loi existante ; car alors elle aurait pour objet unique de maintenir et de consolider la loi, tandis qu'elle exerce une action dissolvante et, l'élargissant sans cesse, aspire à la remplacer. [...] À la jurisprudence l'avenir ; à elle, apôtre et précurseur de la loi nouvelle, de céder, par des transitions prudentes et ménagées, à la pente irrésistible des faits et des idées »<sup>113</sup>. L'action de la jurisprudence vise désormais à anticiper ainsi les besoins sociétaux autant qu'à s'affranchir d'un carcan légaliste non conforme à la réalité de la société du XIX<sup>e</sup> siècle. Par sa puissance continue et régulière, cette source du droit peut aspirer légitimement, selon Ledru-Rollin, à remplacer la loi publique. En ce sens, il souligne cette réalité d'une source du droit devenue incontournable, telle qu'on la retrouve chez un grand nombre de jurisconsultes qui ne pensent pas autrement que par cette formule usuelle : « Il est de principe *en droit*, mais *la jurisprudence* a décidé que, etc. »<sup>114</sup>.

Quelles années auparavant, Dalloz a déjà soutenu que la « connaissance des monuments judiciaires [devenait] un élément désormais indispensable de la science des lois », non seulement en raison de l'unité procurée par un support de lois uniformes, mais également grâce à l'expérience mutuelle des cours d'appel en matière d'interprétation qui pouvaient s'éclairer « dans la recherche de la vérité »<sup>115</sup>. Autrement dit, pleinement compatible avec un ordre juridique codifié, jamais la jurisprudence n'a pu avoir autant d'importance pour la science juridique qu'à partir du début du XIX<sup>e</sup> siècle. Plutôt que de les envisager sous un rapport d'opposition, la loi et l'arrêt reposent sur les liens complémentaires et indissolubles, qui sont ceux de prédécesseur à successeur. Au même moment, comme le souligne Pierre-Nicolas Barenot, l'analyse raisonnée des arrêts permet à Sirey de concevoir les traits d'une « théorie de l'application des lois », qui reposerait sur l'analyse de règles usuelles consacrées en justice, mais n'étant pas encore étudiées à l'École<sup>116</sup>. Sans toutefois préciser les bases méthodologiques d'une telle science pratique, Sirey précise qu'elle permettrait de découvrir des *principes généraux* œuvrant pour la bonne application des lois positives, sinon de percevoir des déductions générales issues de l'étude de la jurisprudence.

Complémentaire au mouvement de codification, la faculté de *faire jurisprudence* avait su prendre appui sur l'esprit des textes pour en combler les insuffisances révélées par la pratique. Ledru-Rollin a souligné ces principaux apports jurisprudentiels immédiatement postérieurs au Code civil, qui ont également concernés la matière commerciale ou pénale<sup>117</sup>. En matière commerciale, son action

---

<sup>113</sup> A.-A. Ledru-Rollin, *op. cit.*, p. XVII.

<sup>114</sup> Ibid.

<sup>115</sup> A. Dalloz, « Introduction », *Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales ou Jurisprudence générale du Royaume*, en matière civile, commerciale et criminelle, Paris, J. Smith, 1824, p. VII.

<sup>116</sup> J.-B. Sirey, J.-B. Duvergier, L. Devilleneuve, *Jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1821, p. II-III ; P.-N. Barenot, *op. cit.*, p. 107.

<sup>117</sup> Y.-L. Hufteu, *op. cit.*, p. 137. Dans un arrêt du 14 octobre 1824, la section criminelle de la Cour de cassation établit, par exemple, qu'« en toutes matières, la récusation du juge, qui a un intérêt personnel à la contestation, fondée sur les principes de la justice naturelle, est de droit ; qu'il ne peut

s'est montrée favorable au développement industriel et à la liberté d'entreprendre. Elle permit ainsi de compléter plusieurs lacunes légales en ce qui concerne la nomenclature des actes de commerce, à l'égard des droits et de devoirs des associés entre eux et par rapport aux tiers, ou encore en matière de fonds de commerce<sup>118</sup>. L'action normative de la jurisprudence s'est alors accompagnée de la prise en compte des questions industrielles et des échanges commerciaux, face à un Code qui « n'avait eu de prévisions que pour la propriété foncière »<sup>119</sup>.

Mais ce rehaussement de la jurisprudence n'est pas simplement passé par la lente élaboration d'un corpus de règles complémentaires à la législation positive, puisque la *loi pratique* s'est aussi organisée selon un ensemble des préceptes cohérents. Au-delà de la simple accumulation d'arrêts aux solutions éparses, la jurisprudence a rapidement présenté une véritable unité idéologique orientée vers la recherche d'une forme de libéralisme social et économique. Pour Ledru-Rollin, ce mouvement continu et progressif de la jurisprudence peut s'observer à travers un comparatisme de solutions jurisprudentielles, qui permet d'attester du caractère profondément novateur du droit prétorien. Plusieurs domaines ont ainsi été concernés par celui-ci. Il a notamment permis de déterminer, avec plus de certitudes, les compétences de la juridiction arbitrale ; de combler des manques en matière d'assurance terrestre ; d'offrir des nouvelles règles de régulation des marchés à terme ; de favoriser le prêt à intérêt ; de soutenir le développement industriel contre un Code considéré comme ayant contribué essentiellement à la propriété foncière ; de préparer la loi pour cause d'utilité publique contre l'idée d'une propriété privée absolue ; ou encore de favoriser l'idée de propriété intellectuelle<sup>120</sup>. Dès le deuxième tiers du XIX<sup>e</sup> siècle, les répertoires de Dalloz et de Sirey confirment cette orientation libérale de la jurisprudence au travers de leur lexique, qui s'enrichit progressivement des termes de « liberté du commerce » et de « liberté du commerce et de l'industrie »<sup>121</sup>.

Si aucune branche du droit ne semble pouvoir échapper à l'emprise croissante de ce pouvoir de *faire jurisprudence* autorisant à compléter les lacunes légales, il peut être dissimulé que le pouvoir normatif des juges leur permet aussi de rivaliser directement avec la législation positive<sup>122</sup>. Ledru-Rollin en fait d'ailleurs le constat dès

---

être dérogé à cette règle que par une disposition expresse de la loi ». C. cass., sect. crim., 14 octobre 1824, S. 1825, I, 89. Pailliet soutient, au regard de cette décision, que « les règles de justice naturelle (évidentes ou généralement admises) sont obligatoires devant les tribunaux, quand même elles ne sont pas textuellement écrites, et par cela seul qu'il n'y a pas dérogation expresse ». J.-B.-J. Pailliet, *Manuel de droit français, op. cit.*, 1837, p. 6, n°12.

<sup>118</sup> A.-A. Ledru-Rollin, *op. cit.*, p. XVIII.

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> Ibid.

<sup>121</sup> A. et D. Dalloz, *Répertoire méthodique, op. cit.*, 1853, T. XXX, p. 13-31. Voir A. Dalloz et R. de Villargues, *Dictionnaire général et raisonné de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1850, T. IV, p. 192-197 ; J.-B. Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts*, Paris, Cosse, vol. 1812-1814 ; A.-A. Ledru-Rollin, *Journal du Palais, Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1850*, 1850, T. IX, p. 127-129.

<sup>122</sup> « Avec le temps, la Cour de cassation s'écarta de plus en plus de la mission subordonnée dans laquelle avait voulu l'enfermer la Constituante : son rôle s'étend, elle s'érige en arbitre souverain de l'interprétation pratique, elle s'émancipe de la tutelle législative à un tel point qu'elle devient

le premier tiers du XIX<sup>e</sup> siècle en déclarant que « la jurisprudence n'est donc pas seulement, comme on le répète chaque jour, le commentaire et le complément de la loi existante »<sup>123</sup>. Plusieurs domaines ont connu cette concurrence inexorable de la jurisprudence, comme lorsque celle-ci tend à consacrer les donations déguisées ; à réduire significativement la portée de l'article 1326 du Code de 1804 en matière de preuve testimoniale ; à conférer, en contravention à la loi, le statut d'héritiers aux enfants naturels ; à conférer à la mère naturelle le droit d'émanciper ses enfants. Mais surtout, ce « rôle civilisateur de la jurisprudence »<sup>124</sup>, pour reprendre les termes de Ledru-Rollin, s'est symptomatiquement orienté vers une tendance à l'émancipation légale de la femme. Il a permis de repousser l'idée d'une toute puissance maritale pouvant imposer la cohabitation à l'épouse, voire d'émanciper celle-ci de l'autorité de son époux pour les obligations contractées de bonne foi dans l'intérêt de la communauté. Cette puissance irrésistible de la jurisprudence dans l'intérêt du droit des femmes conduit ainsi les arrêts à développer des principes nouveaux en contradiction avec des solutions légales pourtant formelles, comme lorsqu'elle reconnaît le droit à l'épouse d'assister au conseil de famille malgré l'interdiction du mari (Art. 442 C. civ. de 1804)<sup>125</sup>. Cette aspiration à un *but social*, selon Ledru-Rollin, ne fait que s'accroître tout au long des décennies suivantes en accentuant sa consistance harmonique. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, Esmein peut alors soutenir rétrospectivement que cette tendance à dégager des principes de droit dans un ensemble cohérent n'est en rien spécifique aux décisions judiciaires. Selon lui, une loi naturelle, commune à toutes les disciplines, conduit toujours les activités et pratiques initialement dispersées, lorsqu'elles sont répétées avec une forme de rationalité, à dégager de façon durable « des résultats concordants et homogènes »<sup>126</sup>. Après avoir exercé une action visant à éclairer le sens des lois, d'en avoir comblé les lacunes mises en évidence par la pratique, avoir développé plusieurs préceptes jurisprudentiels *contra-legem*, la puissance dernière de la *loi pratique* est ainsi d'incarner une véritable philosophie d'un droit vivant, dont l'aspect scientifique sera de se constituer dans un ensemble cohérent par-delà l'isolement originaire des arrêts.

Immédiatement après son établissement, le Tribunal de cassation a établi, dans des affaires qui lui ont été soumises, des principes de droit pouvant rivaliser, du point de vue de leur généralité, avec la normativité de la règle légale<sup>127</sup>. A travers son pouvoir de sanctionner les jugements ayant violé les formes de procédure ou contenant une contravention expresse au texte de la loi, comme le sollicite l'article 3 du décret du 27 novembre - 1<sup>er</sup> décembre 1790, la haute juridiction a ainsi pu multiplier l'exercice de son pouvoir régulateur à de nombreuses hypothèses. D'une manière très significative, l'essence même de cet essor du pouvoir de *faire jurisprudence* est passée,

---

progressivement un véritable législateur au second degré ». M. Leroy, *La loi, Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris, Giard, 1908, p. 175.

<sup>123</sup> A.-A. Ledru-Rollin, *op. cit.*, p. XVII.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. XIX.

<sup>126</sup> A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *RTDCiv*, 1902, p. 9.

<sup>127</sup> T. Sauvel, *op. cit.*, p. 183.

depuis le Directoire, par l'émancipation institutionnelle que représente l'abrogation du référé au législateur par la sanction des juges inférieurs qui y recourraient<sup>128</sup>. Malgré tout, pendant une longue partie du XIX<sup>e</sup> siècle, comme l'a souligné Pierre-Nicolas Barenot, une grande instabilité des arrêts s'observa dans les tribunaux, voire jusqu'entre les chambres de la Cour de cassation<sup>129</sup>. Celle-ci nourrira les réticences des auteurs pour l'étude des arrêts et favorisera un certain renferment de la doctrine et des arrêtistes sur leur identité respective. En quelques sortes, cette attitude illustre toute la difficulté de *faire jurisprudence* dans un ordre juridique codifié, au regard des procédés interprétatifs différents que constituent les approches dogmatique ou casuistique, dont les tentatives de syncrétisme opérées par certains auteurs ne permettent de dépasser qu'imparfaitement. Nouvelle étape du développement de la science des arrêts, la *loi pratique* recherchera à anticiper les besoins sociétaux par son action progressive au-delà d'une approche casuistique jusqu'alors favorisée. Tendant à dépasser le dualisme symbolisé par la doctrine du Code et de la jurisprudence des arrêts, elle connaît un développement continu avec Labbé, considéré comme l'un des « initiateurs de la doctrine du juge législateur »<sup>130</sup>. A cette fin, il invite, dans une note publiée au *Répertoire Sirey* en 1880, à ce que « la cour régulatrice s'emparât, dans la mesure où le texte de la loi le lui permet, du rôle que le préteur à Rome a si bien rempli, et à ce que la jurisprudence devienne un développement progressif de la loi, successivement assouplie aux besoins de la société »<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> Y.-L. Hufteau, *op. cit.*, p. 78.

<sup>129</sup> P.-N. Barenot, *op. cit.*, p. 412.

<sup>130</sup> « Nous estimons, contrairement à Laurent, écrit Labbé, que toute loi écrite est confiée aux juristes pour être interprétée, développée selon la raison. On objecte que le texte finit par être *oublié, effacé* sous la doctrine, sous la jurisprudence, cela est vrai. Le droit romain a dû à cette méthode son caractère progressif, sa perfection relative. Imitons-le ». J.-E. Labbé, note S. 1893, I, 66, cité par M. Leroy, *La loi, op. cit.*, p. 218. Chr. Jamin, « Relire Labbé et ses lecteurs », *APD*, 37 (1992), p. 247-267.

<sup>131</sup> J.-E. Labbé, note S. 1880, I, 97, cité par É. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé, Théorie d'une pratique*, PU. Lyon, 1985, p. 118, note 52.

---

## Les supports de la jurisprudence de la CEDH- Pistes de réflexion<sup>1</sup>

Lycette Corbion-Condé

### Remarques préliminaires

1°/Conviée à livrer quelques pistes de réflexion sur les supports de la jurisprudence de la CEDH, la réflexion première est la suivante : comment faire jurisprudence pour une Juridiction supranationale telle que la CEDH ? **Y a-t-il une spécificité liée à la supranationalité ?**

- Déterritorialisation des juges, juges hors sol : le juge national rend la justice au nom du peuple souverain. Quid pour un juge supranational ? La Cour rend-elle la justice au nom des peuples européens ou du peuple européen ? Un peuple ou 47 peuples ?

- Qui sont ces juges ? Les juges sont élus par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, elle-même composée d'élus des Etats parties ; la composition de cette assemblée est dans la dépendance des élections politiques nationales ; aussi d'anciens juges comme Françoise Tulkens ne sont pas sans évoquer leur inquiétude par rapport aux succès de partis politiques hostiles aux droits de l'homme. Comme pour tout juge, se pose un problème d'indépendance par rapport aux autres pouvoirs du Conseil de l'Europe (le comité des ministres et l'assemblée parlementaire, séparation des pouvoirs depuis 1998, v. infra) mais aussi par rapport à l'Etat d'origine : un équilibre est à trouver entre rendre la justice en toute indépendance et impartialité et ménager les autorités nationales car il ne faut jamais oublier que la **légitimité de la Cour procède de la convention, laquelle peut être dénoncée.**

La nécessité de ménager les autorités nationales renvoie à l'image consensuelle du « dialogue » des juges (le dialogue suppose, à la différence de la communication, la liberté des dialoguants et l'absence de hiérarchie), mais cette image ne doit pas leurrer : il existe des rapports de pouvoir inéluctables entre la Cour européenne et les juridictions nationales, dont sont l'illustration les « principe de subsidiarité » et « marge nationale d'appréciation » : certes, en application du principe de subsidiarité, veiller au respect de la Convention incombe d'abord aux autorités et juridictions nationales et dans ce cadre, elles disposent d'une certaine « marge d'appréciation » ; « mais leur action demeure toujours sous la surveillance finale de la CEDH, à laquelle il revient de définir les limites de cette liberté étatique. Autrement dit, la Cour

---

<sup>1</sup> Reproduction des notes de conférences de l'auteure.

conserve nécessairement le dernier mot dans l'interprétation de la Convention et reste maîtresse de son destin ». (Hervieu, 2014),

2°/Initialement sujet : communication de la Cour

Bien sûr mon premier réflexe a été d'aller explorer le site (je vous invite à en faire de même et notamment à voir le clip sur la convention ; le site est très bien fait, à destination du grand public et pour sa réalisation recours certain à des designers de qualité) puis de rechercher des ouvrages de doctrine sur ce sujet : or, un seul trouvé « La Cour européenne des droits de l'homme dans la presse » (pas seulement universitaires ou chercheurs mais membres de la Cour et journalistes) publié en 2015 et premier semble-t-il sur le sujet. Face à la pauvreté de l'appareil scientifique, la raison commandait de renoncer à mon intervention programmée ce jour (le thème suggéré nécessiterait à mon sens un stage d'observation et d'immersion au sein de la Cour). Après bien des discussions avec Jean-Christophe Gaven, l'option retenue aura été de maintenir dans son principe cette intervention sauf à préciser que ne seraient livrées que des pistes de réflexion.

Quelques remarques préalables sur la corrélation communication-jurisprudence :

a/Tout d'abord un constat relevé dans l'ouvrage ci-dessus mentionné : peu de visibilité de la Cour et de son activité jusqu'à la fin des années 1990. Aussi bien peut-on dire à propos de la formule bien connue « la justice ne doit pas seulement être rendue ; il doit être visible qu'elle est rendue » (formule due à Lord Hewart, juge britannique à la base de la théorie des apparences), que la Cour longtemps ne se l'est pas appliquée à elle-même. Pour la Cour, la communication était une préoccupation secondaire voire négligée par crainte probable des médias et de leur côté les médias s'y intéressaient peu.

Hormis la publication de décisions (ce qui n'est pas rien car on est autorisé à penser que les juridictions communiquent d'abord par leurs décisions de justice), la communication était alors réduite aux discours de rentrée judiciaire.

b/L'évolution-révolution aura été le protocole 11 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1998 avec la création d'une cour unique et permanente et le droit de recours individuel non plus facultatif mais obligatoire pour tous les Etats.

Mais précisément avant cette date, pouvait-on parler d'une cour qui rendait la justice ? Pouvait-on parler d'un organe juridictionnel ?

- Rappel du système avant le protocole 11

En ratifiant la Convention, les Etats ont reconnu à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans la convention. En outre l'article 19 indique que la Cour est instituée pour assurer le respect par les Etats de leurs engagements et aux termes de l'article 46 les Etats s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la

Cour dans les litiges où ils sont parties (force obligatoire). La protection doit donc être assurée d'abord par les juges nationaux et la responsabilité étatique obéit au principe d'unicité (toutes les autorités de l'Etat sont responsables). Le système instaure une protection juridique et judiciaire des droits garantis par la Convention. Mais la protection judiciaire est partielle avant le 1<sup>er</sup> novembre 1998 : partielle d'une part car il s'agit d'une protection à double vitesse, le droit de recours individuel étant facultatif (mais finalement avant même l'entrée en vigueur du protocole 11 tous les Etats avaient fini par l'accepter), partielle d'autre part et surtout en raison du mécanisme d'examen des recours qui est alors seulement en partie judiciaire : le recours faisait d'abord l'objet d'un examen par la Commission (soit décision de recevabilité, soit radiation si accord amiable, soit avis sur le bien fondé) puis l'avis était transmis au Comité des ministres qui décidait à la majorité des 2/3 (c'était donc un organe politique qui avait des pouvoirs juridictionnels avec un système par conséquent contraire à la séparation des pouvoirs) et la CEDH pouvait être saisie dans les trois mois de la transmission de l'avis de la commission (en pratique elle était rarement saisie et ne pouvait l'être par les requérants).

Explication d'un tel système : lors de l'élaboration de la Convention, existait une réticence certaine à établir un organe proprement juridictionnel.

Dans ces conditions pas plus que d'organe proprement juridictionnel on ne pouvait parler de jurisprudence avant 1998. Il ne pouvait exister de jurisprudence de la Commission ; il s'agissait au plus d'un organe de filtrage puis décision politique prise par le Comité.

- Le système instauré par le protocole 11

Le protocole supprime la commission ; la Cour devient l'unique organe de contrôle et fonctionne de façon permanente. Les requêtes sont adressées à la Cour qui les examine, statue sur la recevabilité et sur le fond, et peut également radier. Le Comité des ministres ne peut plus rendre de décisions de type juridictionnel et surveille uniquement l'exécution des arrêts. Alors la Cour devient bel et bien indépendante et rend des décisions de justice.

Peu de communication du temps où on ne pouvait parler de jurisprudence. Toutefois il faut souligner que, avant même l'entrée en vigueur du protocole 11 (signé en mai 1994, le système s'était emballé à la fin des années 1980 avec le mouvement de généralisation du droit de recours individuel déjà signalé), le Comité des ministres a été l'auteur d'une recommandation : la Recommandation R (95) 11 du Conseil de l'Europe, du 11 septembre 1995, relative à la sélection, au traitement, à la présentation et à l'archivage des décisions judiciaires dans les systèmes de documentation juridiques automatisés qui énonce solennellement que « la pleine connaissance de la jurisprudence de toutes les juridictions est une des conditions essentielles de l'application équitable du droit ».

Depuis 1998 la communication est devenue une préoccupation toujours plus grande pour la Cour et ses Présidents (Costa, 2013). Un service de presse a été créé et il

importe ici de préciser que les attachés de presse ne sont pas des juristes mais qu'ils oeuvrent en collaboration étroite avec les juristes du service du greffe. Il faut souligner encore l'importance du personnel responsable du service de presse, directeur de cabinet du Président de la Cour).

**Donc on peut relever la concomitance de la communication de la Cour avec la possibilité d'une jurisprudence de la Cour mais quid des liens entre les deux ?** J'en arrive ici enfin au sujet : les supports de la jurisprudence de la CEDH.

3°/Définition des termes du sujet

- Supports ?

Définition dans plupart des dictionnaires :

\*Du XV<sup>e</sup> au XVII<sup>e</sup> siècle = secours, assistance, action d'aider ;

\*Au XVII<sup>e</sup> siècle = élément matériel qui soutient un objet ; Substrat matériel dans les arts graphiques, par extension support (publicitaire), moyen matériel par lequel on diffuse un message

Les deux sens seront retenus ici, simple support matériel (*lato sensu* matériel, papier ou pas) ou appui quelle que soit sa nature matérielle, humaine, institutionnelle.

- Jurisprudence ?

Sens premier : Ensemble des décisions (d'irrecevabilité) et arrêts de la Cour : ie la jurisprudence de la Cour dans toutes ses formations, à savoir : les chambres ( 5 sections au sein de chacune desquelles est constituée une chambre de 7 membres dont le juge national de l'Etat poursuivi) ; la Grande Chambre (17 membres dont le juge national) ; et depuis le protocole 14 entré en vigueur 1<sup>er</sup> juin 2010, les juges uniques qui n'ont compétence que pour déclarer une requête irrecevable ou la rayer du rôle et le comité des trois juges qui a compétence pour juger des requêtes clairement recevables et fondées, mais de nature répétitive dont la solution est conforme à une jurisprudence « bien établie » de la cour (affaire clone, but : désengorger). Jurisprudence « bien établie » : second sens ici évoqué.

Sens second : décisions et ou arrêts qui font jurisprudence : en principe les arrêts de la grande chambre sont ceux qui font jurisprudence et fixent la ligne judiciaire de la Cour.

(parenthèse en réaction à l'exposé historique de cette journée et nouvelle piste de réflexion : si jurisprudence-usage, la communication ou la médiatisation peut-elle se substituer à l'usage ?)

Le terme de jurisprudence dans ce second sens vise la règle jurisprudentielle qui rayonne au-delà du cas. Force obligatoire pour l'Etat condamné, autorité chose interprétée pour autres Etats.

**Par rapport à ce second sens, qu'invite à retenir le titre de la journée « Comment faire jurisprudence pour une Cour suprême ? », la problématique serait la suivante :**

**Quels sont les supports qui assurent en interne la fabrique de la jurisprudence de la Cour et quels sont les supports qui en assurent le rayonnement en externe ?**

**I. En interne, il existe des mécanismes institutionnels au soutien de la jurisprudence de la Cour prévus ou non par les textes :**

**A. Prévus par les textes**

- article 43 : aux formations précédemment vues, il faut ajouter en effet le collège des 5 juges de la Grande chambre compétent pour accepter ou refuser les demandes de renvoi en Grande chambre présentées par les parties après arrêt d'une Chambre

(Article 43 – Renvoi devant la Grande Chambre

- Dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt d'une Chambre, toute partie à l'affaire peut, dans des cas exceptionnels, demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre.

- Un collège de cinq juges de la Grande Chambre accepte la demande si l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses protocoles, ou encore une question grave de caractère général.

Si le collège accepte la demande, la Grande Chambre se prononce sur l'affaire)

- Art 30 : Le dessaisissement des chambres est prévu et organisé par l'article 30 au profit de la Grande Chambre

(Article 30 – Dessaisissement en faveur de la Grande Chambre

Si l'affaire pendante devant une Chambre soulève une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles, ou si la solution d'une question peut conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par la Cour, la Chambre peut, tant qu'elle n'a pas rendu son arrêt, se dessaisir au profit de la Grande Chambre, à moins que l'une des parties ne s'y oppose).

Mais saisie d'une « belle affaire », il n'est pas exclu qu'une chambre veuille la traiter. Certains grands arrêts sont ainsi des arrêts de chambre.

**B. Non prévus par les textes**

Le comité de règlement des conflits (initiative Costa, Président de 2007 à 2011, inspiration CE français) composé du Président de la Cour et des présidents de section dont le secrétariat est assuré au sein du greffe par la division de la recherche et de la bibliothèque sous l'autorité du jurisconsulte. Chargé d'identifier les questions qui risquent de créer entre les sections des contradictions de jurisprudence. Fonction de recommandation aux chambres pour les inviter à se dessaisir (quid de son existence aujourd'hui : un juge à la CEDH récemment rencontré disait ne pas avoir connaissance de cette instance)

Fonction de jurisconsulte : poste créé au sein du Greffe en 2001, chargé à ce titre de conseiller la Cour sur les questions de jurisprudence et de superviser le travail de

recherche du greffe. Le juriconsulte exerce un rôle de veille jurisprudentielle. Il a une vue d'ensemble sur les projets d'arrêts et de décisions de toutes les sections, qui lui sont communiqués normalement deux semaines avant la réunion hebdomadaire de chaque section. Par ailleurs, un juriste de la Division de recherche et de la bibliothèque assiste en son nom à chacune de ces réunions hebdomadaires, ce qui lui permet d'être informé des débats et des possibles évolutions jurisprudentielles. Il peut envoyer des notes aux sections pour souligner l'importance d'une requête, la nouveauté des questions soulevées, ou encore pour mentionner que la solution envisagée s'écarte de précédents dans des cas analogues. Enfin le juriconsulte prépare les ordres du jour des réunions du comité de règlement des conflits (Costa, 2013).

Limites de ces supports-mécanismes pour faire jurisprudence en interne :

- Pas de renvoi en grande chambre pour les décisions des juges uniques et du comité des trois juges
- Inévitable diversité des quarante-sept juges répartis en plusieurs formations de jugement. Or, chacune d'elles peut avoir une dynamique propre, comme l'a noté le Président Jean-Paul Costa, au point que « les Sections tendent à développer un esprit de corps et parfois une jurisprudence autonome, au détriment de la cohérence globale de celle de la Cour » (Costa, 2013).

**II . Et comment au-delà, en externe, assurer le rayonnement de la jurisprudence envers tous les Etats engagés** (je dis bien les Etats, pas seulement les juges nationaux mais aussi les gouvernements, les parlements, voire l'opinion publique autrement dit les électeurs).

### **A. Le texte et la qualité des arrêts eux-mêmes**

Pour emporter l'adhésion de son auditoire, toute juridiction est contrainte de forger une argumentation cohérente. Cet impératif est encore plus marqué pour une cour supranationale. La décision juridictionnelle doit aussi « être rationnellement convaincante, non plus par sa (seule) forme mais (aussi) par sa qualité narrative et argumentative (Allard et Van Waeyenberge cités par Hervieu, 2014).

Le Président de la Cour a rappelé en janvier 2014 combien « maintenir la qualité et l'autorité de notre jurisprudence est pour nous un objectif constant, car c'est ce qui a fait le succès de notre système de protection des droits de l'homme » (Spielman cité par Hervieu, 2014).

**B. La diffusion (bien distinguer publicité et publication) est indispensable pour assurer l'autorité de la chose interprétée au-delà de la force obligatoire pour l'Etat partie au litige.**

La Cour pour communiquer utilise les supports les plus modernes (site, chaîne youtube, compte twitter) et il suffit de consulter le site de la Cour pour constater l'important travail de diffusion, communication et de pédagogie produit par les services de la Cour.

Importance que rappelle encore le programme d'information sur la jurisprudence, de formation et de communication de la Cour, lancé en 2012, qui a pour but, conformément aux déclarations d'Interlaken, d'Izmir et de Brighton, dit le programme, de rendre plus accessibles et compréhensibles les principes et normes directeurs de la Convention au niveau national

Instruments de diffusion divers émanant d'organes tout aussi divers :

- Chaque année, le Bureau de la Cour sélectionne une trentaine d'affaires parmi les plus importantes pour publication dans le Recueil des arrêts et décisions, une publication officielle de la Cour destinée principalement aux professionnels du droit, aux bibliothèques et aux universitaires.
- Outre le format imprimé, existe la nouvelle collection e-Recueil de la Cour
- En 2012, le greffe a remplacé sa base de données HUDOC (<http://hudoc.echr.coe.int>) par un nouveau système, entièrement remodelé, visant à rendre la recherche de la jurisprudence plus simple et plus efficace.
- Programme de traduction de la jurisprudence. Le greffe invite en permanence les États, les centres de formation judiciaire, les associations de professionnels du droit, les ONG et d'autres partenaires à lui communiquer, aux fins d'une intégration dans HUDOC, toute traduction de jurisprudence dont ils détiennent les droits.
- La Cour propose une compilation mensuelle des développements les plus importants de la jurisprudence de la Cour sous la forme de résumés des affaires revêtant un intérêt jurisprudentiel particulier.
- La division de la recherche, qui fait partie du service du jurisconsulte, produit des guides de jurisprudence sur les articles phares de la Convention (4, 5 et 6),
- Existente également des Manuels publiés avec l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
- Le service de presse a élaboré des fiches thématiques portant sur la jurisprudence de la Cour et des fiches par pays couvrant chacun des 47 États membres du Conseil de l'Europe. Elles fournissent pour chaque État des informations générales et des statistiques ainsi que des résumés des affaires les plus importantes.

### **III. Mais ici il convient de s'interroger : s'agit-il uniquement de rendre plus accessibles et compréhensibles les principes et normes directeurs de la Convention au niveau national ?**

#### **A. Que penser notamment au-delà de la publication et des traductions des décisions, de la « littérature pédagogique » (Mastor, 2017) de la Cour ?**

Les guides, manuels, fiches émanent de la Cour et de ses services. Est-on toujours dans la simple diffusion, dans la volonté de faire connaître ? Est-on dans un « agir communicationnel » ou un « agir stratégique » de la Cour, au sens de la distinction proposée par Habermas ? (Rappelons que pour cet auteur, la rationalité instrumentale ou stratégique a pour fonction d'exercer un pouvoir sur l'autre quand la rationalité communicationnelle, quant à elle, cherche à s'entendre avec l'autre, de façon à interpréter ensemble une situation et à s'accorder mutuellement sur la conduite à tenir.).

La question est à mettre en lien avec le titre du programme de 2012 : « information, communication, formation ».

Pour cette littérature pédagogique, on est en présence d'un discours sur le droit, un discours de la Cour qui dit le droit qu'elle a dit, or ce discours ce n'est pas du droit, il s'agit bel et bien d'influencer (Guglielmi, 2008).

S'agissant de la formation des professionnels du droit, le greffe propose une formation ciblée aux juges et autres professionnels du droit dans certains pays avec le soutien du FFDH. Les formateurs sont sélectionnés parmi les juges en exercice ou à la retraite et parmi les juristes du greffe. On est au-delà de l'information, et s'agit-il de formation ou de formatage ?

En outre, même relativement à la traduction, on ne peut manquer de relever que des documents d'information ont été traduits dans de nouvelles langues, notamment en arabe et en chinois (dans le cadre du projet de traduction de la Cour), ainsi qu'en japonais (grâce au Consul du Japon) et sont maintenant disponibles en quarante et une langues. Ici il est clair que la démarche ne s'inscrit pas dans la volonté d'informer les Etats parties de la jurisprudence rendue. C'est d'ailleurs avec le soutien du programme « Renforcer la réforme démocratique dans les pays du voisinage méridional », qui est financé par l'Union européenne et mis en œuvre par le Conseil de l'Europe, que la traduction vers l'arabe d'un certain nombre d'affaires dans des domaines thématiques spécifiques a été commandée.

#### **Quelles sont les visées : un rayonnement normatif ou-et politique ?**

#### **B. Et il faut relativiser l'importance de cette jurisprudence (au second sens du terme ci-dessus précisé) de la Cour par rapport à la masse de décisions et arrêts rendus (jurisprudence au premier sens du terme).**

Certes la Cour elle-même dit ne pas cultiver à l'excès le précédent ; toutefois dans un souci de sécurité juridique elle ne modifie sa jurisprudence que rarement et lorsqu'elle le fait elle veille à s'en expliquer dans son arrêt. Mais les requêtes ne sont pas nécessairement identiques même lorsqu'elles sont proches. Tout est souvent

affaire de nuances, ainsi le comité de trois juges, compétent pour permettre un règlement rapide au nom d'une jurisprudence bien établie, peine à cerner les affaires répétitives.

En outre des questions entièrement nouvelles se posent souvent aux chambres et pour ces dernières les précédents sont alors inexistants.

L'enjeu de la communication dans ces conditions est-il seulement juridique, sert-il seulement les intérêts supérieurs du droit ?

**À ce stade, il convient alors de reprendre la problématique : la question est-elle seulement celle des supports de la jurisprudence de la Cour ? Au-delà de la jurisprudence, les supports en question ne servent-ils pas la Cour elle-même ? N'ont-ils pas pour finalité de légitimer et d'asseoir l'autorité de ces juges européens hors sol ? L'enjeu de la communication n'est-il pas un enjeu non seulement juridique mais aussi politique ?**

C'est plus particulièrement à propos des arrêts portant condamnation d'un Etat que l'enjeu politique en termes de communication est le plus visible. Pour ces arrêts de condamnation, se pose certes là encore la question de la qualité du support de la décision, de la qualité du texte et de la motivation pour une meilleure acceptation par l'Etat condamné mais également la question de l'exécution de la décision, une exécution dont la surveillance est assurée par le comité des ministres. Cette question de l'exécution ou non est susceptible d'impacter l'autorité de la Cour. Si une condamnation n'est pas acceptée et provoque des attaques de la Cour de la part de l'Etat condamné, la Cour en tant qu'organe judiciaire apparaît a priori mal placée pour répondre. La Cour compte d'abord sur les appuis politiques internes au Conseil de l'Europe. À cette fin, le Président de la Cour veille à entretenir de bonnes relations avec le comité des ministres chargé de surveiller l'exécution et notamment son secrétaire général. C'est ce Comité des ministres en la personne de son secrétaire qui rappellera à la modération les Etats. L'assemblée parlementaire et son président ont une influence politique également importante pour convaincre les Etats réfractaires de respecter et d'exécuter les sentences de la Cour. Mais récemment dans l'affaire britannique sur le vote des détenus, le Greffier (précision : le greffe de la Cour est composé de juristes très qualifiés qui participent étroitement à l'acte de juger) et le Président de la Cour se sont exprimés dans la presse généraliste (Hervieu, 2014). S'agissait-il uniquement de corriger les erreurs proférées ? S'agissait-il d'un discours juridique ou politique ? Quelle est la frontière ?

Pour conclure et élargir notre propos, il nous semble qu'en matière de communication pour une juridiction supranationale, il faille distinguer trois registres de discours : juridictionnel, politique et diplomatique. Distinguer ne signifiant pas opposer : un seul exemple, celui du dialogue des deux cours supranationales que sont la CJUE et la CEDH relativement à l'interprétation des droits de l'homme (Scheek, 2009, Hervieu, 2014, Condé-Corbion, 2013). Conscientes que des jurisprudences discordantes entameraient leur autorité les cours, en s'alliant et en se concertant pour les éviter (registre diplomatique), peuvent user de la jurisprudence (registre

jurisdictionnel) comme d'un instrument servant à mieux asseoir leur pouvoir par rapport non seulement aux juges internes mais aussi par rapport aux gouvernements nationaux et autres autorités nationales (registre politique).

Pour ne pas conclure, si il est fait retour sur la thématique de l'année 2015-2016 : « Devenir une Cour suprême », pour la CEDH, **la question n'est pas comment devenir une Cour suprême** car elle est posée comme telle dans la lettre des traités **mais comment rester une Cour suprême** dans la mise en œuvre de la Convention ?

### **Bibliographie :**

- La Cour européenne des droits de l'homme dans la presse, sous la direction de Pascal Dourneau-Josette, Elisabeth Lambert Abdelgawad, Anthemis, coll. Droit et Justice, 2015.

- Jean-Paul Costa, « Vincent Berger juriconsulte » in : Cohérence et impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Liber amicorum Vincent Berger, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2013, XXIII.

- Jean-Paul Costa, La Cour européenne des droits de l'homme : des juges pour la liberté, Dalloz, 2013.

- Wanda Mastor, « Les zones grises de la littérature juridique, colloque « La forme et le sens. Dire, écrire, interpréter le droit », Sciences Po-Paris, à paraître.

- Gilles J. Guglielmi, « Le droit s'écrit-il dans les communiqués de presse ? », in : Mélanges Alain Fenet, 2008.

- Julie Allard et Arnaud Van Waeyenberge, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », in : Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques, 2008, n° 61,

- Nicolas Hervieu, « Une Cour européenne des droits de l'homme maîtresse de son destin »

*La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 12 mai 2014, URL : [http:// revdh.revues.org/658](http://revdh.revues.org/658)

- Laurent Scheeck, « La diplomatie des juges européens et la Constitution européenne » in : Sandrine Devaux, René Leboutte, Philippe Poirier (éd.), Le traité de Rome: histoires pluridisciplinaires, l'apport du traité de Rome instituant la communauté économique européenne, Bruxelles, 2009

- Lycette Corbion-Condé, « Juge français et juges européens : un ou plusieurs corps, une ou plusieurs voix pour dire le droit commun ? », in : Les désunions de la magistrature (XIX<sup>ème</sup>-XX<sup>ème</sup> siècles), sous la direction de J. Krynen et J.-Ch. Gaven, Revue « Histoire du Droit et des Idées politiques », Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013

---

## Faire jurisprudence : cours suprêmes v. cours constitutionnelles

Wanda Mastor

L'intitulé de mon intervention ne contient que de fausses simplicités. Jurisprudence, cour suprême, cour constitutionnelle, sont des termes *a priori* connus de nos étudiants dès la première année de droit. Pourtant, rarement des mots si usuels notamment en contentieux constitutionnel comparé n'auront prêté à tant d'inexactitudes, confusions, malentendus. Commençons par nous attarder sur l'expression, plutôt disgracieuse, « faire jurisprudence ». Je ne saurais rappeler devant un auditoire essentiellement composé d'historiens du droit l'étymologie du mot « jurisprudence » et l'évolution de son acception. Cette première étape d'éclaircissement est inutile puisque nous avons tous lu l'œuvre incontournable de Jacques Krynen. Il n'existe pas d'équivalent verbal au mot « jurisprudence », d'où le curieux emploi du verbe « faire ».

Il est courant de lire que telle décision va « faire jurisprudence », que telle autre « faisait jurisprudence » avant un revirement. Mais l'utilisation du verbe « faire » réduit la portée du mot. Utilisée dans un sens large, la jurisprudence désigne l'ensemble des décisions des tribunaux. On évoque la jurisprudence de la Cour de cassation tout comme on évoque celle du Conseil d'Etat ou du Conseil constitutionnel. Utilisée dans un sens plus contextualisé, le terme peut renvoyer à une décision créatrice de droits et porte alors son intitulé : « la jurisprudence *Perruche* de la Cour de cassation », « la jurisprudence *état d'urgence en Nouvelle Calédonie* du Conseil constitutionnel », « la jurisprudence *Brown* de la Cour suprême des Etats-Unis », « la jurisprudence *Dame Lamotte* du Conseil d'Etat ». Il est alors curieux d'observer que le terme désignant la plus immense des globalités (l'ensemble des décisions des tribunaux), peut aussi désigner une seule décision. Dans ce cas, il faut distinguer les arrêts d'espèce qui, précisément, ne « font pas jurisprudence », et les arrêts de principe qui seront auréolés de la qualification suprême de « jurisprudence ». Ce sont ces derniers qui se voient attribuer le verbe « faire ». Ces arrêts de principe « font jurisprudence » : en d'autres termes, à la fois plus techniques et plus politiques, ils font *autorité*. C'est en ce sens que le Doyen Carbonnier définissait la jurisprudence : « l'autorité de ce qui a été jugé constamment dans le même sens »<sup>1</sup>. Sens guère éloigné de celui anglo-saxon désignant le précédent.

Les cours suprêmes et les cours constitutionnelles peuvent-elles être distinguées au regard de la fonction assignée à leurs jurisprudences respectives ? Pour le formuler autrement, cours suprêmes et cour constitutionnelles peuvent-elles toutes deux « faire

---

<sup>1</sup> Jean Carbonnier, *Le procès et le jugement, cours de sociologie juridique*, 1961-1962, Association corporative des étudiants en droit, Paris, 1962, p. 262.

jurisprudence » dans la même mesure, avec la même force, la même *aura* autoritaire ? La réponse dépend en partie de la définition retenue de ces deux juridictions. Sur ce sujet, le droit comparé nous donne l'espoir de définitions universelles et invite à la prudence modeste. Espoir d'universalité d'une part car si je ne crois pas à l'opposition entre le modèle européen de justice constitutionnelle et le modèle américain, je crois en revanche fermement à l'universalité de la définition d'une cour constitutionnelle (I). Prudence modeste, modestie prudente d'autre part car le mot « cour suprême » n'est en revanche pas exportable, transposable d'un système à un autre. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat sont bien des cours suprêmes nationales, comme le sont la CEDH et la CJUE. Difficile pourtant de les regrouper sans nuance dans la même catégorie notionnelle. La Cour suprême des Etats-Unis, quant à elle, est une catégorie à part entière. Elle ne connaît aucun autre équivalent dans le monde (II). Dans ces conditions, il est bien difficile d'arbitrer la joute qui les opposerait du point de vue de la fabrique de la jurisprudence. Les deux font et défont la jurisprudence, que le contrôle soit concret ou abstrait. Mais une seule rend des décisions revêtues de l'autorité absolue de la chose jugée (III).

### I. L'espoir d'une catégorie universelle : les cours constitutionnelles

Dans un article revenant sur les définitions censées être classiques de « juridiction constitutionnelle », « cour suprême » et « cour constitutionnelle », Xavier Magnon a proposé des « définitions modales et fonctionnelles ». C'est même le sous-titre de sa contribution pour les Mélanges en l'honneur de Pierre Bon<sup>2</sup>. La différence sur laquelle il insiste est surtout d'ordre fonctionnel : il définit la cour constitutionnelle comme « un organe spécial habilité à résoudre des litiges présentant une dimension politique particulière liés à l'application de la Constitution »<sup>3</sup> tandis que « Le modèle "cour suprême" vise à garantir l'unité d'application du droit par les juges dans un système juridictionnel décentralisé en instituant une juridiction, ou un organe spécial, située au sommet de ce système, chargée de connaître en dernier lieu, par différentes voies de recours, des décisions rendues par les juridictions du système »<sup>4</sup>. En conséquence des définitions posées, la Cour européenne des droits de l'homme comme la Cour de justice de l'Union européenne s'inscrivent dans le modèle « cour suprême », du fait notamment de leur rôle unificateur, ou du moins harmonisateur. Je rejoins ces deux définitions en y apportant, non une nuance, mais une précision de technique contentieuse forte qui se mue, selon moi, en argument politique, et qui a trait à l'effet des arrêts. J'y reviendrai dans le troisième temps de mon intervention.

---

<sup>2</sup> Xavier 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 de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, pp. 305-321.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 317.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 319.

Je commence par donner ma définition des cours constitutionnelles, telle que posée avec Louis Favoreu dans notre ouvrage du même nom<sup>5</sup>. Une *Cour constitutionnelle* est une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci comme des pouvoirs publics<sup>6</sup>. Une Cour suprême ou un Tribunal suprême, ou même la chambre constitutionnelle d'une Cour suprême, peuvent être des juridictions constitutionnelles mais ne sont pas des cours constitutionnelles. En revanche peu importe que telle ou telle cour constitutionnelle soit formellement dénommée « Conseil », « Tribunal » ou même « Cour suprême constitutionnelle », dès l'instant qu'elle répond à la définition qui vient d'être esquissée. Peu importe pour qui maîtrise le contentieux constitutionnel comparé mais il serait fort bienvenu, pour l'ensemble de nos citoyens, que le Conseil constitutionnel se dénomme enfin Cour constitutionnelle comme cela a été proposé plusieurs fois par certains de nos représentants.

Il faut insister ici sur plusieurs caractéristiques communes à l'ensemble des cours constitutionnelles. Il existe en quelque sorte, en droit comparé, un portrait type de la justice constitutionnelle<sup>7</sup>. Aux Etats-Unis, Celle-ci est confiée à l'ensemble de l'appareil juridictionnel et ne se distingue pas de la justice ordinaire dans la mesure où tous les litiges, quelle que soit leur nature, sont jugés par les mêmes tribunaux et sensiblement dans les mêmes conditions. La dimension constitutionnelle peut être présente dans tous les litiges et ne nécessite pas un traitement particulier : il n'existe pas à vrai dire de contentieux constitutionnel, pas plus qu'il n'existe de contentieux administratif ou judiciaire.

Le contentieux porté devant une cour constitutionnelle est tout autre. Il est de nature constitutionnelle, distinct du contentieux ordinaire, et du ressort exclusif d'un tribunal spécialement constitué à cet effet. Ce dernier peut statuer, sans qu'il y ait à proprement parler litige, sur saisine directe d'autorités politiques ou juridictionnelles, voire de particuliers, par des décisions jouissant de l'effet absolu de chose jugée.

En l'état actuel, les cours constitutionnelles sont implantées dans des régimes parlementaires (Allemagne, Italie, Espagne, Belgique) ou semi-parlementaires (France, Autriche, Portugal) dotés d'un système de dualité ou de pluralité de juridictions et d'ordres juridiques : l'Italie, la France, l'Autriche, la Belgique, le Portugal et l'Espagne ont deux ordres de juridiction (administratif et judiciaire), la Grèce, trois, l'Allemagne, cinq.

La justice constitutionnelle est confiée à une cour ou tribunal constitutionnel « indépendant de toute autre autorité étatique », selon le mot de Hans Kelsen. L'existence d'un statut constitutionnel de la cour est la condition de cette indépendance. Statut définissant l'organisation, le fonctionnement et les attributions de ladite juridiction, et la plaçant hors d'atteinte des pouvoirs publics qu'elle est

---

<sup>5</sup> Louis Favoreu et Wanda Mastor, *Les cours constitutionnelles*, Deuxième édition, Dalloz, collection Connaissance du droit, 2016, 169 p.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>7</sup> Je me permets de reprendre ici les éléments du premier chapitre de l'ouvrage précité sur *Les cours constitutionnelles*.

chargée de contrôler. Cela suppose donc l'inscription des dispositions nécessaires dans la Constitution même, des garanties d'autonomie administrative et financière de l'institution, d'indépendance des membres. Toute institution dont l'existence, le fonctionnement ou les attributions risquent d'être remis en cause par le législateur ou par le gouvernement ne saurait être considérée comme une cour constitutionnelle, ni d'ailleurs et de manière générale, comme une juridiction constitutionnelle.

La justice constitutionnelle est concentrée aux mains d'une juridiction spécialement constituée à cet effet et qui jouit d'un monopole en ce domaine. Les juges ordinaires ne peuvent donc pas connaître du contentieux réservé à la Cour constitutionnelle. Ceci étant posé, il est bien évident que le contentieux constitutionnel, dont le jugement fait l'objet d'un monopole au profit de la Cour, n'a pas la même consistance dans chaque cas ; mais il comporte au minimum -mais pas exclusivement- le contentieux de la constitutionnalité des lois.

Les cours constitutionnelles, à la différence des juridictions ordinaires, ne sont pas composées de magistrats de carrière parvenus à leur poste par l'effet de promotions régulières et progressives. La désignation des membres des cours n'obéit pas aux critères traditionnels, ce qui les distingue des juridictions ordinaires (encore qu'il peut exister au sein des juridictions ordinaires des désignations ne correspondant pas aux critères traditionnels, comme en témoigne la procédure des nominations au tour extérieur au Conseil d'Etat). Les juges ne sont pas nécessairement des magistrats ; ils peuvent être choisis parmi les professeurs de droit, les avocats, les fonctionnaires. La France -qui fait ici figure d'exception- n'impose même aucune qualification juridique. La comparaison de la composition des diverses cours constitutionnelles à l'heure actuelle permet de dégager des éléments communs : les autorités politiques, quelles qu'elles soient, désignent des juges proches, ou relevant de leurs tendances politiques. En Allemagne, en Italie, en Espagne, en France, ou en Autriche, les deux ou trois principaux partis politiques se partagent les choix, et ce malgré les précautions prises, comme en Allemagne ou en Espagne, pour éviter un tel phénomène. En outre, les origines des membres sont très semblables, avec une proportion importante de professeurs d'université. Il est profondément regrettable que le Conseil constitutionnel se démarque sur ce point de plus en plus de ses homologues européens. Tout comme il est regrettable que les dernières nominations au Conseil aient accentué la politisation des nominations.

Pour admettre la qualité de cour constitutionnelle, il faut que l'institution soit une véritable juridiction. Cette qualité doit s'apprécier compte tenu des caractéristiques des juridictions constitutionnelles, et non au regard des définitions classiques du droit privé ou même du droit administratif. En toute hypothèse, qu'importent les multiples variations sur le thème de la nature politico-juridictionnelle ou juridico-politique des cours constitutionnelles. Dans les autres pays européens, l'attribution du qualificatif de juridiction ne fait pas débat. Refuser cette dénomination à l'une d'entre elles, pour des raisons de composition, de mode de désignation des membres ou de fonctionnement, revient à le refuser à toutes.

Certains commentateurs, se félicitant de l'introduction en France de la Question prioritaire de constitutionnalité (ci-après, QPC) par la révision constitutionnelle du 23

juillet 2008, ont souligné la « juridictionnalisation » du Conseil constitutionnel qu'elle permettait d'opérer. Or, bien avant ladite réforme, le Conseil constitutionnel français, ni dans sa composition, ni dans ses attributions, ni dans son fonctionnement, ne différait des autres cours. On ne pouvait objecter, ni le laxisme des règles de recrutement, ni la politisation des désignations, car sa composition réelle était –surtout avant les dernières nominations- très semblable à celle des autres ; ni le caractère obligatoire de certains contrôles, ni l'absence de caractère contradictoire de sa procédure, ni le fait qu'il statuait parfois *ultra petita*, puisque plusieurs des cours étudiées (allemande, italienne, autrichienne ou espagnole) vont beaucoup plus loin en se saisissant d'office de la constitutionnalité de certaines lois; ni le caractère préventif du contrôle des lois, puisque les mêmes cours le pratiquent sans se voir pour autant contester leur caractère juridictionnel. La QPC n'a fait, de ce point de vue, que renforcer la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel amorcée il y a longtemps.

En définitive, ce qui importe, c'est que la cour constitutionnelle rende des décisions pourvues de l'autorité de chose jugée et que ses déclarations d'inconstitutionnalité entraînent des annulations avec effet *erga omnes*. En revanche, lorsque la cour ne peut que renvoyer la loi au Parlement sans pouvoir l'annuler elle-même, son caractère juridictionnel peut légitimement être remis en cause. Lorsque, à l'inverse, elle peut se permettre de réécrire la loi et substituer ses propres dispositions à celles du législateur, elle s'écarte considérablement de son rôle de juge pour empiéter dans le domaine législatif.

C'est la différence fondamentale entre une cour suprême et une cour constitutionnelle : alors que la première est nécessairement -d'où son nom- placée au sommet d'un édifice juridictionnel, la seconde est placée hors de tout appareil juridictionnel. Toutefois, indépendance organique n'entraîne pas nécessairement une indépendance fonctionnelle. Aussi en est-il des procédures de renvoi des tribunaux ordinaires à la cour constitutionnelle ou celles du type de *l'amparo* espagnol ou du recours constitutionnel direct allemand -*Verfassungsbeschwerde*-, qui permettent de déférer des décisions juridictionnelles à la cour constitutionnelle pour violation des droits fondamentaux. Le système français, pendant longtemps, fut le seul à ne pas comporter de telles liaisons entre juges ordinaires et juge constitutionnel (sauf de manière exceptionnelle en matière électorale). L'avènement de la QPC lui a permis de sortir de cette singularité.

## II. La prudence de la comparaison : la diversité des cours suprêmes

Les cours suprêmes sont des juridictions placées au sommet d'un édifice juridictionnel et dont relèvent, par la voie de l'appel ou de la cassation, l'ensemble des tribunaux et cours composant cet édifice. La suprématie résulte donc d'un rapport hiérarchique qui peut s'exprimer dans la possibilité pour la cour suprême de sanctionner les décisions des juridictions inférieures.

Contrairement à ce qu'écrivent certains de mes collègues (et souvent affirmé par l'ancien président Jean-Louis Debré), l'avènement de la QPC n'a pas transformé le

Conseil constitutionnel en une cour suprême. L'organisation juridictionnelle française n'a pas évolué : la QPC n'a rien changé au fait que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sont les deux cours suprêmes des ordres administratif et judiciaire. Celles-ci ne font que des renvois au Conseil constitutionnel, et même si leurs décisions peuvent être considérées comme des pré-contrôles de constitutionnalité, techniquement, elles n'ont aucun effet sur la validité de la norme contestée. Et de son côté, le Conseil constitutionnel n'a pas le pouvoir de « casser » les décisions des deux cours suprêmes. Pour l'exprimer de manière triviale, la nouvelle procédure lui permet d'être, non le chaînon suprême d'une procédure juridictionnelle ordinaire mais un horizon possible pour le justiciable qui, pour arriver devant lui, doit passer certaines autres étapes procédurales.

L'idée de hiérarchie est présente dans la Constitution des Etats-Unis qui confie le pouvoir judiciaire fédéral "à une Cour suprême et à telles cours inférieures que le Congrès pourra, le cas échéant, ordonner et établir" [Article III, Section 1 de la Constitution fédérale]. La Cour suprême se trouve ainsi placée par la Constitution au sommet de la hiérarchie du pouvoir judiciaire des Etats-Unis. En même temps qu'il l'a placée à la tête du pouvoir judiciaire fédéral, l'Article III de la Constitution a investi la Cour suprême de deux chefs de compétence, une compétence de premier degré et une compétence d'appel. Si la Cour suprême n'a pas d'équivalent dans le monde (sauf peut-être des cours qu'elle a inspirées en Inde et en Israël), c'est parce qu'elle est dans le même temps juge constitutionnel. Et elle n'est jamais tantôt juge ordinaire tantôt juge constitutionnel : comme l'écrit Elisabeth Zoller, « s'il est vrai que toutes les affaires qu'elle juge ne mettent pas nécessairement en cause un problème de constitutionnalité, la Cour suprême n'en est pas moins toujours juge constitutionnel dans la mesure où son but unique est de faire exécuter la Constitution et les lois de l'Union »<sup>8</sup>.

A l'instar de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, la Cour suprême des Etats-Unis est au sommet de l'édifice juridictionnel. A l'instar de la CEDH et de la CJUE, la Cour a la charge de garantir l'interprétation et l'application uniforme du droit fédéral. Pour ces deux aspects, elle est « suprême » dans un sens européen. Mais s'ajoute à cela une troisième et inédite fonction : elle fait respecter la Constitution fédérale. Aucune autre cour suprême en Europe ne jouit de cette mission.

Il est classique d'affirmer que la nouvelle Cour suprême britannique s'est inspirée de son soi-disant homologue américain. Instaurée par le *Constitutional Reform Act 2005* (CRA), celle-ci est entrée en fonction le 1<sup>er</sup> octobre 2009 succédant à l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords. La réforme a permis d'offrir à cette nouvelle Cour plus de moyens pour « faire jurisprudence », mais elle est avant tout l'instance

---

<sup>8</sup> Elisabeth Zoller, « Présentation de la Cour suprême des Etats-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 5 (Dossier : États-Unis) - novembre 1998, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-5/presentation-de-la-cour-supreme-des-etats-unis.52825.html>.

judiciaire la plus haute du pays qui n'a pas le pouvoir de sanctionner les actes votés par le Parlement<sup>9</sup>.

### III. Qui, d'une cour suprême ou d'une cour constitutionnelle, fait « jurisprudence » ?

La réponse a des accents de lâcheté : les deux. Une cour suprême placée au sommet de l'édifice juridictionnel et une cour constitutionnelle peuvent faire toutes deux œuvre de jurisprudence. Formellement, elles seront animées par le même souci de motiver leurs jugements de telle sorte qu'il sera compris pour mieux être suivi, soit par les juridictions inférieures, soit par l'ensemble des autres juridictions. Dans les deux cas, faire jurisprudence est la manifestation d'un pouvoir, hiérarchique dans le cas d'une cour suprême, quasi ontologique dans celui d'une cour constitutionnelle. Dans tous les pays où elles existent, les cours constitutionnelles rendent des décisions revêtues de l'autorité absolue de chose jugée.

La plupart des décisions des cours constitutionnelles sont en effet revêtues de « l'autorité absolue de chose jugée » (sans pour autant avoir valeur d'arrêt de règlement...), les pouvoirs publics et les juridictions ordinaires devant s'y conformer. Aussi en est-il pour les décisions du Conseil constitutionnel qui, en vertu de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution française, « ne sont susceptibles d'aucun recours » et « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». En Allemagne, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe peut contrôler le respect de ses décisions et plus généralement de sa jurisprudence par les tribunaux ordinaires d'une part grâce au contrôle concret des normes, d'autre part grâce au recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*) permettant à quiconque de saisir la Cour des jugements ou décisions administratives méconnaissant ses interprétations. L'article 164-1 de la Constitution espagnole dispose que les jugements du Tribunal constitutionnel « ont la valeur de la chose jugée à partir du jour qui suit leur publication et il n'est pas possible de former un recours contre eux ». De plus, le recours d'*Amparo* permet au Tribunal constitutionnel de vérifier le respect de sa jurisprudence par le juge ordinaire.

Si les juges constitutionnels doivent plus particulièrement motiver leurs décisions, c'est aussi parce que le dispositif n'est pas la seule partie de la décision jouissant de l'autorité de la chose jugée : les motifs le sont tout autant. Mais il reste à déterminer, parmi ces motifs, lesquels sont, pour emprunter la terminologie du Conseil constitutionnel français, « le soutien nécessaire du dispositif », et lesquels ne le sont pas. Cela revient à distinguer les motifs contraignants de ceux non contraignants. Plus généralement, toutes les décisions constitutionnelles comportent une partie contraignante, dite *ratio decidendi* (*tragende gründe* en Allemagne, *holding* aux États-Unis) et une partie non contraignante, dite *obiter dictum* (ou *gratis* ou *incidenter dictum*).

---

<sup>9</sup> Aurélie Duffy-Meunier, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : une juridiction hors norme », *Jus Politicum*, n° 9 [http://juspoliticum.com/article/La-Cour-supreme-au-Royaume-Uni-apres-le-Constitutional-Reform-Act-2005-une-juridiction-hors-norme-641.html]

Sur ce point encore, la comparaison entre les cours suprêmes européennes et la Cour suprême des Etats-Unis est fragile. Techniquement, leurs décisions, contrairement à celles des cours constitutionnelles, ne sont revêtues que de l'autorité relative de la chose jugée. En vertu de l'article 1351 du code civil français, « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

Nous enseignons souvent à nos étudiants que les décisions de la Cour suprême des Etats-Unis n'ont également qu'un effet *inter partes*. Or les décisions de constitutionnalité de la Cour suprême des Etats-Unis (la même remarque peut être faite à propos des Cours suprêmes des Etats) rayonnent souvent au-delà du cas, que l'on se place du point de vue de leur autorité ou caractéristiques.

Dans l'opposition entre cours suprêmes et cours constitutionnelles du point de vue de l'œuvre jurisprudentielle, il est donc inexact d'avancer avec autorité l'argument de l'effet des décisions. Techniquement, nous pourrions arbitrer ladite opposition de la manière suivante : les décisions des cours constitutionnelles sont revêtues de l'autorité absolue de la chose jugée pendant que celles des cours suprêmes ne sont revêtues que d'une autorité relative. Par voie de conséquence, la force juridique mais aussi politique des décisions des cours constitutionnelles est supérieure. Mais cette conclusion ne résiste pas à une analyse plus approfondie des jurisprudences comparées. 1°) Une jurisprudence fermement établie d'une cour suprême peut être la voie suivie par la cour constitutionnelle du même système : la doctrine du droit vivant<sup>10</sup> nous enseigne qu'il n'y a pas que le haut qui oblige ou inspire le bas ; 2°) la seconde nuance à apporter à l'argument tiré de l'effet des décisions s'observe au niveau de la cour suprême des Etats-Unis. Si on considère cette dernière comme étant « rangée » dans la catégorie des cours suprêmes, l'argument est défaillant. Techniquement, ses décisions n'ont qu'un effet relatif de chose jugée. Politiquement, elles rayonnent non seulement au-delà du cas d'espèce aux Etats-Unis, mais sont parfois un référent pour d'autres cours suprêmes et constitutionnelles dans le monde.

La Cour suprême des Etats-Unis ne fait finalement « jurisprudence » que lorsqu'elle exerce un contrôle de constitutionnalité. Nos cours suprêmes nationales peuvent faire jurisprudence sans que leurs décisions ne soient auréolées de la teinte constitutionnelle. Et de son côté, le Conseil constitutionnel ne fait jurisprudence que tant que le pouvoir constituant n'en décide pas autrement. Tous ces contrôles, qu'ils soient suprêmes et/ou constitutionnels, sont donc relatifs. Dans ce domaine également, c'est le pouvoir qui arrête le pouvoir. Pouvoir d'une cour supérieure sur une cour inférieure ; pouvoir d'une cour sur celle, d'égal niveau, qui l'a précédée via les revirements de jurisprudence ; pouvoir de l'organe constituant dérivé sur une cour

---

<sup>10</sup> Voir Caterina Severino, *La doctrine du droit vivant*, PUAM/Economica, 2003, 282 p.

constitutionnelle ou suprême qui peut briser sa jurisprudence ; pouvoir d'une cour supranationale qui indique les interprétations à suivre ou condamne les Etats. Cours suprêmes et cours constitutionnelles font toutes deux jurisprudences tant qu'un autre pouvoir n'en décide autrement. Et la seule puissance souveraine, quel que soit l'organe judiciaire étudié, est celle qui émane du peuple. De ce point de vue, la Cour suprême des Etats-Unis dont j'ai souligné plusieurs fois la singularité, est comme les autres : c'est aux représentants de la nation que revient le pouvoir ultime de briser sa jurisprudence.

---

Une sociologie politique du phénomène de 87  
« judicialisation du politique »

---

---

## Une sociologie politique du phénomène de « judiciarisation du politique »

Jacques Commaille

Votre aimable invitation coïncide avec une fin de cycle d'un séminaire sur les Cours Suprêmes. Bien que mon intervention s'appuie principalement sur mon ouvrage *A quoi sert le droit ?* (Gallimard, coll. « Folio Essais », 2015), je vais tenter de tenir compte de ce cadre en m'appuyant donc sur deux sources de travaux : celle représentée précisément par mon ouvrage constituant une réflexion sur le statut du droit dans les sociétés contemporaines ; celle représentée par travail de recherche sur le phénomène dit de « judiciarisation du politique », réalisé avec ma collègue Laurence Dumoulin et qui a fait l'objet notamment d'un long article dans la revue *L'Année Sociologique* et d'un rapport de recherche pour le compte de la Mission recherche Droit et Justice. Sur la suggestion de Madame Corbion, mon intervention sera également inspirée par un souci pédagogique : celui de rendre compte des façons dont une recherche de sciences sociales peut se situer par rapport à ce phénomène se manifestant par ce qui serait un accroissement du rôle des Cours Suprêmes, plus largement une « judiciarisation du politique ». Je me pencherai ainsi successivement sur trois opérations de recherche caractéristiques d'une démarche de recherche en sciences sociales :

- 1- La *construction* d'un positionnement de recherche
- 2- La *mise en contexte* des usages du droit
- 3- La *recherche de sens* d'une « judiciarisation du politique »

### **1- La construction d'un positionnement de recherche**

Mon objectif est de démontrer que le droit est un exceptionnel révélateur des mutations des sociétés contemporaines, des transformations de leur mode de régulation sociale et politique. Il s'agit ici de se réinscrire dans la filiation des grandes figures fondatrices des sciences sociales, de la sociologie, qui faisaient du droit un élément central de l'analyse des transformations des sociétés.

La question qu'on peut se poser est celle de savoir si nous ne sommes pas dans un contexte historique équivalant à celui dans lequel ces grandes figures ont

développé leurs analyses, un contexte équivalent à ce « moment 1900 » dont parle Olivier Jouanjan pour la France où « le positivisme juridique traditionnel est mis en crise (...) face aux réalités sociales » ? Il est intéressant de remarquer que dans l'ouvrage d'Olivier Jouanjan et Elisabeth Zoller consacré à ce « moment 1900 », Bruno Karsenti se réfère à l'ouvrage de Célestin Bouglé, *Bilan de la sociologie contemporaine* (1938)<sup>1</sup>, lequel considère que « le droit reste toujours pour [la sociologie] la voie royale, initiatrice [...] [de telle sorte que] la sociologie juridique peut prétendre n'être rien d'autre que la sociologie elle-même » (p. 30). C'est en empruntant à ce même auteur que je soulignerai que l'intention générale de mon livre n'est pas seulement de savoir ce que « le droit fait du social mais ce qu'il en révèle » (p. 33). *A quoi nous sert le droit ?* se veut une contribution à une « théorie du monde social » (Pierre Noreau), à une théorie des régimes de régulation des sociétés.

## 2- La mise en contexte des usages du droit

Dans un article de référence déjà ancien, Boaventura de Sousa Santos affirmait l'existence de trois espaces juridiques prenant la forme d'une légalité locale, d'une légalité nationale et d'une légalité mondiale : « le champ juridique nationale est de plus en plus imprégné de formes juridiques qui se déploient en établissant des rapports complexes aussi bien avec l'ordre juridique étatique qu'avec les ordres juridiques locaux ». Le rapport du droit au territoire national et à l'Etat tel que le considérait Max Weber est ainsi relativisé. Comme le dit Saskia Sassen, il s'agit d'une « dénationalisation » dans la mesure où elle implique « la dénationalisation des formes spécifiques de l'autorité de l'Etat, due à l'implantation partielle des processus globaux dans les hiérarchies institutionnelles nationales ».

89

Ce bouleversement des territoires a plusieurs conséquences sur l'économie de la légalité :

-le développement d'un pluralisme en opposition à l'idée d'unicité de la loi

-un changement de régime de régulation juridique dans la mesure où s'établit une économie de la légalité polycentrique parallèle au bouleversement de la « juridiction » de l'Etat et à l'affaiblissement d'un étato-centrisme. Le parallèle mérite ici d'être établi avec les analyses sur les politiques publiques avec le processus de contractualisation et de procéduralisation qui s'y observe ou encore le passage d'un régime de légitimité légal-rationnel inspiré de l'idée d'un « ordre axiologique » à l'établissement d'une nouvelle légalité « fonctionnelle » en référence à « un régime de construction d'une légitimité au caractère aléatoire et contingent » (Catherine Colliot-Thélène, *Le désenchantement de l'Etat*). Comme le souligne Mauricio Garcia-Villegas (« A Comparison of Socio-Political Legal Studies », *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 12, 2016, p. 25-44), ces transformations doivent être prises en compte dans le régime de connaissance sur les rapports entre droit et politique « Il est nécessaire de

---

<sup>1</sup>Pour une présentation plus complète des références, le lecteur voudra bien se reporter à mon ouvrage sur lequel repose cette intervention.

reconsidérer les *socio-legal studies* dans un mode où s'affaiblit le pouvoir régalién des Etats, un monde qui est témoin non seulement de nouvelles et de plus subtiles formes de domination qui se manifestent au-delà des frontières nationales, géographiques et politiques habituelles. Quelles sont les implications de ces changements en termes de droits et de démocratie ? ».

Pour en venir maintenant au temps, je soulignerai au préalable la forte valeur heuristique de la variable temps pour l'analyse du droit. La « naturalité » du temps et du droit se conjuguent et se répondent. Paradoxalement travailler leur relation favorise l'analyse en termes de construction sociale, de dénaturalisation. La représentation dominante de la relation du temps et du droit est conforme à la première face de mon modèle de légalité duale. Le « Droit » comme « Raison » est logiquement inscrit dans le temps que Fernand Braudel appelait de la « longue durée », ceci en opposition avec le temps contingent, le temps social immédiat. Une telle relation s'exprime dans la célébration « juriste » des vertus de la permanence. Mais une telle relation est menacée par l'influence d'autres temporalités :

-une temporalité d'essence culturelle comme celle que décrit François Hartog en parlant de « présentisme » ou Hartmut Rosa en développant la thèse d'une « accélération du temps » ;

-une temporalité imposée par la globalisation, celle des opérateurs économiques ;

-une temporalité politique découlant d'une pratique de plus en plus fréquente du « marketing politique ».

90

C'est l'influence de ces temporalités qui contribue par exemple François Ost à considérer que nous sommes passés du « modèle de l'écriture basé sur une temporalité linéaire orientée et raisonnablement stable (« historique ») à un modèle de « traitement de texte supposant une temporalité circulaire, réversible et résolument instable ».

### **3- La recherche de sens d'une « judiciarisation du politique »**

Une recherche commence toujours par une grande question comme le considérait Raymond Boudon. En l'occurrence, la question qui se pose ici est celle de savoir quel sens donner au phénomène dit de « judiciarisation du politique », telle que celle-ci peut s'observer à partir de l'importance quantitative de la littérature qui lui est consacrée.

Le premier réflexe dans une démarche de recherche est de considérer qu'il n'y a rien d'évident et qu'il s'agit d'éprouver la réalité du phénomène qui se donne à voir à travers une littérature « savante ». La recherche avec Laurence Dumoulin a donc consisté à *situer* cette littérature du point de vue des acteurs et des institutions. C'est ainsi que le constat a pu être établi :

- qu'une grande proportion des auteurs étaient des constitutionnalistes dont une très grande majorité américains ;

- qu'une grand proportion d'auteurs étaient dans une situation de multi-positionnalité (à la fois dans le monde « savant » et dans le monde « de l'action »).

L'impression du caractère *situé* de cette littérature se renforce lorsqu'on observe que la très grande majorité de cette littérature est faiblement fondée empiriquement et qu'il s'agit d'une littérature majoritairement doctrinale, normative, prescriptive.

La leçon que l'on peut tirer de ces observations est qu'elles sont particulièrement illustratives des enjeux socio-politiques qui sont susceptibles de peser sur toute recherche sur le droit et la justice et qu'il y a là un domaine de recherche exceptionnel propice pour une sociologie de la connaissance, de la production de connaissance.

Finalement « la judiciarisation du politique » apparaît comme une réalité incertaine. La question est bien alors de distinguer : ce qui est la *réalité* de la « judiciarisation du politique » ; ce qui relève d'une *représentation sociale* de la « judiciarisation du politique », c'est-à-dire ce qui relève d'une réalité *souhaitée* du rôle de la justice dans la régulation politique des sociétés qui se manifesterait notamment par un accroissement du rôle des Cours Suprêmes, investies comme gardiennes des principes face aux dérives des démocraties représentatives. La justice serait conçue comme offrant des espaces de délibération que la démocratie représentative ne serait plus en mesure de gérer. En étant actrice de la démocratie, la justice s'affirmerait comme un pouvoir ou un contre-pouvoir ou encore un « tiers-pouvoir » au fondement d'un régime de gouvernance « triadique » (Alec Stone Sweet). Les Cours Suprêmes seraient porteuses d'une « éthique de la conviction », contribuant ainsi à l'avènement d'un nouveau modèle démocratique fort de l'expérience des déboires de la démocratie représentative et de la perte de confiance dans les gouvernements technocratiques.

91

Dans cet ensemble complexe entre réalité et représentation, il y a néanmoins des faits pour asseoir l'idée d'une réalité : multiplication des juridictions supranationales (un vingtaine depuis 1946) ; accroissement des créations de Cours Suprêmes ; accroissement des recours aux Cours Suprêmes ; interventions de plus en plus fréquentes de ces Cours Suprêmes dans des domaines qui relevaient de la compétence du politique...

Quelles sont alors les hypothèses explicatives qu'on peut avancer sur la « judiciarisation du politique » ?

### **Première hypothèse**

Il y aurait un effet de système entre la crise du politique (les incertitudes de la démocratie représentative) et l'accroissement de l'accroissement de l'intervention judiciaire. Cet effet de système se vérifierait paradoxalement par les débats passionnés dont cet accroissement supposé et mis en scène de la « judiciarisation du

politique » fait l'objet. Ce qui s'annoncerait, c'est un nouveau modèle de gouvernance prenant la forme d'une gouvernance triadique (thèse d'Alec Stone Sweet sur le Conseil constitutionnel français qui deviendrait une « troisième Chambre »).

Cette hypothèse se verrait consacrée paradoxalement par les analyses critiques dont la « judiciarisation du politique » fait l'objet. Parmi ces critiques :

-celle de la légitimité des juges à intervenir dans des domaines qui relèvent du pouvoir politique. Est alors évoqué le risque d'une nouvelle « théocratie ». Ran Hirschl parle lui d'une « juristocracy », ceci dans le cadre de ce qu'il considère comme une alliance entre des fractions des élites politiques, des élites économiques et des élites judiciaires ;

-celle d'une stratégie visant à échapper à la tyrannie des vainqueurs d'élections et à lutter contre les aspirations issues de majorités politiques. C'est dans cet esprit qu'un auteur face au phénomène de création massive de cours constitutionnelles tout au long des années 1990 dans les pays relevant de la zone d'influence de la Russie intitule un de ses articles consacré à ce phénomène : « Less Democracy. More Courts ».

### **Seconde hypothèse**

Le déplacement vers la Justice qu'illustrerait la « judiciarisation du politique » s'inscrirait dans un contexte de bouleversement de l'économie générale de la légalité dans les sociétés contemporaines.

Il existe une représentation dominante du droit dans l'univers juridique, celle d'un droit comme méta-Raison, d'un droit comme Droit qui renvoie à cette définition du droit que reprend Alain Supiot, dans la filiation de Pierre Legendre, d'un droit comme « référence commune à un monde tel qu'il doit être ». Alain Supiot rappelle ainsi que le mot même de « droit vient du latin médiéval *directum* et suggère l'idée d'une direction ». Il s'agit donc d'un droit qui doit *instituer*. Nous sommes proches d'un droit né d'une « alchimie théologico-politique » (Kantorowicz, *Les deux Corps du Roi*), auquel correspond une représentation des mises en œuvre du droit : les « Palais de Justice », représentation qui est en concordance avec un modèle de régulation *top down*. comme le souligne Paolo Grossi pour qui le « Droit » comme « Raison » est la manifestation d'une survivance d'une conception jusnaturaliste, ou de sa nostalgie, d'un « absolutisme juridique » issu d'une « raison naturelle » et d'une soi-disant « volonté générale » de l'ordre de l'évidence, en relation avec cette âge d'or d'un monisme juridique lié à l'appareil de pouvoir de l'Etat. Tout ceci conduit ce dernier auteur à parler de « légolâtrie » (« la loi en tant que telle, comme émanation d'une volonté souveraine, devient objet de culte indépendamment de son contenu », *L'Europe du droit*, p. 127). La loi apparaît ici comme une abstraction qui cache des inégalités et, éventuellement, ses sources idéologiques, où l'individu, sujet de droit, est « abstrait de toute formation sociale » (*Ibid.*, p. 116).

A cette représentation dominante « juriste » s'oppose : dans l'histoire de la pensée juridique, dans la littérature internationale, dans la littérature de science sociale une autre représentation du droit, un droit « d'en bas » distinct d'un droit « d'en

haut ». Dans l'histoire de la pensée juridique, il existe ainsi un droit « connecté au social », « immergé » dans le social, « constitutif » de la société, du fonctionnement social, dont on pourrait dire que la genèse se trouve dans le début du Moyen-Age où l'origine du droit est dans la coutume, cette normativité qui « naît d'en bas, des choses de la terre (...), porte en elle les traces inévitables de la réalité particulière qu'elle entend organiser juridiquement » (*Ibid.*, p. 36).

Le temps ne nous permet pas de nous étendre sur ces différents courants au sein de la pensée juridique, citons simplement comme illustration :

- l'École du droit vivant, celui-ci défini comme « le droit au quotidien, tel qu'il émerge non seulement des documents reconnus officiellement dans une société comme juridiques, mais encore de l'observation directe de la pratique qui a lieu en marge, voire contre le droit institutionnalisé » (David Nelken) ;

- l'École historique du droit, laquelle, face à la mythification du « Législateur », à la glorification du formalisme juridique, met en avant un « droit du peuple » porté par la coutume, un droit « d'en bas » s'opposant au droit de l'État ;

- le mouvement du droit libre qui vise à combler « le fossé qui sépare le droit des législateurs et des savants du « droit vivant » avec une finalité commune : « une historicité effective du droit » (*L'Europe du droit*, p. 201).

Ce que je considère comme le second terme d'une alternative dans la représentation du droit perpétue son existence dans la période contemporaine, par exemple avec la « *constitutive theory of law* » d'Alan Hunt et d'autres auteurs comme Sally Engle Merry pour lesquels le droit est partie prenante de la réalité sociale et non en surplomb de celle-ci. Il en est de même au sein du mouvement américain de la *Law and Society* avec ce courant dit du « *legal consciousness* » dont les promoteurs soulignent que le droit ne doit plus être considéré comme une sphère autonome, les relations entre droit et société comme inscrites dans une relation causale, mais que le droit est bien constitutif de la réalité sociale, composante de la vie de tous les jours, dans une relation d'interpénétration avec les processus sociaux.

Cette représentation alternative du droit se retrouve du côté de la sociologie avec Georges Gurwitsch et l'idée de « droit social » ou encore avec Ferdinand Tönnies (« La société (...) peut s'opposer par l'affirmation de son droit propre »). On en trouve un autre écho avec la perspective pragmatique de John Dewey pour qui « la règle juridique est [...] quelque chose qui évolue nécessairement non seulement sous la pression des événements que sont les transformations macro-sociales, mais aussi plus quotidiennement du fait de son inscription à l'intérieur même des pratiques sociales » (Liora Israël et Jean Grosdidier, « John Dewey et l'expérience du droit.... », *Tracés*).

La reconnaissance de cette autre conception du droit m'a conduit à considérer ce que j'ai donc appelé un *modèle de légalité duale*. Cette dualité était présente dans l'histoire de la pensée juridique. Elle l'est comme une évidence dans la littérature internationale de recherche sur le droit. Stuart Scheingold associe ainsi au « *myth of rights* », défini comme la foi dans le droit par les citoyens, comme le droit comme principe de gouvernement, un « *politics of rights* » qui concerne les droits « conçus

comme des ressources contingentes agissant indirectement sur les politiques publiques dans la mesure où elles peuvent contribuer à modifier l'équilibre des forces politiques, où elles feraient potentiellement des citoyens des acteurs conscients que ces droits constituent non plus seulement une référence mais une ressource pour agir, se mobiliser collectivement.

On retrouve cette dualité chez Susan Silbey quand elle avance l'idée d'un dualisme entre une légalité donnée à voir comme transcendante, sacrée, formelle et impartiale quelle que soit la position sociale de celui qui la sollicite ou se la voit appliquer, en un mot comme un « idéal », et une légalité « profane », inscrite dans la société, dans la vie quotidienne, sorte d'arène séculière, où les rapports de pouvoir prévalent.

Un dernier mot sur la seconde face de mon modèle de légalité duale pour noter que la genèse de cette conception du droit est présente dans ce que Paolo Grossi considère comme « l'émergence d'un moi collectif » à la fin du XIXe siècle concomitant de ce qu'Emmanuel Levy interprétera comme « l'affirmation du droit collectif », contexte dans lequel se manifesterait le développement du droit social, celui du droit du travail, ceci dans le cadre d'une « prolifération de faits économiques et sociaux parallèle à la « perte d'autorité de l'Etat, à l'effritement de son monopole, à la formation de deux niveaux de juridicité, celui des lois et celui de l'expérience quotidienne, celui du droit formel et celui du droit vivant » (Paolo Grossi, *op. cit.*, p. 237).

La capacité à résister que révèle la seconde face du modèle de légalité duale participe d'une relativisation de la première face de ce modèle et de ce qui y est associé du point de vue d'une régulation politique strictement *top down*. C'est ce constat qui m'a conduit à faire un retour critique sur le paradigme de la domination, paradigme dominant de la pensée française des années 1960-1980 en France et dont Michel Foucault et Pierre Bourdieu vont être des figures de référence dans l'affirmation d'une conception de la domination que les sciences humaines et sociales ont longtemps exclusivement associée à une vision *top down* de la régulation politique des sociétés, de telle sorte que le droit n'y est pensé que comme l'instrument de cette domination. Certes Michel Foucault n'exclut pas dans son œuvre l'idée de luttes, en déplaçant progressivement son intérêt des dispositifs de pouvoir vers les processus de subjectivation, vers l'expérience du sujet de droit « faisant valoir ses droits subjectifs » (Pierre Guibentif, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. « Droit et Société », 2010, p. 74). Il reconnaît ainsi la possibilité de « penser autrement » le droit (pour reprendre une expression de Michel Foucault (*L'usage des plaisirs. Histoire de la sexualité, II*, Paris, Gallimard, , Vol. 2, coll. « Tel », 1984, p. 17) et réutilisée pour travailler la question du droit par Miguel Alves da Fonseca, *Michel Foucault et le droit*, Paris, L'Harmattan, 2013) en dévoilant les rapports de force qui sont dans son essence. Il en résulte la reconnaissance que les « gouvernés » sont susceptibles de s'indigner et d'engager des actions contre les abus de pouvoir. Une telle reconnaissance permet finalement « de donner un contenu éventuellement subversif à la notion de sujet de droit ou de citoyen » (*Ibid.*, p. 78). Dans cette perspective, apparaît logiquement la possibilité « d'inscrire la vie,

l'existence, la subjectivité et la réalité même de l'individu dans la pratique du droit » (Michel Foucault, *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, vol. 1, 1994, p. 57) jusqu'à produire un droit « anti-disciplinaire » (M. Alves da Fonseca, *op. cit.*, p. 181) relevant d'une « attitude critique » (*Ibid.*) qui n'est rien moins que l'exercice effectif par les individus de la volonté de considérer que le droit ne relève pas du monopole des instances de pouvoir (*Ibid.*). Mais, précédant ce déplacement qu'il opère dans le développement de son œuvre, pour Michel Foucault, « le droit n'apparaît que comme le masque du pouvoir, et la réalité de celui-ci réside dans la domination, une réalité que la théorie du droit aussi bien que sa technique ont pour fonction essentielle de camoufler » (Catherine Colliot-Thélène, « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'Année sociologique*, n°59/2009, p. 236). Une telle position rejoint alors celle de Pierre Bourdieu quand celui-ci considère que le droit est un instrument efficace, notamment par l'apparente neutralisation ou euphémisation qu'il donne à voir, relevant du registre symbolique, pour assurer la reproduction de l'ordre social, perpétuer la domination des classes dominantes et consacrer l'ordre établi (Pierre Bourdieu, « La force du droit. . Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre 1986, p. 3-19).

Il y a un paradoxe sur le fait que ces figures des « théories critiques » (auxquelles on pourrait ajouter Gramsci ou Susan Silbey quand ces auteurs admettent une dualité du droit mais en considérant que celle-ci n'est là que pour assurer la perpétuation de la domination du droit et de l'hégémonie) quand, en développant ces analyses sur le droit comme instrument de la domination consacrent le monopole de la représentation « juriste » de la première face du modèle de légalité duale. Il y a donc de mon point de vue nécessité de repenser ce paradigme et de prendre ses distances avec son unilatéralité. La reconnaissance de la seconde face du modèle de légalité duale porte *a contrario*, dans sa réalité autant que dans sa virtualité, la possibilité pour ce que Michel de Certeau appelle, à partir d'une vive critique du caractère unilatéral du paradigme de la domination tel que célébré chez Michel Foucault ou Pierre Bourdieu, le développement de « tactiques » des « faibles » susceptibles de neutraliser ou de détourner les « stratégies » des « puissants » (Michel de Certeau, *L'invention du quotidien*. 1- *Arts de faire*, Paris ; Gallimard, coll. « Folio Essais, 1990 (1ère éd. 1980).

Comment tirer parti, comment tirer les conséquences de cette relativisation du paradigme de la domination ? Il convient certainement de repenser le politique à partir du droit et de revenir alors au couple wébérien légalité-légitimité en repensant la question de la légitimité du politique à partir de la question de la légalité. Ce qui importe, c'est de *redéfinir les conditions de construction de la légalité* à partir d'une prise en considération de la seconde face du modèle de légalité duale. La question devient alors de se demander comment associer les citoyens, comment les impliquer dans la construction, dans la mise en œuvre de la légalité (voir les recherches de Jacques Lenoble et Marc Maesschalk, *Démocratie, Droit et Gouvernance*) en se rappelant par exemple cette considération de Jürgen Habermas : « La légitimité démocratique ne se construit que dans la mesure où « le cercle des personnes qui participent aux décisions recoupe celui de ceux qui en subissent les conséquences [...] [ceci suivant le principe] d'autorégulation par les citoyens [qui] requiert en effet que ceux qui sont soumis en

tant que destinataires se pensent aussi comme auteurs du droit » (J.Habermas, *Droit et démocratie Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1993).

Dans cette prise en considération de la seconde face du modèle de légalité duale, il ne s'agit pas de nier l'importance d'un droit comme raison, d'un droit comme référence. En fait, les deux faces de ce modèle font système. La production et la mise en œuvre d'un droit *activé* par la société, processus au sein duquel les citoyens sont partie prenante, *acteurs*, sont susceptibles d'influer sur l'établissement d'un droit-référence susceptible de retrouver sa propre légitimité parce qu'il aura été aussi la résultante d'une approche *bottom up*. Les deux faces du modèle de légalité duale ne sont plus en tension dans cette hypothèse. C'est la possibilité de leur *hybridation*, de leur *métissage* qui est en jeu, ceci suivant une configuration qui est aussi celle visant à la réalisation de l'idéal démocratique.

Enfin, peut-on tenter de situer la « judiciarisation du politique » en référence à ce contexte de bouleversement de l'économie de la légalité ?

Dans l'affirmative, deux explications pourraient être avancées :

-La « judiciarisation du politique » résulte de l'importance croissante prise par la seconde face du modèle de légalité duale. L'effervescence croissante qui se manifeste au sein des sociétés civiles contribue à privilégier une conception du droit comme *ressource* et non plus seulement comme *référence*, ce qui se répercute sur le recours à la justice comme « arène politique ».

-La « judiciarisation du politique » représente une ultime tentative pour préserver la prépondérance de la première face du modèle de légalité duale : une tentative de mythification de la « Justice » tenterait de s'opérer en remplacement d'une mythification de la « Loi » devenue impossible.

En vous laissant sur ces interrogations, j'espère moins provoquer une frustration que suggérer les promesses que laisse entrevoir une recherche en science sociale sur le droit et la justice qui n'élude pas les incertitudes de la « vérité ».

---

## TABLE DES AUTEURS

Sylvain BLOQUET, Maître de conférences en histoire du droit- Université Paris Descartes.

Jacques COMMAILLE, Professeur émérite de Sociologie -Ecole Normale Supérieure de Cachan

Lycette CORBION-CONDE, Maître de conférences en droit - IDETCOM - Université Toulouse 1 Capitole

Agnès FOSSAERT, Doyen de la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation

Aurore GAILLET, Professeur de droit - IRDEIC- Centre de droit comparé (E.A. 4211) - Université Toulouse 1 Capitole

Wanda MASTOR, Professeur de droit - IRDEIC-Centre de droit comparé (E.A. 4211) - Université Toulouse 1 Capitole.

José REINALDO de LIMA LOPES, Professeur de Philosophie et Théorie générale du droit - Université de Sao Paolo

---

## TABLE DES MATIÈRES

Sommaire.....	p. 4
Présentation.....	p. 5
Avant-propos.....	p. 6
José Reinaldo de Lima Lopes, <i>Becoming a Supreme Court</i> .....	p. 12
Aurore Gaillet, <i>Créer le juge suprême avant d’y accéder ? Les cours suprêmes allemandes à la croisée des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles</i> .....	p. 27
Agnès Fossaert, <i>Cour suprême et fabrication du droit. L’exemple de la Cour de cassation française</i> .....	p. 36
Sylvain Bloquet, <i>Faire jurisprudence dans un ordre juridique codifié : d’un <i>supplément des lois</i> à une <i>loi pratique</i></i> .....	p. 43
Lycette Corbion-Condé, <i>Les supports de la jurisprudence de la CEDH- Pistes de réflexion</i> .....	p. 68
Wanda Mastor, <i>Faire jurisprudence : cours suprêmes v. Cours constitutionnelles</i> .....	p. 78
Jacques Commaille, <i>Une sociologie politique du phénomène de « judicialisation du politique »</i> .....	p. 88
Table des auteurs.....	p. 97
Table des matières.....	p. 98