

**« LE PHÉNOMÈNE DE LA JURISPRUDENCE : JEAN CARBONNIER
ET LA PSYCHOSOCIOLOGIE DES JUGES »
PAR MARIANNE SALUDEN,
MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ PARIS VAL-DE-MARNE (PARIS
XII)**

Une enquête sociologique menée parmi les juges par l'auteur lui a permis de découvrir comment les acteurs de la jurisprudence vivaient et percevaient leur propre production. Une expérience originale qu'elle retrace ici.

C'est un grand honneur pour moi que de me trouver conviée à participer à cet hommage, à la mémoire de Jean Carbonnier qui fut mon maître et qui, il y a plus de trente ans, me proposa d'explorer comme sujet de thèse : « *Le phénomène de la jurisprudence* », sujet qui me séduisit d'emblée, parce qu'il se situait aux confins de la sociologie juridique et du droit civil des sources.

Il me semble encore me rappeler de ce jour où il me suggéra de procéder à une enquête sociologique parmi les juges pour découvrir comment les acteurs de la jurisprudence vivaient et percevaient leur propre production. L'idée était d'entrer dans le creuset où se confectionne la jurisprudence pour mieux découvrir ses secrets.

C'est ainsi que pendant quatre ans environ (1975-1979), après élaboration d'un questionnaire, j'allais à la rencontre des juges, de tribunal de grande instance en cour d'appel, à Paris mais aussi en Province, pour interviewer des magistrats et parvenir jusqu'ici, à la Cour de cassation où j'ai eu l'avantage de pouvoir rencontrer des conseillers, assister à des audiences – et même des délibérés – de la première chambre civile, de la troisième, et de la Chambre sociale. J'ai eu aussi le privilège d'être reçue par le Premier président qui se trouvait être à l'époque Pierre Bellet et qui me livra sa propre vision de la jurisprudence.

Pour avoir suivi les enseignements du doyen Carbonnier, je savais déjà que le droit était plus grand que la règle de droit ; je ne fus donc pas surprise de découvrir, lors de cette enquête, que la jurisprudence était plus vaste que la règle jurisprudentielle. Et que l'arrêt de la Cour de cassation énonçant un principe ne constituait que l'aboutissement d'un processus plus large et plus profond dans lequel chaque instance jouait un rôle. C'est la partie immergée de l'iceberg qu'il fallait découvrir.

Dans son cours de sociologie juridique consacré au procès et au jugement en 1961, Jean Carbonnier avait proposé de définir la jurisprudence comme « *l'autorité de ce qui a été jugé constamment dans le même sens* » (Carbonnier J., *Le procès et le jugement*, Cours de sociologie juridique, 1961-1962, Association corporative des étudiants en droit, Paris, 1962, p. 262). Cette définition présentait l'intérêt de replacer la constance dans la manière de juger, dans le système hiérarchique dans lequel elle s'insère et de montrer comment les processus de répétition et de hiérarchie étaient étroitement mêlés dans le phénomène jurisprudentiel.

Dans cette perspective, il nous faut donc étudier comment la jurisprudence est d'abord le produit de l'activité judiciaire (I) avant de voir comment elle est aussi le produit du système judiciaire (II).

I - La jurisprudence, produit de l'activité judiciaire

Pour le sociologue qu'était Jean Carbonnier, la jurisprudence devait d'abord être appréhendée comme le produit de l'activité judiciaire. En première instance comme en appel se créent des modes habituels de juger (A) qui visent à résoudre le conflit (B).

A - Des modes habituels de juger

Les manuels d'introduction au droit définissent parfois la jurisprudence comme l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux ; même si c'est aussi « *la solution généralement donnée par les tribunaux à une question de droit* » comme l'écrit Jean Carbonnier (*in* Droit civil, Introduction, PUF, 27^e éd., 2002, n° 142). Certes, la première définition revient à assimiler jurisprudence et activité juridictionnelle, ce qui pourrait être critiqué (Serverin E., Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice, Droit et société 1993, n° 25, LGDJ, p. 339 ; *adde* Jestaz Ph., Source délicate (remarques en cascades sur les sources du droit), RTD civ. 1993, p. 73) ; mais l'intérêt d'une telle conception est de rejoindre la vision qu'ont eux-mêmes les juges de leur manière de faire. Car, pour le juge, la jurisprudence, c'est d'abord sa propre jurisprudence, et c'est dans le fonctionnement quotidien des juridictions que l'on peut voir ce qui se fait en jurisprudence (Saluden M., Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique, thèse Paris 2, 1983 ; La jurisprudence, phénomène sociologique, *in* La jurisprudence, Archives de philosophie du droit, t. XXX, Sirey, 1985 ; dans le même sens, voir Zénati F., Clore enfin le débat, RTD civ. 1992, p. 359, qui écrit que la jurisprudence pourrait être une manière de juger plutôt qu'une règle de jugement).

Devant les juges du fond, les modes de juger concernant la régulation du fait sont prédominants, qu'il s'agisse de barèmes d'évaluation concernant les dommages-intérêts au civil ou le prononcé des peines au pénal. Ainsi, après un an d'expérimentation de la procédure appelée communément "plaider coupable", issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, on constate que l'échelle des peines proposées par le procureur à la personne qui reconnaît sa culpabilité tient compte le plus souvent de la jurisprudence du tribunal, car elle a fait l'objet, en amont, d'une concertation entre le parquet et le siège ; de réelles disparités existent donc entre les tribunaux, malgré une tendance à l'homogénéisation (Plaider coupable : mode d'emploi, Annonces de la Seine 2005, n° 68, p. 2).

L'existence de fourchettes internes est admise par tous les magistrats, même s'ils répugnent à livrer des chiffres précis. S'il n'y a jamais application mécanique d'un tarif, la fourchette représente une réalité suffisamment objective pour qu'un magistrat nouvellement nommé dans un tribunal prenne soin de s'en informer auprès de ses collègues. On suit une sorte de barème pour être logique avec soi-même, pour échapper au subjectivisme, à l'arbitraire. Ainsi, ce qu'on a coutume d'appeler "pouvoir souverain du juge du fond" se canalise dans l'élaboration empirique de règles qui peuvent se révéler assez contraignantes.

Le résultat de ce processus, c'est la diversité et la fragmentation des pratiques. Notre enquête nous avait permis de découvrir que l'indépendance entre les chambres du tribunal, ou celles de la cour d'appel était presque totale. Aujourd'hui, ce sont les banques de données qui peuvent permettre d'apercevoir l'émergence de jurisprudences locales. Ainsi, la Fédération française des assurances note que la valeur du point d'incapacité et les indemnités allouées pour des préjudices personnels peuvent beaucoup varier d'une cour d'appel à une autre. Les assureurs aimeraient donc parvenir à un référentiel indicatif national, ce à quoi s'oppose le Barreau (Préjudice corporel : non au barème, Dr. & patr. 2005, n° 136, p. 18).

Devant les chambres spécialisées des cours d'appel, se forment des modes de juger concernant le droit. Il suffit que les occasions de juger se renouvellent pour que s'élabore une « *jurisprudence maison* », selon le mot d'un juge interviewé. Convaincue par l'argumentation d'un avocat, une des sections de la chambre va adopter une certaine interprétation de la règle de droit à laquelle elle va se tenir pendant quelque temps, peu important alors ce que juge l'autre section de la même chambre. Ce qui m'avait frappé lors de l'enquête, c'était que le juge était plus soucieux de suivre sa jurisprudence, que de s'informer sur celle des autres. Même à Paris, au sein des chambres spécialisées, les contacts entre les deux formations n'avaient rien de systématique.

Encore aujourd'hui, on peut voir certaines chambres spécialisées affirmer avec force leur jurisprudence. Il en est ainsi, par exemple de la 23^e chambre B de la cour d'appel de Paris qui manifeste son attachement à la jurisprudence suivie par les chambres spécialisées – tribunal de grande instance de Paris et cour d'appel – en matière de recouvrement de charges de copropriété, à savoir que le syndicat des copropriétaires doit faire la preuve de sa créance contre un copropriétaire défaillant en apportant un certain nombre de documents auxquels ne sauraient suppléer de simples décomptes informatiques. Un arrêt de la 23^e chambre B de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 2004 (AJDI 2005, n° 1, p. 39, Rev. Administrer 2005, n° 376, som., p. 35, obs. Alfandari A.) affirme que depuis son arrêt de 14 janvier 1994, soit depuis dix ans, cette chambre de la cour d'appel n'a cessé de rappeler, sans succès notable, les documents exigés. Et la cour d'ajouter, non sans ironie, qu'elle pourrait s'épargner « *des considérants répétitifs si la prohibition des arrêts de règlement était enfin abrogée à l'occasion du bicentenaire du Code civil...* » !

Ainsi, la jurisprudence pourrait être d'abord et avant tout un mode habituel de juger, une pratique suivie par le juge. Au sein de ces pratiques, doivent être distingués des modes originaux de résolution du conflit propres à certains juges.

B - La recherche du juste et de la fin du conflit

Selon Jean Carbonnier, le jugement de transaction répond à une constante de l'humanité. La solution transactionnelle est un moyen de rétablir la paix (Carbonnier J., *Théorie sociologique des sources du droit*, Cours de sociologie juridique, 1960-1961, Association corporative des étudiants en droit, Paris, 1961, p. 183 ; *adde* La justice de Salomon, Flexible droit, LGDJ, 1^{re} éd., 1969, p. 228). Partager l'enjeu entre les plaideurs en donnant à chacun une part est, en effet, une manière de mettre fin au conflit. Pour vérifier cette hypothèse, lors de mon enquête, je demandais aux juges s'il leur arrivait de "couper la poire en deux". Je devais découvrir que certaines matières se prêtaient spécialement à ce jugement dit de Salomon : le divorce aux torts partagés, les accidents de la circulation avant la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, les litiges entre voisins ou copropriétaires. Lors d'une session d'études de l'ENM consacrée à la formation et à la formulation des décisions en matière civile, qui s'était tenue à Vaucresson en octobre 1979, je devais en avoir la confirmation dans les propos de Pierre Draï, alors Premier vice-président au tribunal de grande instance de Paris. Dans un exposé ayant pour thème « *Le délibéré et l'imagination du juge* », ce magistrat disait que la solution transactionnelle était devenue partie intégrante de la pratique judiciaire. Pour lui, le juge pouvait être « *l'artisan soucieux d'apporter aux parties qui ont décidé de s'adresser à lui et de lui faire confiance, une solution d'apaisement acceptable, parce que raisonnable et équitable* » (Draï P., *Le délibéré et l'imagination du juge*, La formation et la formulation des décisions de justice en matière civile, 145^e session nationale de formation permanente des magistrats, Vaucresson, 22-26 oct. 1979, Association d'études et de recherches, ENM, Bordeaux, avr. 1980). Et de citer ses pratiques de juge des référés en matière d'atteinte à la vie privée ou de droit à l'image.

Plus tard, Pierre Draï devait donner une impulsion remarquable à la médiation judiciaire, procédé par lequel le juge invite les parties à vider leur querelle devant un tiers, et à trouver une solution à leur litige, ce qui contribue à préserver leurs relations futures, et ceci dans les domaines les plus divers (Draï P., *Libres propos sur la médiation judiciaire*, Études Bellet P., Litec, 1991, p. 123).

C'est donc à l'initiative des juges des référés que s'est développée, pendant plus de vingt ans, la médiation judiciaire, sur le seul fondement de l'article 21 du Nouveau code de procédure civile : « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties* », avant que la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 ne viennent lui donner une

consécration légale (Pluyette G., La médiation judiciaire, *in* Le juge entre deux millénaires, Mélanges Draï P., Dalloz, 2000, p. 463).

La conception large de la jurisprudence, produit de l'activité judiciaire, m'avait donc permis de découvrir quelques aspects de ce qui faisait en jurisprudence, jusqu'à ce qui constitue l'essence même du judiciaire : arbitrer le conflit.

Mais si l'élément originaire de la jurisprudence, c'est d'abord le jugement, ce règlement d'un conflit particulier qui trouve sa résolution dans l'exercice du pouvoir juridictionnel (Hébraud P., Le juge et la jurisprudence, Mélanges Couzinet P., 1974, p. 329), reste à expliquer comment on passe du jugement et même de la répétition des jugements à la règle de droit d'origine jurisprudentielle (Deguegue M., Mots de la justice, Rev. Droits 2001, n° 34, p. 95 ; Dictionnaire de la culture juridique, V° Jurisprudence, PUF Lamy, 2003).

C'est que la jurisprudence n'est pas seulement le produit de l'activité judiciaire, elle est aussi le produit du système judiciaire.

II - La jurisprudence, produit du système judiciaire

Il convient ici de mettre en évidence comment peut naître la règle jurisprudentielle, comment elle se développe et parfois disparaît. Les interactions entre les instances (A), permettent la naissance de normes jurisprudentielles (B).

A - Les interactions entre les instances

Le système est fait d'instances séparées, et pourtant interdépendantes (sur ce point, voir notre article, La jurisprudence, phénomène sociologique, précité). Le processus d'autorité est le plus apparent, puisque l'organisation judiciaire met en place des contrôles successifs. Certes, l'enquête avait montré un juge de première instance assez indépendant qui déclarait souvent ne pas craindre l'appel. Cependant, le sort du plaideur (qu'on ferait gagner en première instance, mais qui perdrait en appel) empêchait de rendre des décisions dissidentes qui ne passeraient pas ensuite la barre de l'appel.

À la cour d'appel, la perspective du recours hiérarchique préoccupe bien davantage. À Paris surtout, on n'oublie pas qu'on a la Cour de cassation « *à sa porte* », comme nous l'a dit un conseiller ! L'attention qu'on prête à ses arrêts, les efforts de rédaction que l'on déploie pour éviter une censure révèlent tout le poids de cette dernière.

Si le courant hiérarchique, porteur des infirmations ou des cassations est très net, il ne doit pas masquer le courant ascendant qui s'exerce, à l'inverse, de bas en haut. Ce qui a été jugé en première instance constitue un "préjugé" important. Les confirmations l'emportent sur les infirmations, même si la cour d'appel procède à de nombreuses retouches. Devant la Cour de cassation même, le jugement de première instance, confirmé en appel, conserve sa valeur, rendant la cassation moins probable.

Quant à l'arrêt d'appel, son poids n'est pas moindre. Lorsqu'une loi nouvelle est promulguée, les conseillers à la Cour de cassation aiment à attendre avant de trancher entre les diverses interprétations du texte qui ont vu le jour devant les cours d'appel. Alors que les conseillers des cours d'appel aimeraient être éclairés au plus vite par un ou plusieurs arrêts de la plus Haute instance, à l'inverse, les magistrats de la Cour de cassation préfèrent parfois temporiser de peur de se lier pour l'avenir (c'est ce qui ressortait de l'enquête, à l'époque ; mais il est probable que les choses ont changé avec la procédure de saisine pour avis – COJ, art. L. 151-1 à 151-3, NCPC, art. 1031-1 –, qui permet aux juges du fond de poser des questions à la Cour de cassation et à cette dernière de prendre parti rapidement sur les difficultés d'interprétation posées par les nouveaux textes ; reste à savoir comment s'insère l'avis dans la hiérarchie des

normes : selon Jean Carbonnier, l'avis aurait une autorité préjurisprudentielle : Carbonnier J., Droit civil, Introduction, précité, n° 143).

De même, lorsque la cour d'appel de renvoi ne s'incline pas et reprend l'argumentation de la première cour d'appel, cette position qui peut apparaître comme une rébellion, offre à l'Assemblée plénière l'occasion de modifier la règle jurisprudentielle, si elle le souhaite.

Le système est donc beaucoup plus subtil qu'il n'y paraît, fait d'interactions réciproques. Comment ce système aboutit-il à la production de normes ?

B - L'élaboration des normes jurisprudentielles

La règle jurisprudentielle naît lors du contrôle opéré par la Cour de cassation sur les juges du fond. Or, il existe une politique du contrôle, variable suivant les chambres et suivant les époques. En théorie très nette, la distinction du fait, abandonné au pouvoir souverain des juges du fond et du droit, soumis au contrôle de la Haute juridiction, dépend, en réalité, du bon vouloir de cette dernière. Déjà en 1980, le Premier président Bellet le disait clairement. Pour lui, la Cour de cassation pouvait modifier à son gré les frontières du droit et du fait, avançant ou reculant son contrôle ; dès lors, le droit devenait ce qu'elle décidait de soumettre à son contrôle, le fait ce qu'elle excluait de son champ (Bellet P., Grandeur et servitudes de la Cour de cassation, RID comp. 1980, p. 293).

C'est aujourd'hui le professeur Aubert qui, reprenant l'étude de cette question, affirme que la Cour de cassation a progressivement étendu son contrôle à certains faits de l'espèce, à travers un maniement subtil du manque de base légale, et au-delà même des faits de l'espèce, à certains faits de société, tels que la situation de l'enfant handicapé dans l'arrêt *Perruche* (Aubert J.-L., La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en matière civile, D. 2005, chr., p. 1115 ; sur la dialectique entre le fait et le droit, voir aussi : Blondel Ph., Le fait, source de droit, in *Le juge entre deux millénaires*, précité, p. 203).

Lors de l'enquête, il nous était apparu qu'en première instance, le fait dominait largement ; la plus grande partie du travail du juge consistant à démêler les faits, à passer au crible les preuves qui lui étaient soumises. Le droit n'était pas absent, mais il était second.

À la cour d'appel, la plongée dans les faits était moindre, l'affaire subissait un affinement juridique, une mise en conformité par rapport aux règles de droit.

Quand on parvenait à la Cour de cassation, les faits avaient été totalement déterminés. En vérité, à l'arrière-plan, les faits importaient toujours et tous les magistrats ont souligné la difficulté qu'il y avait à s'en abstraire.

Dépendre du fait, mais ne pouvoir le rejurer, telle nous était apparue la condition singulière du conseiller à la Cour de cassation.

La norme jurisprudentielle, édictée par la Cour de cassation, est le produit de cette décantation. La solution va prendre l'allure d'une règle générale, que la Cour peut affirmer avec plus ou moins de force et dont elle peut moduler l'extension.

Au stade du pourvoi, tout est fait pour identifier la question de droit, rechercher systématiquement les précédents et permettre un traitement rationnel par les chambres, telle est la tâche du Service de documentation et d'études (Canivet G., Filtrage, régulation et réorganisation, *Annonces de la Seine* 2003, n° 27, p. 1). Le mécanisme de la publication au *Bulletin* avec tous ses degrés (la décision peut être publiée au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, au Bulletin d'information de la Cour de cassation, sur le site internet, enfin être commentée dans le Rapport annuel) permet à la doctrine de percevoir l'importance de la décision.

Cependant que l'absence de publication au *Bulletin* suscite l'interrogation : y aurait-il une jurisprudence officielle et une jurisprudence occulte, se demande un interprète particulièrement autorisé (Aubert J.-L., De quelques risques d'une image troublée de la

jurisprudence de la Cour de cassation, *in* Le juge entre deux millénaires, précité, p. 7) ? Selon Jean-Luc Aubert, la réponse est négative, la publication obéissant à des motifs utilitaires. Il est permis de penser que l'avis du sociologue ne serait pas forcément identique : le doyen Carbonnier était très intéressé par l'ampleur de la non-publication, parlant de territoires inconnus à découvrir (Carbonnier J., *Droit civil, Introduction*, PUF, 27^e éd. refondue, 2002, n° 145).

La durée de vie de la règle jurisprudentielle étant limitée, on éprouve le besoin de republier tous les dix ans pour montrer que la solution est toujours d'actualité (Weber J.-F., *En direct de la troisième chambre civile, Rev. loyers* 2004/851, n° 1). En effet, le caractère récent d'une décision de principe constitue un atout pour le praticien (Gridel J.-P., *Introduction au droit et au droit français : notions fondamentales, méthodologie, synthèses*, Dalloz, 2^e éd., 1994, p. 292) alors que l'ancienneté de la décision mérite vérification.

Quand elle édicte un principe, la Cour aime à l'affiner au gré des espèces. Les interprètes voient le principe s'affermir ou au contraire s'infléchir par l'énoncé de certaines conditions ou exceptions. Ainsi, le temps est indispensable pour que se forme une lignée jurisprudentielle que la doctrine systématiserait.

Quant au revirement, l'enquête que nous avons menée nous avait permis de voir qu'il correspondait à une situation de crise. Autant on aime reprendre une jurisprudence antérieure, quitte à la faire évoluer de manière plus ou moins importante, autant le changement brutal dans l'interprétation donnée à la règle de droit perturbe le juge, tout comme l'interprète.

Déjà le doyen Carbonnier l'avait noté : les revirements engendrent l'insécurité, puisque la solution nouvelle, issue du revirement, sera de plein droit applicable à des affaires qui s'étaient nouées dans une confiance dans la solution ancienne (Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 59). D'où le débat actuel pour savoir s'il serait possible de limiter la rétroactivité inhérente à tout revirement jurisprudentiel (Les revirements ne vaudront-ils que pour l'avenir ? Entretien avec MM. Guy Canivet et Nicolas Molfessis, *JCP G* 2004, I, n° 189 ; Colloque organisé à la Cour de cassation le 12 janvier 2005, sur le rapport présenté par le groupe de travail portant sur les revirements de jurisprudence, *JCP G* 2005, n° 4, act. 43 ; adde Heuzé V., À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité, *JCP G* 2005, I, n° 14 ; Radé C., De la rétroactivité des revirements de jurisprudence, *D.* 2005, chr., p. 988 ; un auteur a présenté une solution originale pour indemniser les victimes d'un revirement imprévisible de jurisprudence : Bolze A., *La norme jurisprudentielle et ses revirements en droit privé*, *RRJ* 1997, n° 3, p. 855).

Réduire les divergences de jurisprudence et maîtriser ses évolutions, tel est le programme que s'est fixée la Cour de cassation depuis quelques années à l'initiative de son Premier président, Guy Canivet (Canivet G., *Questions et évolutions majeures de la jurisprudence : une politique jurisprudentielle de sécurisation du droit*, *RLDC* 2005/13, suppl., n° 551 ; sur l'intérêt qu'il y aurait à favoriser la discussion entre les avocats généraux et les magistrats du siège sur les évolutions possibles de la jurisprudence, en dehors de l'examen d'un dossier, voir Nadal J.-L., Entretien, *Annonces de la Seine* 2005, n° 26, p. 826). Cela permettra peut-être de répondre à l'interrogation quelque peu pessimiste de Jean Carbonnier se demandant si parfois la jurisprudence ne consacrait pas l'interprétation la moins évidente, la plus sophistiquée, ruinant les parties qui s'étaient fiées à la lecture la plus naïve de la loi (Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, précité, p. 62).