

LA DIFFUSION DES DONNÉES DÉCISIONNELLES ET LA JURISPRUDENCE

Quelle jurisprudence à l'ère des
données judiciaires ouvertes ?

VOLUME II - ANNEXES



SOMMAIRE

SOMMAIRE	2
-----------------------	----------

CONTRIBUTIONS ÉCRITES	4
------------------------------------	----------

DROITS ÉTRANGERS	4
-------------------------------	----------

Droit allemand, Mme Frédérique Ferrand, professeure agrégée à l'université Jean Moulin Lyon 3, *réponse au questionnaire* 4

Droit anglais, M. John Bell, professeur émérite à l'université de Cambridge, *réponse au questionnaire* 25

Droit brésilien, Mme Teresa Arruda Alvim, professeure à la Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, *réponse au questionnaire* 34

Droit des États-Unis d'Amérique, M. Mitchel Lasser, professeur à la Cornell Law School, *Démystifier la théorie et la pratique du précédent judiciaire aux États-Unis* 48

DROIT PUBLIC	64
---------------------------	-----------

Mme Camille Broyelle, professeure agrégée à l'université Paris-Panthéon-Assas, *réponse au questionnaire* 64

Mme Eve Dubus, doctorante contractuelle à l'université Paris-Panthéon-Assas, *réponse au questionnaire* 69

HISTOIRE DU DROIT	92
--------------------------------	-----------

M. Jean-Louis Halpérin, professeur agrégé à l'École normale supérieure Ulm, *réponse au questionnaire* 92

Mme Carine Jallamion, professeure agrégée à l'université de Montpellier, *Quelques jalons pour une histoire de la jurisprudence par les œuvres qui la recueillent (XVI^e-XX^e siècle)* 97

THÉORIE DU DROIT	127
-------------------------------	------------

M. Emmanuel Jeuland, professeur agrégé à l'université Paris 1 Pantéhon-Sorbonne, *réponse au questionnaire* 127

Mme Évelyne Serverin, directrice de recherche émérite au CNRS et ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature, *De l'incidence des principes de diffusion des décisions judiciaires du fond sur le périmètre de la jurisprudence* 147

M. Philippe Théry, professeur émérite à l'université Paris-Panthéon-Assas, *réponse au questionnaire* 173

M. Frédéric Zenati-Castaing, professeur agrégé à l'université Jean Moulin Lyon 3, *La jurisprudence révélée* 178

AUDITIONS D'UNIVERSITAIRES

AYANT DONNÉ LIEU À UNE CONTRIBUTION ÉCRITE..... 202

M. Benoît Frydman, professeur à l'université libre de Bruxelles, *réponse au questionnaire* 202

M. Xavier Henry, professeur à l'université de Lorraine, *réponse au questionnaire* 211

M. Frédéric Rouvière, professeur agrégé à l'université d'Aix-Marseille, *réponse au questionnaire*
..... 228

Mme Isabelle Sayn, directrice de recherche au CNRS, *Open data des décisions, jurisprudence et régularité statistiques - Quelle harmonisation des décisions des juridictions du fond ?* 236

CONTRIBUTIONS ÉCRITES

DROITS ÉTRANGERS

La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence

Allemagne

Frédérique FERRAND

Professeure agrégée à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Janvier 2022

N'ayant pu me déplacer en Allemagne ces derniers temps, les sources sur lesquelles j'ai pu me fonder sont limitées. Les réponses données ci-dessous sont nécessairement parcellaires et visent à procurer une première approche de la situation outre-Rhin.

Cette contribution suit l'ordre des questions qui ont été formulées par la Commission ayant sollicité le rapport sur la situation allemande.

1. Comment la jurisprudence se définit-elle en Allemagne ? Quelle en est la notion traditionnelle ou dominante ?

Il existe deux mots qui correspondent au concept français de jurisprudence : *Judikatur* et *Rechtsprechung*.

Le terme *Rechtsprechung* (dire le droit ; jurisprudence, mais le terme est aussi utilisé au sens de pouvoir judiciaire) se trouve dans la Loi fondamentale de 1949 (*Grundgesetz*, GG, Constitution allemande), laquelle consacre sa Partie IX à la « *Rechtsprechung* » (titre de la partie IX) au sens de pouvoir judiciaire¹. Cette Partie IX débute par l'article 92 : « Le pouvoir de rendre la justice (*rechtsprechende Gewalt*) est confié aux juges ; il est exercé par la Cour constitutionnelle fédérale, par les cours fédérales prévues par la présente Loi fondamentale et par les tribunaux des *Länder* ».

Pour l'auteur Karl August Bettermann, « *Rechtsprechung* » signifie « dire pour droit, décider de ce qui est conforme au droit »². Le sujet est essentiellement abordé par la doctrine

¹ C'est d'ailleurs cette traduction de *Rechtsprechung* qui figure sur le site du gouvernement fédéral allemand, V. <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/998616/388674/8ebe168c59975c69406341a69612f94c/loi-fundamentale-data.pdf> (dernière consultation : 20 janv. 2022). La traduction de l'article 92 GG provient également de ce site internet.

² K.A. BETTERMANN, *Rechtsprechung/rechtsprechende Gewalt*, in : J. ISENSEE et P. KIRCHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, Heidelberg, 1996, n° 38.

allemande sous l'angle constitutionnel. Il s'agit alors de savoir quelles activités relèvent nécessairement du pouvoir judiciaire (au sens de juridictionnel) dont la Loi fondamentale réserve l'exercice aux juges du siège (*Richter*)³. Il incombe au pouvoir judiciaire de réaliser l'obligation de protection juridictionnelle effective découlant notamment de l'article 20, al. 2 et 3 de la Loi fondamentale. La doctrine allemande constate que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale se refuse à énoncer des critères précis permettant de déterminer ce qu'est la « *Rechtsprechung* », qu'il convient néanmoins de ne pas l'assimiler à l'administration de la justice (*Rechtspflege*), laquelle englobe également des missions non juridictionnelles des juridictions (sont citées dans ce contexte une partie de la juridiction gracieuse, les mesures d'administration judiciaire, etc.)⁴.

Le terme « *Rechtsprechung* » est donc polysémique. Il peut signifier ensemble des décisions des juridictions supérieures (*höchste Rechtsprechung*), ou des juridictions du fond (*Instanzenrechtsprechung*) ; il peut également signifier pouvoir judiciaire (juridictionnel), exercé nécessairement par un juge du siège et dont les éléments dominants sont, d'après la jurisprudence constitutionnelle⁵ : une décision rendue selon des critères juridiques, qui est obligatoire et susceptible de force de chose jugée, et qui a été prononcée à la suite d'une procédure organisée selon le principe de l'État de droit à l'issue de laquelle a statué un tiers indépendant, impartial et neutre disposant (en principe⁶) de connaissances juridiques.

Le terme « *Judikatur* », lui, n'a pas la même portée constitutionnelle. Il signifie constatation avec effet obligatoire d'un droit contesté ou menacé par un organe indépendant et impartial, et également ensemble des décisions rendues par telle ou telle juridiction (*BGH-Judikatur* : jurisprudence de la Cour fédérale de Justice, homologue de la Cour de cassation). Selon cette terminologie, le pouvoir judiciaire se dit *Judikative* et sa production est la *Judikatur*, laquelle ne se limite pas aux décisions des juridictions supérieures (fédérales), même si la force normative de ces dernières est bien évidemment accrue.

³ Sur ces aspects, V. G. DÜRIG, R. HERZOG et R. SCHOLZ (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 95^{ème} éd. 2021, Munich, Beck éd., Art. 92, not. n° 10: « la jurisprudence sert le système de valeurs de la Loi fondamentale, en fin de compte la réalisation des droits fondamentaux ». Ces auteurs relèvent (n° 18) que la notion de « *rechtsprechende Gewalt* » (pouvoir judiciaire) constitue le problème central dans l'application de l'article 92 GG et que sa signification théorique est encore en grande partie non clarifiée.

⁴ G. DÜRIG, R. HERZOG et R. SCHOLZ (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, *op. cit.*, n° 19.

⁵ *Ibid.*, n° 37 s.

⁶ En principe car des profanes (citoyens, commerçants, etc.) peuvent participer à l'œuvre de justice, certes pas seuls, mais sous forme d'échevinage, avec un ou plusieurs juges professionnels.

2. Quelle place occupe et quel rôle joue la jurisprudence dans ce pays ?

En Allemagne, la place officielle reconnue à la jurisprudence est très importante⁷. Depuis déjà l'époque du Tribunal impérial (*Reichtsgesicht*)⁸, il était communément admis que les tribunaux pouvaient procéder à des interprétations créatives et développer le droit. Cela figurait même en toutes lettres dans le § 137 de la loi sur l'organisation juridictionnelle (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG) qui permettait aux chambres de la Cour fédérale de Justice de saisir la Grande chambre (civile ou pénale selon le cas) lorsque « le développement du droit ou la garantie d'une jurisprudence unitaire » l'exigeait. L'Allemagne n'a jamais connu envers ses juges la méfiance qu'ont exprimé les révolutionnaires envers le Tribunal de cassation en le muselant et le limitant à être la « bouche de la loi ». Cette vision coopérative du rôle des juridictions est prégnante ; elles viennent en soutien de la loi, afin de la clarifier, mais peuvent aussi la développer ou même l'écarter si des motifs supérieurs ancrés dans l'ordre constitutionnel l'exigent. Cela a encore été renforcé avec l'avènement de la République fédérale d'Allemagne en 1949, qui a placé la Loi fondamentale et les droits fondamentaux au centre de l'ordonnement juridique.

Depuis très longtemps, il est admis en Allemagne que la loi n'est pas autosuffisante mais nécessite, souvent, une interprétation par le juge et, parfois, un développement prétorien (*richterliche Rechtsfortbildung*). Ledit développement prétorien est confié en première ligne aux Hautes juridictions fédérales (Cour fédérale de Justice – *Bundesgerichtshof* pour les matières civile, commerciale et pénale). Cela découle des critères formulés pour l'accès au pourvoi en matière civile (§ 543 du Code allemand de procédure civile, ZPO). La juridiction d'appel qui a statué doit autoriser le pourvoi si 1° l'affaire soulève une question juridique de principe, ou si 2° le développement du droit ou 3° la garantie de l'unité de la jurisprudence requiert intervention de la Cour fédérale de Justice. L'intervention même de la Haute juridiction est donc depuis 2001⁹ conditionnée à l'existence d'un motif d'intérêt public (question juridique nouvelle¹⁰ et importante ; nécessité de développer le droit ou de garantir l'unité

⁷ V. not. F. Maultszzsch, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck éd., 2010, p. 3.V. également l'affirmation dès 1966 par la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*, C. féd. Justice [BGH], *NJW* 1967. 816) selon laquelle « entre juristes, il n'existe aucun doute sur le fait que de tout temps, le droit réalisé a été un mélange de droit législatif et de droit prétorien, et que ce droit qui s'est réalisé par les décisions des tribunaux n'a jamais coïncidé avec le droit établi par le législateur ».

⁸ Prédécesseur de la Cour fédérale de Justice.

⁹ Auparavant, il existait aussi une seconde voie d'accès au pourvoi : si le montant du grief subi par le requérant en raison de l'arrêt d'appel dépassait 60 000 Deutsche Mark (= 30 000 €), le pourvoi était recevable sans condition autre. Cet accès au pourvoi, jadis (mal) dénommé *Streitwertrevision* (pourvoi fondé sur la valeur du litige) coexistait avec un pourvoi sur autorisation de la cour d'appel (*Zulassungsrevision*). Seule cette dernière voie d'accès a été maintenue par la grande réforme de la procédure civile du 27 juillet 2000 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 ; mais en cas de refus d'autorisation par la juridiction d'appel, le requérant peut désormais former un recours devant la Cour fédérale de Justice (*Nichtzulassungsbeschwerde*, *NZB*). Le pourvoi fondé sur le critère financier pouvait toutefois faire l'objet d'un refus d'examen par la Cour fédérale de Justice si la question juridique ne présentait pas d'importance de principe et (condition cumulative jadis imposée par la Cour constitutionnelle fédérale, mais non prévue par la loi) si le pourvoi ne présentait pas de chance de succès.

¹⁰ La condition de nouveauté résulte de la jurisprudence de la Cour fédérale de Justice. Pour permettre l'accès au pourvoi, il faut que la question juridique n'ait pas déjà été tranchée par celle-ci.

jurisprudentielle). Depuis très longtemps, tous les auteurs allemands¹¹ s'accordent à voir dans le développement du droit une mission centrale et même une obligation de la Cour fédérale de Justice. Néanmoins, cette jurisprudence repose toujours sur une affaire concrète¹² ; elle n'est jamais formulée totalement abstraitement, sans le support d'un litige entre parties qui ont décidé de soumettre leur affaire à l'examen de la plus haute juridiction, laquelle attache une importance considérable au matériau de fait contenu dans la décision attaquée par le pourvoi¹³.

Mais on constate qu'également pour l'accès à l'appel (*Berufung*) dans les petits litiges dans lesquels l'appelant ne peut établir un grief dépassant 600 €, le § 511 du Code allemand de procédure civile (ZPO) prévoit un mécanisme similaire d'autorisation. Le § 511 ZPO prévoit en effet depuis le 1^{er} janvier 2001 que si le montant du grief causé au requérant par le jugement de première instance ne dépasse pas 600 €, l'appel doit néanmoins être autorisé par ledit jugement 1^o en présence d'une question juridique de principe, ou 2^o en cas de nécessité d'une intervention de la juridiction d'appel pour développer le droit, ou enfin 3^o pour garantir l'unité de la jurisprudence (§ 511, al. 1 et 4, ZPO). Ainsi, la jurisprudence de la juridiction d'appel est également valorisée comme source de clarification d'une question de principe, d'harmonisation de la jurisprudence régionale (et non pas nationale comme pour la Cour fédérale de Justice) et de développement du droit (*richterliche Rechtsfortbildung*), sous réserve bien entendu de l'intervention régulatrice de la Cour fédérale de Justice pour éventuellement censurer la ligne jurisprudentielle adoptée localement.

L'exercice de leur pouvoir de dire le droit, voire de le développer, par les juridictions allemandes, est encadré par une méthodologie juridique. Il existe ainsi de nombreux ouvrages dénommés *Methodenlehre* qui exposent les différentes méthodes d'interprétation, de comblement des lacunes, de développement du droit, et l'ordre dans lequel ces méthodes doivent être utilisées¹⁴.

¹¹ V. par ex. J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2^{ème} éd. 1964, Tübingen, Mohr (Siebeck) éd., p. 255. – R. FISCHER, « Höchstrichterliche Rechtsprechung heute », in: *Gesammelte Schriften*, 1985, Berlin, de Gruyter éd., p. 386 s. – K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5^{ème} éd. 1983, Heidelberg, Springer éd., p. 350 s.

¹² Il n'existe pas de saisine pour avis devant la Cour fédérale de Justice, même si des voix s'élèvent depuis peu pour envisager un tel mécanisme ou même un renvoi préjudiciel (suite au scandale du diesel).

¹³ V. en ce sens F. Maultszsch, *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck éd., 2010, p. 304 s.

¹⁴ V. par ex. K. LARENZ et W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^{ème} éd. 1999, Berlin, Springer éd. – K. ADOMEIT et S. HÄHNCHEN, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 7^{ème} éd. 2018, Heidelberg, C.F. Müller éd. – C. HERRESRHAL et J. WEIß, *Fälle zur Methodenlehre, Die Juristische Methode in der Fallbearbeitung*, 1^{ère} éd. 2020, Munich, C.H.Beck éd. – T. MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 3^{ème} éd. 2020, Munich, C.H.Beck éd. – B. RÜTHERS, C. FISCHER et A. BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*. 11^{ème} éd. 2020, Munich, C.H. Beck éd. – R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*. 12^{ème} éd. 2021, Munich, C.H. Beck éd.

3. Cette notion et ce rôle ont-ils évolué au cours du temps ? Sous l'influence de quels facteurs (pratiques, économiques, politiques, technologiques, etc.) ? Le droit comparé et l'observation des règles adoptées, des solutions adoptées et des pratiques suivies à l'étranger ont-ils été des facteurs d'évolution ?

Il ne semble pas qu'une influence de la comparaison des droits se soit fait sentir et ait conduit à des évolutions en ce qui concerne la notion de jurisprudence. Le rôle de la jurisprudence n'a pas davantage réellement évolué, même si on peut noter qu'à compter de 2001, l'accès à la Cour fédérale de Justice a été restreint par la suppression du pourvoi recevable du seul fait du montant du grief invoqué par le requérant (V. sous *question 2*). Dès lors qu'ont été imposés des critères d'accès au pourvoi purement rattachés à *l'intérêt public* de l'intervention de la Haute juridiction, la production de la Cour fédérale de Justice s'est réduite et concentrée sur des arrêts de principe. Ces critères ayant été étendus à l'accès à l'appel pour les tout petits litiges, on constate que la jurisprudence des juridictions d'appel a été valorisée officiellement comme susceptible d'unifier le droit localement et de le développer, comme dans le cas de vases communicants : la Cour fédérale de Justice étant moins accessible et rendant moins d'arrêts, la jurisprudence d'appel en est valorisée, mais s'incline toujours devant le dernier mot de la Cour fédérale de Justice.

Le développement prétorien du droit, qui existait dès avant la Loi fondamentale de 1949, s'est encore accru après 1949 sur le fondement de la réalisation des valeurs constitutionnelles, vivement encouragée par la Cour constitutionnelle fédérale, qui énonce régulièrement depuis 1950 que les juridictions « spécialisées » (civiles, pénales, administratives etc.) doivent faire une application directe des normes constitutionnelles et interpréter (voire écarter) la loi au prisme de celles-ci. La jurisprudence occupe une place considérable dans la vie juridique allemande.

En revanche, les progrès technologiques n'ont pas encore fait évoluer la notion et le rôle de la jurisprudence, même si la question de l'*open data* est actuellement débattue (V. sous *question 7*) et si le gouvernement fédéral s'est efforcé, à compter du début des années 2000, de faciliter l'accès à certaines décisions de justice sur un portail internet.

4. La notion de jurisprudence y recouvre-t-elle seulement les décisions rendues par les juridictions supérieures ou s'entend-on pour y inclure les décisions rendues par certaines autres juridictions, de première instance ou de deuxième degré ? Et si oui, lesquelles et pour quelles raisons/sur quels fondements ?

Le terme de « jurisprudence » (*Rechtsprechung, Judikatur*) est également utilisé pour les juridictions du fond. On distingue ainsi entre la *höchstrichterliche Rechtsprechung* (jurisprudence suprême, émanant d'une des cinq Cours fédérales¹⁵) et la *Instanzrechtsprechung*

¹⁵ Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof* à Karlsruhe) pour le droit civil, commercial et pénal – Cour fédérale du Travail (*Bundesarbeitsgericht* à Erfurt) – Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht* à Leipzig) pour le contentieux administratif général – Cour fédérale du Contentieux social (*Bundessozialgericht* à Cassel) pour le contentieux social de droit public - Cour fédérale des Finances (*Bundesfinanzhof* à Munich) pour le contentieux fiscal.

(qu'on pourrait traduire par jurisprudence des juridictions du fond). Cela résulte notamment de la situation exposée dans la réponse à la *question 3*, mais pas uniquement. La terminologie utilisée permet donc de constater l'existence d'une jurisprudence des Hautes juridictions (celle dont la portée normative est particulièrement forte) et d'une jurisprudence des juridictions inférieures, laquelle s'incline devant les décisions de la Haute juridiction fédérale, mais s'épanouit d'autant plus que la jurisprudence fédérale est encore inexistante, hésitante, ou ne s'est pas clairement prononcée sur la constellation de faits que le juge du fond a à juger. La jurisprudence des juridictions du fond était particulièrement significative dans certains domaines dans lesquels – avant le 1^{er} janvier 2001 – statuait en première instance le tribunal cantonal (*Amtsgericht*, AG) et en appel le tribunal régional (*Landgericht*, LG), dont les décisions ne pouvaient faire l'objet d'un pourvoi, si bien que pour ces champs contentieux, la Cour fédérale de Justice n'était que très difficilement¹⁶ mise en mesure d'exercer son rôle unificateur et développeur de droit. Mais encore aujourd'hui, la jurisprudence des juridictions du fond, et notamment des juridictions d'appel, est importante.

5. Quel est l'état de diffusion au public (professionnel et non-professionnel) des décisions rendues par l'ensemble des juridictions ? Quels sont les principaux vecteurs de cette diffusion ?

La diffusion au public des décisions rendues par l'ensemble des juridictions est encore assez réduite, même si elle a progressé. Les principaux vecteurs de la diffusion sont les revues juridiques et banques de données juridiques des acteurs privés. Il existe aussi, sur certains sites de juridictions d'appel (*Oberlandesgerichte*) un accès à la banque de données des décisions rendues dans le *Land*. La question de savoir combien de décisions (et lesquelles ? Toutes ou seulement certaines ?) sont ainsi mises à disposition électroniquement sur les sites internet de ces juridictions n'est pas très claire.

Il existe enfin, depuis environ quinze ans, une banque de données établie par le gouvernement fédéral [rechtsprechung-im-internet.de](https://www.rechtsprechung-im-internet.de)¹⁷, qui donne accès à un onglet par État fédéré et permet de consulter les décisions sélectionnées rendues par les différentes juridictions dudit État.

Pour des détails supplémentaires, V. réponse à la *question 7*, partie a) situation actuelle.

¹⁶ La juridiction du fond souhaitant s'écarter de la jurisprudence de la Cour fédérale de Justice devait consulter obligatoirement celle-ci (*Vorlegungsverfahren*, sorte de renvoi préjudiciel), par exemple dans les litiges en matière locative. La Haute juridiction se prononçait alors seulement abstraitement sur la question de droit, sans statuer sur l'affaire, sauf cas exceptionnels, V. F. Ferrand, *Cassation française et Revision allemande*, Paris, Puf éd., 1993, n° 16. Mais on sait combien le maniement du renvoi préjudiciel peut être flexible...

¹⁷ <https://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/page/bsjrsprod.psml>.

6. Quel usage les praticiens (avocats, administrations, organisations privées, juges des juridictions supérieures et inférieures notamment) et les universitaires font-ils, d'ores et déjà, des décisions rendues par les juridictions de degrés inférieurs ?

Il n'est pas rare que des décisions émanant des juridictions du fond soient citées tant dans les écritures des avocats que dans les décisions des juridictions elles-mêmes, qu'elles soient de première, deuxième ou même troisième instance (l'instance de révision – *Revisionsinstanz*, équivalent de l'instance de cassation – est en effet considérée comme une troisième instance).

L'**avocat** qui plaide en première instance ou en appel n'hésitera pas à faire référence à la jurisprudence non seulement de la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*) mais également de la juridiction devant laquelle il plaide ainsi que de juridictions de même degré (ou de degré supérieur s'il plaide en première instance). Il se référera notamment aux décisions des juridictions du fond parce qu'il n'y a pas encore d'arrêt de principe de la Cour fédérale de Justice sur la question juridique posée par l'affaire, ou parce qu'il entend démontrer que les faits de l'espèce ne relèvent pas de la position juridique de principe précédemment formulée par la Cour fédérale de Justice¹⁸ et mérite donc une solution différente, au soutien de laquelle pourront venir des décisions des juridictions de première instance ou d'appel.

La **Cour fédérale de Justice** elle-même, qui motive longuement, de façon très structurée et pédagogique ses décisions à l'intention des juges du fond mais aussi de l'ensemble de la communauté des juristes, n'hésite pas à faire régulièrement référence, dans ses motifs, à des décisions émanant des juridictions du fond. Elle a en effet besoin de la richesse des décisions des juridictions du fond pour pouvoir envisager les hypothèses de fait (dans toutes leurs nuances) sur lesquelles se prononcer. Lorsque la Cour fédérale de Justice se réfère à des décisions des juges du fond, elle le fait parfois aussi pour étayer ses propres affirmations, ou pour exposer l'état de division jurisprudentielle sur une question sur laquelle elle prend ensuite position. Il semble également qu'elle veuille par là témoigner de sa connaissance de la production jurisprudentielle des juridictions inférieures et se confronter à elle, à sa richesse puisée dans les situations factuelles, dans un dialogue clarificateur, plutôt que de l'ignorer et de formuler sa position et ses motifs « hors sol ». D'une certaine façon, la Cour fédérale de Justice, en montrant sa connaissance des décisions du fond, entend situer sa propre jurisprudence dans ce terrain de fait et en renforcer ainsi l'acceptabilité. La Haute juridiction cite également très fréquemment la doctrine (et sa division dans certains cas) pour exposer les positions théoriques, les solutions proposées, et ensuite affirmer son propre point de vue.

V. par ex. pour des références à des décisions des juridictions du fond (les arrêts sont très nombreux en ce sens ; quelques-uns, récents, ont été choisis pour illustrer la pratique)

- **C. féd. Justice (BGH), 12 nov. 2021, V ZR 204/20** : cet arrêt qui porte sur le droit de la copropriété par appartements fait référence à plusieurs reprises à des jugements de première instance rendus par des tribunaux cantonaux (*Amtsgericht, AG*), comparables

¹⁸ La Cour fédérale de Justice a en effet l'habitude de se référer très fortement aux faits de l'espèce donnant lieu au pourvoi lorsqu'elle pose une solution de principe, si bien que celle-ci pourra être affinée, voire modifiée, en présence d'une situation de fait légèrement différente. La Haute juridiction ne veut pas – par des formules trop abstraites et générales – préjuger de certaines distinctions qu'il conviendrait de faire entre les hypothèses de fait.

aux anciens tribunaux d'instance français, et par des tribunaux régionaux (*Landgericht, LG*, comparable aux anciens tribunaux de grande instance)¹⁹ ;

- **C. féd. Justice (BGH), 12 janvier 2022, XII ZR 8/21** à propos de la fermeture d'un magasin pendant la pandémie et des conséquences à en tirer sur le plan du droit du bail (arrêt de principe selon lequel le preneur a droit à un ajustement du montant du loyer en cas de fermeture des commerces ordonnée par les pouvoirs publics, car cela constitue une perturbation du fondement contractuel, *Störung der Geschäftsgrundlage*)²⁰ ;

- **C. féd. Justice (BGH), 27 oct. 2021, VII ZB 7/21** à propos de l'interprétation d'une transaction mettant fin au procès et de la notion de « frais de la procédure » contenue dans le texte de la transaction²¹.

On relèvera également que **diverses revues juridiques** (notamment la *Zeitschrift für Familienrecht, FamZ* pour le droit de la famille, ou encore la revue de droit international privé *IPrax*²², publient très régulièrement des décisions émanant des juridictions d'appel – *Oberlandesgericht (OLG)*, à Berlin *Kammergericht (KG)* – et même parfois des décisions de première instance lorsqu'elles abordent des questions nouvelles ou apportent une facette ou une réponse intéressante à une question ayant d'ores et déjà donné lieu à de nombreuses décisions.

Quant à la **doctrine**, si elle a tendance à se référer plus volontiers aux arrêts de la Cour fédérale de Justice ou d'autres juridictions fédérales, elle n'hésite pas pour autant à citer des décisions des juridictions du fond, surtout dans la production doctrinale sous forme de « *Kommentar* » très prisée en Allemagne, qui consiste (pour des universitaires, mais aussi des

¹⁹ N° 10 et 27 de l'arrêt : référence à un jugement du LG de Munich ; N° 25 : référence à des jugements du AG de Hambourg-St Georg et du AG Suhl, pour soutenir la position développée par la Cour fédérale de Justice.

²⁰ N° 19 de l'arrêt : référence à des décisions du LG Munich II pour écarter sa position et en retenir une autre, soutenue par des juridictions d'appel de Munich, Berlin, Francfort ainsi que par un jugement du LG Munich I et un autre du LG de Mönchengladbach. La doctrine est également citée à l'appui des deux positions opposées. La Cour fédérale de Justice confirme ensuite la position majoritaire. Extrait :

« a) Zwar wird in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum teilweise die Auffassung vertreten, der Gesetzgeber habe mit Einführung dieser Vorschrift durch Art. 5 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19- Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020 (BGBl. I S. 569) eine Sonderregelung getroffen, mit der die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf die Rechte und Pflichten von Mietvertragsparteien abschließend geregelt werden sollten (vgl. Jung BB 2021, 329, 331 f.; Klimesch/Walther ZMR 2020, 556, 557; LG München II Urteil vom 6. Oktober 2020 - 13 O 2044/20 - BeckRS 2020, 34263). Die überwiegende Auffassung lehnt mit dem Berufungsgericht eine entsprechende Sperrwirkung des Art. 240 § 2 EGBGB hingegen ab (ebenso OLG München NJW 2021, 948, 950; KG GE 2021, 570, 572; OLG Frankfurt NZM 2021, 395, 396 f.; LG Mönchengladbach Urteil vom 2. November 2020 - 12 O 154/20 - BeckRS 2020, 30731 Rn. 39; LG München I Urteil vom 25. Januar 2021 - 31 O 7743/20 - BeckRS 2021, 453 Rn. 53 ff.; MünchKommBGB/Häublein 8. Aufl. EGBGB Art. 240 § 2 Rn. 6; BeckOGK/Martens [Stand: 1. Oktober 2021] BGB § 313 Rn. 239; BeckOGK/Geib [Stand: 1. Oktober 2021] EGBGB Art. 240 § 2 Rn. 18 und 20; BeckOK BGB/Wiederhold... ». V. aussi les références à des décisions de première et deuxième instance aux n° 27 et s. de l'arrêt.

²¹ Référence n° 14 de l'arrêt à des décisions émanant du LG de Klewe, des OLG de Coblenz, Karlsruhe, Düsseldorf, Hamm...

²² Ainsi, dans le premier cahier de 2022 de la revue *IPrax* (revue de droit international privé et de procédure internationale) sont publiées une décision de première instance du tribunal régional (LG) de Francfort/Main à propos de la date de conclusion d'une convention de prorogation de for (sur presque 6 pages), une décision du tribunal régional supérieur de Hambourg (OLG) relative à une question préalable de l'existence d'un mariage dans le cadre d'une affaire de filiation. Sont également résumées 5 arrêts d'appel, 5 décisions de tribunaux régionaux et 3 de tribunaux cantonaux (1^{ère} instance).

magistrats et des avocats) à commenter un code article par article. Un examen rapide par exemple du *ZPO Kommentar* de procédure civile de Musielak/Voit (19^{ème} éd. 2022, Vahlen éd.) atteste que les notes de bas de page contiennent régulièrement des références à des arrêts d'appel des *Oberlandesgerichte*, parfois même à des décisions de première instance (moins nombreuses toutefois). Tout dépend, là encore, du sujet traité. Ainsi, les §§ du ZPO relatifs au pourvoi ne contiennent pratiquement aucune référence à des décisions des juges du fond, alors que d'autres dispositions de procédure civile sont commentées à l'aide de telles décisions. De même, le commentaire sur la loi de procédure familiale (FamFG) dirigé par M. Haußleiter (2^{ème} éd. 2017, Beck éd., Munich) contient de très nombreuses références à des arrêts de cours d'appel (on trouve en revanche très peu de jugements de première instance). La jurisprudence du fond est citée lorsqu'il n'y a pas de décision de la Cour fédérale sur la question, ou lorsque la décision du fond vise une hypothèse un peu différente de celle sur laquelle un arrêt de principe a été rendu par la Haute juridiction. Ou encore pour montrer comment est appréciée telle ou telle notion juridique.

7. L'augmentation de la diffusion de ces dernières décisions est-elle d'actualité et, le cas échéant, que vous semble-t-elle augurer de l'importance accordée à la « jurisprudence » des juges de degré inférieur (première et deuxième instances) ? En contrepoint, quelle pourrait être, selon vous, l'évolution du rôle des juridictions supérieures, voire celui de la loi confrontée conjointement à la jurisprudence des juridictions supérieures et à la « jurisprudence » des juridictions de la base ?

a) La situation actuelle

L'Allemagne étant un État fédéral, les juridictions de première et deuxième instance sont placées sous la responsabilité des États fédérés (*Länder*) tandis que les juridictions faîtières sont fédérales. Actuellement, le droit allemand ne prévoit que des dispositions très parcellaires sur la publication des décisions de justice, les règles variant selon les *Länder*.

Ainsi par exemple, le § 5 de la *Landesgesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung* (AGVwGO RLP, loi régionale d'application du code de justice administrative) de Rhénanie du Nord-Palatinat dispose que « le tribunal administratif supérieur²³ publie ses décisions dans la mesure où elles présentent une importance de principe (*grundsätzliche Bedeutung*). Le choix est effectué par le bureau présidentiel (*Präsidium*) ». Pour la Bavière, le § 9 de la loi régionale d'application du code de justice administrative (AGVwGO BY) énonce également que « la cour administrative²⁴ doit publier ses décisions dans la mesure où elles présentent une importance de principe. Le choix est effectué par le bureau présidentiel ». Le bureau présidentiel (*Präsidium*) doit, en vertu du § 21a de la loi sur l'organisation juridictionnelle²⁵ être établi auprès de chaque juridiction. Il se compose du

²³ Cette juridiction correspond à la cour administrative d'appel.

²⁴ Également équivalent de la cour administrative d'appel française.

²⁵ *Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*.

président de la juridiction ainsi que d'un nombre de magistrats qui dépend du nombre total de postes de magistrats au sein de la juridiction²⁶.

L'obligation de publier les décisions de justice a en Allemagne une assise constitutionnelle ; elle est en effet fondée sur le principe d'État de droit²⁷, l'obligation de protection juridictionnelle effective²⁸, le principe démocratique ainsi que celui de séparation des pouvoirs, a jugé la Cour constitutionnelle fédérale²⁹. Mais l'obligation ne porte *que sur les décisions « dignes de publication »* (*veröffentlichungswürdig*), c'est-à-dire celles pour lesquelles le public a ou peut avoir un intérêt à les voir publiées et à en prendre connaissance. Cette obligation de publication des décisions « *à la publication desquelles le public a ou peut avoir un intérêt* » avait été posée déjà en 1997³⁰ par la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht*, homologue du Conseil d'État français), qui indiqua dans sa décision que

« Cette obligation découle du principe de l'État de droit, ainsi que du devoir de protection juridictionnelle, du principe de démocratie et du principe de la séparation des pouvoirs : les décisions de justice concrétisent les dispositions des lois ; elles procèdent également au développement du droit (cf. également § 132, al. 4 GVG). Dès lors, la publication des décisions de justice revêt une importance comparable à la promulgation de normes juridiques. Le citoyen doit pouvoir savoir de manière fiable, surtout dans un ordre juridique de plus en plus complexe, quels sont ses droits et quelles sont ses obligations ; les possibilités et les perspectives d'une protection juridique individuelle doivent être à peu près prévisibles pour lui. Sans une publicité suffisante de la jurisprudence, cela n'est pas possible. La jurisprudence dans un État de droit démocratique et surtout dans une société de l'information doit en outre - comme les autres pouvoirs de l'État - se soumettre à la critique publique. Il ne s'agit pas là seulement de pouvoir remettre en question, dans l'opinion publique, une certaine évolution de la jurisprudence qui serait critiquable. Le citoyen doit également avoir accès aux décisions déterminantes afin d'être en mesure d'influencer une évolution juridique qu'il considérerait comme préoccupante en vue d'une modification (de la loi). Le principe démocratique ainsi que le principe de limitation réciproque des pouvoirs, qui est propre au principe de la séparation des pouvoirs, exigent qu'il soit également possible, par le biais de la formation de l'opinion publique, de donner une impulsion à une correction parlementaire des résultats par lesquels le pouvoir judiciaire contribue au développement du droit. Enfin, le bon fonctionnement de l'administration de la justice pour le développement du droit est assuré si la publication des décisions judiciaires permet un débat scientifique. L'obligation des juridictions de rendre leurs décisions accessibles au public pour information ne nécessite, au vu de la situation constitutionnelle, aucune réglementation législative spéciale, laquelle ne pourrait avoir qu'une portée clarificatrice. »

La Cour administrative fédérale a précisé dans la même décision que préalablement à la publication, une anonymisation ou « neutralisation » de la décision doit être réalisée. Elle a ajouté que l'obligation de publication vaut pour toutes les juridictions, notamment celles dites

²⁶ 10 magistrats sont élus si la juridiction a au moins 80 postes de magistrat ; 8 si elle a au moins 50 postes ; 6 si elle a au moins 29 postes ; 4 si elle en a au moins 8.

²⁷ *Rechtsstaatsgebot*.

²⁸ *Justizgewährungspflicht*.

²⁹ C. const. féd. (BVerfG), 14 sept. 2015, A BvR 857/15, NJW 2015. 3707. V. aussi C. féd. Justice (BGH), 5 avr. 2017, IV AR (VZ) 2/16, juris.

³⁰ C. adm. féd. (BVerwG), 26 févr. 1997, 6 C 3/96, BVerwGE 104 (et plus spéc. 105).

supérieures, et que le critère d'intérêt de la publication (*Veröffentlichungswürdigkeit*) ne se limite pas aux décisions des Hautes juridictions, car tous les litiges concernant des questions de principe ou d'intérêt général ne leur parviennent pas. La Cour administrative fédérale indique enfin que l'intérêt de la publication doit s'apprécier du point de vue de celui que la publication entend atteindre.

Un rapport des présidents de cour d'appel, du Tribunal régional suprême de Bavière et de la Cour fédérale de Justice de 2020³¹ prônant diverses modifications de la procédure civile, indique que dans la pratique judiciaire, les décisions ne sont pas autant publiées que cela serait souhaitable, et ce pour plusieurs raisons :

- La question de savoir si une décision est « digne de publication » est interprétée de façon très variable selon la formation de jugement et ne repose pas toujours sur l'intérêt présumé du public à pouvoir prendre connaissance de la décision ;
- La charge de travail des magistrats les empêche souvent de s'interroger sur la sélection des décisions qu'il conviendrait de publier ;
- La crainte de se soumettre, en laissant la décision accéder à la publication, à une critique des publics spécialisés³².

Accès aux décisions rendues par la Cour fédérale de Justice : si l'on va par exemple sur le site de la Cour fédérale de Justice³³, à l'onglet Décisions (*Entscheidungen*), on voit l'encadré ci-dessous, qui indique l'accès à la banque des décisions rendues par la Cour à compter du 1^{er} janvier 2000 (elles sont accessibles sans difficulté). Il est précisé en dessous les règles applicables pour un « usage commercial » (*gewerbliche Nutzung*) des décisions : celles rendues jusqu'au 31 décembre 1999 peuvent être demandées à la Cour par écrit, moyennant un coût de 0,50 € la page jusqu'à 50 pages et de 0,15 € la page au-delà. Pour les décisions rendues à compter du 1^{er} janvier 2000 (accessibles électroniquement), il est demandé une somme forfaitaire de 1,50 € par document demandé. Un lien renvoie à un formulaire en ligne qui permet de formuler sa demande.

³¹ « *Bürgerfreundlicher, effizienter und ressourcenschonender* », V. *Modernisierung des Zivilprozesses, Diskussionspapier*, 2020, p. 2. Le rapport est consultable sur le site : www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/diskussionspapier_ag_modernisierung.pdf (dernière consultation: 11 janv. 2022).

³² V. l'étude de R. WALKER, « Die richterliche Veröffentlichungspraxis », *Jur PC Web-Dok*, 34/1998, n° 58, qui retrace en outre les pratiques de publication : les magistrats qui adressaient une décision à un éditeur touchaient un honoraire pouvant aller de 20 à 200 Deutsche Mark (10 à 100 €), certains éditeurs payant mieux que d'autres et obtenant ainsi les décisions plus aisément ; cette pratique semble perdurer aujourd'hui, au moins partiellement. R. Walker en déduisait que la pratique de publication des juridictions allemandes était guidée dans une large part par les intérêts financiers des magistrats (qui, eux, faisaient valoir que l'honoraire versé était destiné à indemniser la sélection des décisions, leur remaniement en vue de la publication – choix des passages etc. -, ainsi que l'anonymisation). L'article de R. Walker expose l'organisation mise en place au sein des juridictions pour trier les décisions à publier puis les adresser aux éditeurs moyennant paiement (au sein de la juridiction était par exemple constituée une association ou société chargée de ces tâches et qui touchait des éditeurs les honoraires). L'auteur explique également (n° 140 s.), à l'aide d'études empiriques et de témoignages de magistrats, que les différences dans les pratiques de publication des décisions de justice tendaient à favoriser les plaideurs professionnels, qui faisaient tout pour faire diffuser les jugements en leur faveur, au détriment de la partie adverse.

³³ https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html (dernière consultation : 20 janv. 2022).

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ab 2000

➔ [Zugang zur Entscheidungsdatenbank des Bundesgerichtshofs](#)

In dieser externen Datenbank finden Sie Entscheidungen des Bundesgerichtshofs **ab 1. Januar 2000**, die Sie **für nicht gewerbliche Zwecke** kostenlos herunterladen können. Bitte beachten Sie die Hinweise zur Nutzung der Datenbank.

MEHR

Gewerbliche Nutzung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs

Entscheidungen **bis zum 31. Dezember 1999** können Sie beim Entscheidungsversand des Bundesgerichtshofs schriftlich anfordern. Bis 50 Seiten beträgt die Schreibgebühr 0,50 Euro pro Seite, für jede weitere Seite 0,15 Euro.

Für Entscheidungen **ab dem 1. Januar 2000**, die elektronisch vorliegen, wird eine Dokumentenpauschale in Höhe von 1,50 Euro pro Dokument erhoben.

Richten Sie Ihre Anforderung bitte an den Bundesgerichtshof, Entscheidungsversand, 76125 Karlsruhe, per Fax an 0721 159-5705 oder mithilfe des [Kontaktformulars direkt an den Entscheidungsversand](#). Mit dem Absenden der Anforderung erkennen Sie die Verpflichtung zur Zahlung an.

En outre, il convient de préciser qu'en 1985 a été créée la SARL (GmbH) Juris, à laquelle le gouvernement fédéral (associé majoritaire) entendait confier la mission de mettre en place un système d'information juridique assisté par ordinateur, en collaboration avec la Cour constitutionnelle fédérale et les cours supérieures de la Fédération. Depuis 2007, la société Juris propose une recherche croisée intégrée sur tous les contenus auxquels l'utilisateur a accès. L'objectif est de mettre à disposition du public un certain nombre de documents et décisions. La sélection et l'exploitation documentaire des données juridiques pertinentes pour les bases de données Juris Jurisprudence, Bibliographie, et Règlements administratifs sont assurées par les services de documentation de la Cour constitutionnelle fédérale et des cinq Cours suprêmes fédérales³⁴. Une des critiques formulées envers Juris est que la société laisse aux juridictions le soin de décider quels arrêts et décisions doivent être intégrés dans la base de données. Juris ne représente donc pas une documentation complète de la jurisprudence allemande³⁵. En outre, l'accès y est payant.

³⁴ La base de données de jurisprudence est complétée par le dépouillement de plus de 600 revues juridiques spécialisées par les propres services de documentation de Juris. De plus, des éditions en ligne de commentaires, de manuels et de revues spécialisées d'éditeurs juridiques sont distribuées par Juris.

³⁵ Une évaluation quantitative réalisée fin 2017 a révélé que pour la période 2006-2016, seuls 9,4 % (2015) et 31,2 % (2009) des décisions rendues dans toutes les procédures terminées de la XI^{ème} chambre civile de la Cour fédérale de Justice étaient disponibles. La moyenne de publication sur onze ans est de 21,7 %. Pour les périodes antérieures, le stock serait encore plus lacunaire et apparemment, il ne serait pas fait pas grand-chose pour y remédier, V. C. COUPETTE et A. M. FLECKNER, « *Quantitative Rechtswissenschaft. Sammlung, Analyse und Kommunikation juristischer Daten* », *Juristenzeitung (JZ)* 2018. 379 et plus spéc. 381 s.

Aujourd'hui, si l'on va sur le site (gratuit) [rechtsprechung-im-internet.de](https://www.rechtsprechung-im-internet.de)³⁶ qui est porté par le ministère fédéral de la Justice et l'office fédéral de la justice (*Bundesamt für Justiz*), on trouve en page d'accueil le message suivant :

Jurisprudence sur Internet

Le ministère fédéral de la Justice et l'Office fédéral de la justice mettent gratuitement à la disposition des citoyens intéressés une sélection de décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, des Cours suprêmes fédérales ainsi que du Tribunal fédéral des brevets sur Internet à partir de l'année 2010. Les décisions sont anonymisées et sont en principe publiées en intégralité. La base de données est actualisée quotidiennement.

Les décisions sont disponibles dans tous les formats proposés pour une utilisation et une réutilisation libre. Vous trouverez une explication des options de téléchargement sous "Remarques". Vous y trouverez également des informations complémentaires sur les offres supplémentaires des tribunaux.

Le lien Jurisprudence d'autres juridictions vous permet d'accéder au portail de la justice de la Fédération et des Länder avec des renvois aux offres Internet des juridictions fédérales et des administrations judiciaires des Länder.

Le lien Lois sur Internet vous permet de consulter gratuitement la quasi-totalité du droit fédéral actuel.

Le lien Règlements administratifs sur Internet vous permet d'accéder à une vaste base de données contenant les règlements administratifs actuels des autorités fédérales suprêmes.

Le lien N-Lex vous permet d'accéder à un portail qui offre un accès centralisé aux bases de données juridiques dans les différents pays de l'UE.

Lorsque l'on clique sur « Jurisprudence d'autres juridictions » apparaissent 17 liens (un pour la fédération, les autres pour les seize *Länder*). Pour les *Länder*, le lien correspondant conduit à une banque de données jurisprudentielles au format et à la présentation variés (puisque relevant de la compétence et de la responsabilité de chaque *Land*). Pour la Bavière par exemple s'affiche le nombre de décisions disponibles par ordre de juridiction³⁷, ce qui n'est pas le cas pour le Bade-Wurtemberg. Suivant la page, l'accès est plus ou moins aisé à la jurisprudence recherchée. Et en aucun cas, la base de données ne contient l'ensemble de la production des juridictions allemandes.

La situation d'accès encore restreint, voire restrictif, à cette production juridictionnelle, est critiquée par certains auteurs, qui soulignent le nombre insuffisant de décisions accessibles en Allemagne³⁸ mais aussi le manque de transparence en matière de choix de publication³⁹. Il a

³⁶ <https://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/page/bsjrsprod.psml>.

³⁷ Puis, au sein de l'ordre de juridiction, par type de juridiction, par exemple tribunaux cantonaux, régionaux, régionaux supérieurs, V. par ex. <https://www.gesetze-bayern.de/Search/Hitlist>.

³⁸ V. H. SULIAK, « Predictive Analysis : Vohersehen, wie der Rechtsstreit ausgeht », *Legal Tribunal Online*, 24.2.2018, consultable sur : www.lto.de/persistent/a_id/27193/. V. également W. KUNTZ, « Quantität gerichtlicher Entscheidungen als Qualitätskriterium juristischer Datenbanken », *JurPC Web-Dok.* 12/2006, n° 44 s., qui indique que si la publication des décisions des Hautes juridictions allemandes s'est considérablement améliorée (grâce à internet) entre 2000 et 2004 par rapport à la période 1989-1994, il n'en va guère de même des décisions des juridictions du fond, dont au maximum 5% étaient accessibles au public sur la période 2000-2004.

³⁹ R. WALKER, « Die richterliche Veröffentlichungspraxis », préc., *Jur PC Web-Dok* 34/1998, n° 156 s.

ainsi été relevé en 2018 que sur 536 000 jugements rendus par les tribunaux cantonaux (*Amtsgerichte*) en 2015, seulement 3 300 étaient accessibles (ce qui correspond à 0,6%), ce qui ne permet aucunement une analyse de prévisibilité de la solution qui sera donnée au litige. Une auteure⁴⁰ indique également qu'une recherche sur le site internet privé juris (sur abonnement) sans limitation d'années donne comme résultat pour un gros tribunal régional (*Landgericht*, tribunal de grande instance) seulement 10 555 décisions alors qu'il en rend plus de 21 000 par an, et 1 803 pour le tribunal régional de Munich alors que plus de 77 000 décisions sont rendues chaque année par les tribunaux régionaux dans le ressort de la juridiction d'appel de Munich. On notera d'ailleurs que si, aujourd'hui, toutes les décisions de la Cour fédérale de Justice rendues depuis le 1^{er} janvier 2000 sont accessibles sur son site internet (même certaines décisions non motivées rejetant le recours en contestation du refus d'autorisation de pourvoi par la juridiction d'appel), il n'en va pas de même des arrêts antérieurs. La production des juridictions du fond est très peu publiée, et quand elle l'est, c'est souvent par des acteurs privés qui font payer les abonnements, que ce soit aux revues juridiques ou aux banques de données en ligne (juris, beck online...).

L'examen des sites internet de plusieurs juridictions d'appel (*Oberlandesgerichte*, OLG)⁴¹ fait apparaître qu'aucune décision de ces juridictions ne figure sur le site (Berlin, Coblenze, Cologne, Dresde, Francfort/Main, Hambourg, Hamm, Munich, Rostock). On trouve parfois des communiqués de presse, mais la décision elle-même n'est pas accessible. En revanche, sur le site des OLG de Braunschweig, Celle et Oldenburg, on a accès à la banque de données jurisprudentielles de la justice de Basse-Saxe qui contient plus de 4 000 arrêts de ces trois juridictions d'appel⁴² ; il en va de même sur le site des OLG de Karlsruhe⁴³ et Stuttgart⁴⁴ pour le Bade-Wurtemberg et sur le site de l'OLG de Düsseldorf pour la Rhénanie du Nord-Westphalie⁴⁵. Il est toutefois impossible de connaître l'étendue de l'accès au regard du nombre de décisions rendues. L'accès le plus aisé au fonds disponible des décisions des juridictions inférieures est par le site fédéral [rechtsprechung-im-internet.de](https://www.rechtsprechung-im-internet.de) mentionné plus haut qui, le cas échéant, renvoie à la banque de données régionale.

⁴⁰ V. HOCH, « Big Data und Predictive Analysis im Gerichtsprozess », *MMR* 2020. 295, note 28. L'auteure relève ainsi qu'un très faible pourcentage de décisions des juridictions du fond sont accessibles car publiées, ce qui rend très difficile l'usage fiable d'outils d'intelligence artificielle visant à prévoir l'issue d'un litige.

⁴¹ Il existe actuellement 24 *Oberlandesgerichte* en Allemagne.

⁴² V. <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.juris.de/jportal/portal/page/bsndprod.psml>.

⁴³ <https://oberlandesgericht-karlsruhe.justiz-bw.de/pb/Lde/Startseite/Entscheidungen>. De très nombreuses décisions de première instance et d'appel sont accessibles. Une précision figure en haut de page : « *Landesrechtsprechung Baden-Württemberg. In der Landesrechtsprechungsdatenbank stehen Ihnen die Entscheidungen der Gerichte und Staatsanwaltschaften in Baden-Württemberg im Volltext zur Verfügung. Der kostenfreie Abruf der Entscheidungen zur eigenen Information - einschließlich der Nutzung zur individuellen Rechtsberatung, insbesondere durch Rechtsanwälte - ist zulässig. Nicht gestattet ist die Weiterverarbeitung zur darüber hinausgehenden gewerblichen Nutzung* » (« jurisprudence régionale du Bade-Wurtemberg. Dans la banque de données de jurisprudence régionale sont mises à votre disposition *in extenso* les décisions des juridictions et du ministère public de Bade-Wurtemberg. La consultation gratuite des décisions pour information personnelle, de même que leur utilisation pour conseil juridique individuel par les avocats, est licite. Est en revanche prohibé le traitement en vue d'une utilisation commerciale dépassant ce cadre »).

⁴⁴ <https://oberlandesgericht-stuttgart.justiz-bw.de/pb/Lde/Startseite/Entscheidungen>.

⁴⁵ <https://www.justiz.nrw/BS/nrwe2/index.php>.

b) Les pistes d'évolution envisagées

En mai 2019, les présidents des cours d'appel allemandes, du Tribunal régional suprême de Bavière (*Bayerisches Oberstes Landesgericht*) et de la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*) ont décidé, lors de leur 71^{ème} rencontre annuelle, après avoir constaté que « *des mesures législatives étaient nécessaires pour utiliser de façon pertinente les nouvelles technologies dans le procès civil* » afin de rendre ce dernier « *plus aisé pour le justiciable, plus efficace et plus économe en ressources* »⁴⁶, de formuler des propositions concrètes d'adaptation du Code allemand de procédure civile (*Zivilprozessordnung*, ZPO). Le résultat de ce travail a été publié sous la forme d'un « document de travail » (*Diskussionspapier*) de plus de 100 pages sous le titre « *Modernisierung des Zivilprozesses* » qui contient nombre de propositions intéressantes.

Ce document de travail publié en 2020 étend ses préconisations au-delà du procès puisqu'il souhaite, afin de renforcer la confiance en la justice par davantage de transparence⁴⁷, qu'une réglementation intervienne en matière de publication des décisions de justice pour que celles-ci, à condition qu'elles portent sur une question de principe (*grundsätzliche Bedeutung*), soient plus facilement accessibles. On voit qu'on est loin d'une « République numérique » telle que proclamée en France, puisqu'en Allemagne, il n'est nullement question de rendre accessibles par voie électronique tous les jugements et arrêts, mais seulement ceux jugés « *veröffentlichungswürdig* » (dignes de publication)⁴⁸.

Le rapport justifie la publication – néanmoins restreinte – par les principes constitutionnels d'État de droit, de garantie d'une protection juridictionnelle, de démocratie et de séparation des pouvoirs. La Bavière, elle, a décidé de procéder à la publication de toutes les décisions dénommées *Urteile* après anonymisation. Le modèle français, tel que posé par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, est écarté par le rapport des présidents de juridictions au motif que (p. 70 s.) si une telle publication totale peut permettre aux magistrats et aux justiciables d'avoir une vue d'ensemble sur les décisions rendues à propos d'une question de droit déterminée, une telle quantité de décisions peut être excessive car aucune présélection par les juridictions n'aurait eu lieu et que la formulation de résumés des principes posés par tant de décisions ne pourrait être garantie. En outre, l'anonymisation automatisée ne serait pas encore « suffisamment effective » pour éviter toute déduction quant à l'identité des parties.

Le rapport propose seulement qu'une loi fédérale impose la publication de décisions à portée normative (la pratique des juridictions étant très variable en la matière) en énonçant des critères clairs ; en outre, ce ne devrait plus être, contrairement à certaines dispositions

⁴⁶ « *Bürgerfreundlicher, effizienter und ressourcenschonender* », V. *Modernisierung des Zivilprozesses, Diskussionspapier*, op. cit., 2020, p. 2.

⁴⁷ Un objectif régulièrement réitéré en Allemagne ces dernières années.

⁴⁸ *Modernisierung des Zivilprozesses, Diskussionspapier*, op. cit., p. 70. Dans le même sens, D. ESSER, « Die Veröffentlichungspflicht der Gerichte und das Internet », *Jur-PC Web-Dok.* 119/2001, n° 12 s., selon lequel « *l'obligation de publication des juridictions ne porte que sur une partie de l'ensemble des décisions. Il va de soi, mais cela découle toutefois de la décision précitée, qu'une obligation de publier toutes les décisions de justice n'existe pas* » ; « *Une interprétation différente conduirait non seulement à un flot d'informations insusceptible d'être maîtrisé, mais dépasserait en outre le seuil de la désinformation* ».

régionales⁴⁹, l'assemblée présidentielle (*Präsidium*) de la juridiction, mais la chambre qui a rendu la décision qui décide de la publication (ce qui se passe déjà dans certaines juridictions).

Pour l'heure, il ne semble pas être question d'une mise à disposition électronique gratuite de *toutes* les décisions rendues par les juridictions allemandes, et il est clair que les présidents des juridictions d'appel ainsi que la présidente de la Cour fédérale de Justice n'y sont pas favorables.

c) La place des décisions des juridictions de degré inférieur

Comme cela a déjà été mentionné et illustré (V. *question 6*), les décisions des juridictions inférieures – lorsqu'elles sont diffusées – le sont assez régulièrement dans les banques de données privées, ou sont publiées par les revues juridiques et citées par la Cour fédérale de Justice dans ses arrêts. La citation par la Cour fédérale de Justice peut avoir lieu pour renforcer sa position par des illustrations, ou pour mettre en exergue les divisions entre les juridictions du fond, exposer les situations de fait auxquelles elles sont confrontées ainsi que leurs prises de position et dire *in fine* quelle solution ou interprétation la Cour fédérale de Justice entend retenir. C'est en quelque sorte alors un « état des lieux » de la jurisprudence du fond à partir duquel la Haute juridiction – qui témoigne ainsi de sa connaissance des décisions inférieures sur le matériau desquels elle fonde son analyse – va élaborer sa propre jurisprudence sur la question juridique en litige.

Si les décisions des juridictions du fond sont régulièrement publiées par certaines revues juridiques, on notera que cela dépend beaucoup de la matière (ainsi, en droit de la famille, elles sont fréquemment publiées en matière d'exercice de l'autorité parentale pour illustrer, par exemple, dans quelles situations une résidence alternée – « *Wechselmodell* » - sera prononcée par le tribunal de la famille, ou encore en matière de retrait de l'autorité parentale, etc.). Il s'agit alors d'étayer la pratique des juges de la famille face à des institutions dont les conditions d'application sont très liées à la situation factuelle.

Malgré cette place faite aux décisions des juridictions du fond, le modèle allemand de l'accès au pourvoi fait de l'instance de *Revision* (cassation) une instance particulièrement centrée sur les questions de principe (contrôle normatif) puisque les trois critères alternatifs imposant au juge d'appel d'autoriser le pourvoi sont (§ 543 ZPO) : 1° l'existence d'une question juridique de principe ; 2° la nécessité d'une intervention de la Cour fédérale de Justice pour développer le droit ou 3° pour garantir l'unité de la jurisprudence. Dès lors, face à une restriction sévère à l'accès au pourvoi et au nombre plus limité qu'en France d'arrêts rendus par la Cour fédérale de Justice, on conçoit que la jurisprudence notamment d'appel prenne toute son ampleur et soit régulièrement citée par les acteurs de la justice ainsi que par la doctrine, lorsqu'elle ajoute à la jurisprudence fédérale en distinguant par exemple de nouvelles hypothèses factuelles et leurs solutions. On relèvera qu'en ce qui concerne l'accès à l'*appel* (*Berufung*), le § 511 du Code allemand de procédure civile (ZPO) prévoit que l'appel est recevable :

1° si le grief causé par la décision à la partie qui entend interjeter appel dépasse 600 €, ou bien

2° lorsque ce montant n'est pas atteint, si la juridiction de première instance a autorisé l'appel et elle doit le faire 1° en présence d'une question juridique de principe ou si 2° la nécessité

⁴⁹ Par exemple en Rhénanie-Palatinat ou en Bavière pour la juridiction administrative.

d'une intervention de la juridiction d'appel pour développer le droit ou 3° pour garantir l'unité de la jurisprudence (§ 511, al. 1 et 4, ZPO ; même critères que pour l'accès au pourvoi).

Il ne faut donc pas nier l'importance de la jurisprudence des juges du fond (surtout d'appel) en Allemagne, d'abord en raison de la structure fédérale de l'État (les juridictions du fond sont régionales, donc rattachées à un *Land*, les juridictions de dernière instance sont fédérales), ensuite en raison de l'accès restreint au pourvoi en matière civile et pénale.

Il n'en demeure pas moins que les arrêts qui fixent l'interprétation de la loi sur le plan national sont ceux de la Cour fédérale de Justice. Une illustration récente a été apportée dans le cadre du « *dieselgate* » qui a donné lieu à de très nombreuses actions en justice contre la société Volkswagen (également maintenant contre Daimler). Une difficulté est apparue, liée à la stratégie de Volkswagen de mettre fin aux procès, en cas de risque de décision qui lui serait défavorable, par une transaction intéressante pour le demandeur ayant engagé l'action en responsabilité contre la société. Cela a conduit à ce que la première décision de la Cour fédérale de Justice dans le cadre du *dieselgate* fût rendue plus de quatre ans après les premiers procès, si bien que son rôle unificateur a été retardé. Dans deux affaires relatives au *dieselgate* dans laquelle la Cour fédérale de Justice avait déjà émis une décision dénommée « *Hinweisbeschluss* »⁵⁰ au cours de la mise en état, le pourvoi avait finalement donné lieu à désistement (à la suite d'une transaction), si bien que la Cour fédérale n'était plus en mesure de rendre l'arrêt de principe attendu par de nombreuses juridictions civiles aux fins de clarification. Elle a alors décidé de publier sa « *Hinweisbeschluss* », ce qu'elle n'avait jamais fait jusqu'à présent et qui n'est pas expressément prévu par la loi, afin d'indiquer aux juridictions du fond sa position juridique. La 92^{ème} conférence des ministres de la Justice des *Länder* (JuMiKo), qui s'est tenue en juin 2021, a ainsi proposé de créer une procédure de renvoi préjudiciel à la Cour fédérale de Justice afin que soient clarifiées le plus rapidement possibles des questions de principe se posant dans les contentieux civils de masse⁵¹.

⁵⁰ Décision reposant sur le § 139 ZPO (direction matérielle du procès par le juge), qui impose au juge d'aborder avec les parties les différents aspects du litige et de poser, le cas échéant, des questions afin que les parties s'expriment en temps utile et de façon exhaustive sur tous les aspects du litige. Il n'est pas rare que dans une telle décision, la juridiction laisse apparaître le sens dans lequel elle tranchera sans doute.

⁵¹ V. à ce sujet la consultation de la Prof. Beate GSELL faite en 2019 pour le groupe parlementaire du parti Bündnis 90/Die Grünen, *Rechtsgutachtliche Stellungnahme zum Umgang mit strategischer Verhinderung oder und revisionsgerichtlicher Entscheidungen im Zivilprozess*, 27 sept. 2019, qui suggère 1° de modifier le § 173, al. 3, GVG (loi sur l'organisation juridictionnelle) dans le sens suivant : « La juridiction fait procéder à la publication des décisions finales et, le cas échéant, également des décisions intermédiaires, des décisions procédurales sous forme anonymisée, s'il peut être présumé un intérêt du public à la publication » ; 2° de créer un alinéa 4 au § 557 ZPO, lequel disposerait que « Même si, en raison d'un désistement ou de tout autre règlement de l'affaire, il n'est pas statué sur un pourvoi en révision recevable, la juridiction de révision peut, par ordonnance, statuer sur les questions de droit soulevées par le pourvoi, dans la mesure où cela s'avère particulièrement nécessaire en raison de l'importance fondamentale de la question juridique, ou pour développer le droit ou encore pour garantir une jurisprudence uniforme. Il en va de même lors du prononcé d'un jugement constatant une renonciation ou un acquiescement. ». Le groupe parlementaire des Verts a présenté une proposition en ce sens au Bundestag en octobre 2019, mais elle n'a pas été adoptée. Le document contenant la proposition (V. p. 5, document consultable sur le site du Bundestag : <https://dserver.bundestag.de/btd/19/140/1914027.pdf>, dernière consultation : 23 janv. 2022) faisait notamment valoir, au soutien également de la publication des décisions des juridictions d'appel, que « L'intérêt public (éventuel) est considéré comme une condition essentielle pour l'obligation de publication d'une décision. En revanche, le fait qu'il s'agisse d'une décision mettant fin à un procès, d'une décision ayant force de chose jugée ou d'une décision rendue publiquement n'est pas absolument déterminant. Compte tenu du grand nombre d'affaires similaires, il est difficile de nier l'intérêt public à la publication de décisions de référence des

Afin d'illustrer le champ restreint d'intervention de la Cour fédérale de Justice en matière civile et pénale, voici des extraits relatifs aux statistiques dans ces deux domaines. Les statistiques sont extraites du site de la Cour et concernent tantôt l'évolution entre 2011 et 2020, tantôt uniquement l'année 2020.

Statistiques
Cour fédérale de Justice
Chambres civiles

- 6 -

Eingegangene Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden

Vergleichende Übersicht für die letzten 10 Jahre

<u>Senate</u>	<u>2011</u>	<u>2012</u>	<u>2013</u>	<u>2014</u>	<u>2015</u>	<u>2016</u>	<u>2017</u>	<u>2018</u>	<u>2019</u>	<u>2020</u>
I	236	243	228	271	270	269	229	226	244	226
II	288	382	424	358	382	347	456	455	306	221
III	295	425	548	391	457	605	374	259	180	346
IV	274	422	447	528	560	400	322	326	355	341
V	277	301	314	291	270	306	345	324	306	277
VI	372	553	560	551	711	629	510	518	563	1353
VII	257	363	351	306	310	321	292	262	296	329
VIII	375	416	376	357	299	299	289	400	353	378
IX	212	326	297	305	252	328	292	348	303	257
X	82	103	69	66	88	69	84	119	46	76
XI	511	504	478	548	588	792	766	681	617	679
XII	139	156	195	143	161	130	127	121	149	120
XIII	-	-	-	-	-	-	-	-	23	10
Kartellsenat	25	31	31	30	20	37	34	31	26	23
Dienstgericht	-	4	6	6	4	3	2	2	3	4
Sen.f. Landw.	14	9	24	7	6	10	5	16	6	4
Zusammen	3357	4238	4348	4158	4378	4545	4127	4088	3776	4644

Source : Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2020 – Jahresstatistik, p. 6, consultable sur le site de la Cour fédérale de Justice : https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StatistikZivil/jahresstatistikZivilsenate2020.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

Ce tableau indique les pourvois reçus ainsi que les contestations du refus d'autorisation de pourvoi par la juridiction d'appel (*Nichtzulassungsgeschwerden*, NZB) sur dix ans. Il apparaît que la Cour fédérale de Justice connaît de moins de 5 000 recours chaque année, dont l'immense majorité est constituée de contestations du refus d'autorisation de pourvoi (*Nichtzulassungsbeschwerde*, NZB). Cela n'apparaît pas dans le tableau ci-dessous, qui mêle dans les statistiques pourvois autorisés et recours contestant le refus d'autorisation de pourvoi par la cour d'appel.

juridictions d'appel contenant des développements juridiques sur des litiges dans lesquels une décision d'appel ou de révision ne peut plus être rendue en raison d'un désistement. »

En revanche, le tableau ci-dessous (colonne 3) montre le nombre de contestations du refus d'autorisation de pourvoi ainsi que les demandes d'autorisation de pourvoi à saute-mouton (c'est-à-dire en contournant l'instance d'appel) et en colonne 4 les pourvois autorisés (soit par la juridiction d'appel, soit par la Cour fédérale de Justice sur recours contre le refus d'autorisation de pourvoi par le juge d'appel) sur lesquels la Cour fédérale de Justice doit donc statuer. On voit qu'en 2020, la Haute juridiction n'avait à juger que 932 pourvois.

Noch anhängige Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden

am 31.12.2020

- Aufschlüsselung der Verfahren aus Spalte 43 der Hauptübersicht - *

Senate	noch anhängige Revisionen und Nichtzulassungsbeschwerden insgesamt (Spalte 43 Hauptübersicht)*	davon	
		Nichtzulassungsbeschwer- den und Anträge auf Zulassung der Sprungrevisionen	vom Berufungsgericht oder vom BGH zugelassene Revisionen sowie Sprungrevisionen und unbeschränkt statthafte Revisionen
1	2	3	4
I	204	125	79
II	214	168	46
III	289	222	67
IV	268	208	60
V	216	163	53
VI	802	498	304
VII	378	340	38
VIII	380	274	106
IX	279	238	41
X	92	58	34
XI	502	437	65
XII	82	72	10
XIII	21	19	2
Kartellsenat	58	31	27
Senat für Landwirtschaftssachen	1	1	-
Zusammen	3786	2854	932

* ohne Dienstgericht des Bundes

Source: Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2020 – Jahresstatistik, p. 24.

Et le tableau ci-dessous indique le nombre exact - extrêmement faible - de pourvois terminés par des décisions. Cela permet de constater que la Cour fédérale de Justice ne statue effectivement que sur 400 à 800 pourvois par an. Toutes les autres décisions qu'elle rend sont des décisions examinant des contestations du refus d'autorisation de pourvoi par la juridiction d'appel (or ces décisions ne sont pas nécessairement motivées).

On comprend que face à ce nombre très réduit de décisions émanant de la plus haute juridiction en matière civile et commerciale, les arrêts rendus par les juridictions d'appel (et même parfois les jugements de première instance) bénéficient, dans les revues juridiques, de publication et soient mentionnés tant dans les écritures des avocats que dans les arrêts de la Cour fédérale de Justice.

Erledigte Revisionen

Vergleichende Übersicht für die letzten 10 Jahre

Urteile

Senate	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
I	101	87	95	68	97	80	80	58	56	48
II	70	66	55	53	31	35	37	44	32	23
III	52	46	65	54	49	37	49	30	34	21
IV	60	43	43	67	137	90	37	29	22	41
V	76	94	54	61	59	47	37	49	47	40
VI	59	66	62	58	85	106	51	51	51	44
VII	40	38	39	35	24	27	33	22	16	16
VIII	105	71	104	67	78	59	52	36	52	49
IX	72	60	62	48	49	50	56	43	44	35
X	19	28	22	22	16	30	25	19	23	10
XI	90	48	57	34	24	67	61	61	42	24
XII	44	54	31	19	17	13	6	14	8	12
XIII	-	-	-	-	-	-	-	-	-	12
Kartellsenat	7	3	7	7	10	6	9	6	9	19
Dienstgericht	4	2	3	4	5	1	7	1	2	3
Sen.f. Landw.	3	1	1	3	-	-	3	-	1	1
Zusammen	802	707	700	600	681	648	543	463	439	398

Source : Übersicht über den Geschäftsgang bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2020 – Jahresstatistik, p. 22

Statistiques

Cour fédérale de Justice

Chambres pénales

Übersicht über die Eingänge und Erledigungen von Revisionen

Vergleichende Übersicht für die letzten 10 Jahre

(1.- 6. Strafsenat)

Jahr	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
am Jahresbeginn waren anhängig	426	458	521	552	672	662	763	723	872	782
Neueingänge	2956	3031	3029	2976	2910	3042	3168	3156	3133	2980
insgesamt anhängig	3382	3489	3550	3528	3582	3704	3931	3879	4005	3762
Erledigungen insgesamt	2922	2968	2998	2856	2920	2941	3208	3007	3223	3105
davon durch Urteil	147	140	151	160	183	178	194	192	154	109
durch Beschluß gemäß § 349 Abs. 2 u. 4 StPO	2629	2687	2704	2557	2606	2634	2842	2668	2891	2850
auf andere Art	146	141	143	136	131	129	168	147	174	145
anhängig bleiben	460	521	552	672	662	763	723	872	782	657

Source : Übersicht über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2020 – Jahresstatistik, p. 16.

Consultable sur :

https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StatistikStraf/jahresstatistikStrafsenate2020.pdf?__blob=publicationFile&v=3

Terminologie :

Neueingänge = Affaires nouvelles

Insgesamt anhängig : Total affaires pendantes

Erledigungen insgesamt : Total affaires terminées

Anhängig geblieben : Affaires encore pendantes en fin d'année

d) Possible évolution du rôle des juridictions supérieures, voire celui de la loi confrontée conjointement à la jurisprudence des juridictions supérieures et à la « jurisprudence » des juridictions de la base

À ma connaissance, la discussion n'a pas (encore ?) été clairement engagée sous cet angle dans la doctrine allemande, et cela s'explique par le fait que l'obligation de publication des décisions de justice n'est pas générale comme en droit français, mais se limite aux décisions « dignes d'être publiées ». Cette réduction du champ de l'obligation de rendre accessibles les décisions de justice ne rend pas la perspective d'une jurisprudence de masse des juridictions du fond aussi prégnante qu'en France. Le rôle des juridictions supérieures est, de toute façon, d'ores et déjà concentré sur l'intervention normative consistant à clarifier une question juridique de principe, à développer le droit ou à assurer l'unité de la jurisprudence. On ne voit pas bien comment cette autorité normative serait menacée, voire remise en cause, par une publication encore restreinte des décisions émanant des juges du fond. Néanmoins, des voix commencent à s'élever pour demander la plus large diffusion possible, de façon électronique, de toutes les décisions de justice, afin d'établir davantage de transparence, de mettre fin aux choix discrétionnaires des décisions rendues publiques par les juges qui les prononcent ou leur juridiction, et de permettre une analyse de prévisibilité des solutions dans une situation de fait donnée. Même si cela advenait, il ne semble pas – selon les échanges que j'ai pu avoir avec des collègues allemands - que l'autorité de la jurisprudence de la Cour fédérale de Justice en soit menacée.

Réponse au questionnaire proposé par le Groupe de réflexion sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence

John BELL

Professeur émérite à l'Université de Cambridge

Janvier 2022

1. Comment la jurisprudence se définit-elle en Angleterre et au Pays de Galles ? Quelle en est la notion traditionnelle ou dominante ?

Pour comprendre la jurisprudence en droit anglais⁵², il faut distinguer trois phénomènes : le « *case law* », le « *precedent* », et le « *binding precedent* ».

On distingue les sources loïsibles (« *may sources* ») et les sources obligatoires (« *must sources* ») et, parmi les sources obligatoires, entre les sources nécessaires (« *persuasive sources* ») et les sources suffisantes en soi (« *binding sources* »)⁵³.

(1) Le « *Case law* »

De manière générale, les décisions de justice sont une source d'influence dans le raisonnement juridique. Se tourner vers les solutions dans les affaires semblables est une démarche naturelle de toute personne, surtout pour le fonctionnaire qui doit justifier ses décisions, et elle est une bonne pratique pour un juge. Ainsi, il est loïsible aux juges de se tourner vers les solutions et le raisonnement adoptés par d'autres juges, même les juges des tribunaux inférieurs ou bien d'autres systèmes juridiques avec un lien d'affinité (ex. d'autres pays de la *common law*). Par exemple, dans l'affaire *Dorset Yacht Co. Ltd. v Home Office* [1970] AC 1004, les membres de la Chambre des Lords citaient une décision de la *County Court* (équivalent d'un tribunal d'instance) en matière de responsabilité de l'État pour faute dans sa surveillance des prisonniers. Il n'y avait pas d'autre jurisprudence en la matière. Même l'opinion dissidente d'un juge peut servir comme point de repère pour les juges ultérieurs⁵⁴.

Les raisons de cette situation sont multiples. En premier lieu, les décisions antérieures (et les réactions qu'elles ont suscitées) sont des exemples de l'application du droit mise à l'épreuve de la réalité. Une solution qui a été acceptée comme justifiée par la communauté des juristes rend plus facile la recherche de la bonne solution pour l'affaire en cours. Un tel argument par analogie est l'un des modes d'argumentation juridique les plus communs⁵⁵. En deuxième lieu,

⁵² Forme brève pour le droit de l'Angleterre et du Pays de Galles. Pour la plupart ce que je présente s'applique également aux droits de l'Irlande du Nord, de l'Ecosse et du Royaume-Uni.

⁵³ Voir J. Bell, 'Sources of Law' dans A. Burrows, *English Private Law* (3ème édition, Oxford University Press 2013), ch. 1, nos. 1.61 à 1.65.

⁵⁴ N. Duxbury, *The Intricacies of Dicta and Dissent* (Cambridge University Press 2021), partie II, ch. 9.

⁵⁵ J. Bell, 'Analogy and Parable in Legal Reasoning' dans M. del Mar and C. Michelon, *The Anxiety of the Jurist* (Ashgate, 2013), ch. 13 : 'it is important to conceive analogy as a reason that is tentative and offers a potentially defeasible justification for a decision on how to deal with a new case' (p. 246). L'analogie est ainsi une motivation imparfaite, mais elle offre une ligne directrice pour une solution.

suivre les décisions des juges antérieurs aide à la perception de la *cohérence* et de l'*uniformité* du droit⁵⁶. Donner la même solution qu'un juge antérieur assure l'uniformité du droit – le droit est le même pour tous. Donner une solution identique dans les situations semblables en assure la cohérence. Les distinctions doivent avoir des justifications claires et motivées. En troisième lieu, l'application cohérente et uniforme du droit offre au citoyen l'*intelligibilité du droit* – les explications de la portée du droit offertes par les juges peuvent servir de guide pour son application à l'avenir. En quatrième lieu, l'uniformité de l'application du droit et l'usage de l'analogie pour son application à de nouvelles espèces assurent la *sécurité juridique*⁵⁷.

Le recours aux décisions antérieures est ancien⁵⁸. Il ne se limitait pas aux décisions de droit interne.

(2) Le « *Precedent* »

Le « *Precedent* » est une source obligatoire du droit. Le juge doit prendre en compte certaines décisions de justice pour motiver sa décision de manière acceptable⁵⁹. En raison de l'autorité de la décision précédente ou du fait qu'elle est bien établie, le juge est tenu de se demander s'il faut l'appliquer au litige en cours. Il est une pratique courante de critiquer un juge ou un avocat dont le raisonnement ne tient pas compte d'une jurisprudence (normalement une jurisprudence constante ou répétée). Souvent, une telle jurisprudence n'est pas contraignante. On parle des « *persuasive precedents* ». Ils ont un poids important dans le bilan des arguments, sans pour autant s'imposer face à d'autres arguments (par ex. la justice ou la nécessité). Le poids d'un précédent dépend de plusieurs facteurs : l'autorité du tribunal (ex. un tribunal supérieur du même système juridique), la centralité de l'argument par rapport aux questions soulevées directement par l'affaire précédente, et l'autorité du juge⁶⁰ (certains juges ont une réputation dans certains domaines du droit, ex. Lady Hale en droit de la famille, les Lords Steyn et Hoffmann en droit commercial, Lord Millett en droit de l'« *equity* »). Certaines décisions, même si elles n'ont pas force de *stare decisis* sont considérées comme dotées d'une forte autorité en raison de l'autorité du tribunal et du caractère bien argumenté et délibéré de l'argumentation⁶¹.

⁵⁶ N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent* (Cambridge University Press 2008), pp. 35-6 et 48-50. D.N. MacCormick, *Legal Reasoning & Legal Theory* (Oxford University Press 1978), p. 187; D. N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law* (Oxford University Press 2005), pp. 189-190.

⁵⁷ Pour l'importance de 'legal certainty': voir Duxbury, note 5, p. 36 et 161.

⁵⁸ Voir D. Ibbetson, 'English Law and the European *Ius Commune* 1450–1650' (2006) 8 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 115, 124 ('[F]rom quite early on, [the sixteenth century continental European *ius commune*] was . . . characterised by a willingness to cite cases decided in courts in different jurisdictions; and by the middle of the sixteenth century reports of cases were being printed in considerable numbers. A court in Holland, for example, might cite cases from France, Germany, Italy, Spain, or indeed anywhere in continental Europe. An early seventeenth century collection of legal decisions from the southern Netherlands boasts in its preface that it includes not only references to decisions in Spain, France and Belgium, but in the Supreme Courts of the whole of Europe').

⁵⁹ Duxbury, note 5, p. 155.

⁶⁰ *Ibid*, p. 70.

⁶¹ Ex. *Hedley Byrne v Heller* [1964] AC 465 ; Duxbury, note 5, p. 70.

(3) *Binding precedent* ou *stare decisis* (et *quieta non movere*)

Un précédent contraignant est une règle juridique exprimée dans une décision comme motif déterminant que le juge dans un litige ultérieur est obligé de suivre. L'élément contraignant (la « *ratio decidendi* ») n'est que la règle de droit (exprimée ou implicite) qui a déterminé la solution du litige précédent⁶². Une telle règle constitue un motif qui exclut la force de tout autre motif (en anglais cela s'appelle « *an exclusionary reason* »)⁶³. Au lieu d'un motif de premier ordre (la justice, l'interprétation personnelle de la loi, etc.), le juge s'appuie sur un motif de second ordre pour exclure l'application des arguments de premier ordre. La justification pour une telle pratique est le maintien d'un ordre hiérarchique au sein du système des tribunaux et le souci d'assurer la sécurité juridique.⁶⁴ Dans un tel système, le tribunal inférieur est contraint de suivre le précédent du tribunal supérieur et de lui laisser opérer un revirement de sa propre jurisprudence. Dans certains cas, un tribunal est obligé de suivre ses propres précédents et de laisser le tribunal suprême opérer un revirement de jurisprudence.⁶⁵

2. Quelle place y occupe et quel rôle y joue la jurisprudence ?

En droit anglais, la jurisprudence est une source formelle du droit, inférieure à la loi, soit en vertu du fait que le « *common law* » et l'« *equity* » sont d'origine jurisprudentielle, soit en raison du rôle du juge comme interprète authentique de la loi.

Comme on vient de le souligner, au minimum, les décisions de justice sont une source d'influence pour le raisonnement juridique – une source puissante d'idées pour résoudre les litiges en instance. Mais, de plus, il faut noter les fonctions suivantes.

(1) La Constitution

Comme la Cour Suprême l'a bien montré dans l'affaire *R (Miller) v Prime Minister* et *Cherry v Lord Advocate* [2019] UKSC 41, en l'absence d'une constitution écrite, les règles de la Constitution ont leur source soit dans des lois dites « constitutionnelles » (ex. Bill of Rights 1689, Act of Succession 1701, Act of Union 1707 et Parliament Acts 1911 et 1949, Human Rights Act 1998, Constitutional Reform Act 2005), soit dans le *common law*. Ainsi, le pouvoir de la prérogative royale de convoquer la session du Parlement provient du *common law* et les juges ont l'autorité de l'interpréter⁶⁶. La définition du Parlement, l'étendue de la prérogative royale et certaines libertés fondamentales ont leur origine dans la jurisprudence, souvent ancienne (ex. *The Prince's Case* (1607) 8 Co. Rep. 1 et *Case of Proclamations* (1611) 12 Co.

⁶² Pour l'explication plus longue, voir Bell, 'Sources of Law', note 2, nos. 1.68 à 1.77.

⁶³ J. Raz, 'Exclusionary Reasons (Revised)' (2021) <https://ssrn.com/abstract=3933033>

⁶⁴ Voir l'appel explicite à la sécurité juridique dans la *Practice Statement : Judicial Precedent* [1966] 1 WLR 1234. Sur la question de la hiérarchie des tribunaux, voir Duxbury, note 5, pp. 56 à 57.

⁶⁵ Une telle règle ne s'applique qu'à la *Court of Appeal (Civil Division)*. Les autres tribunaux peuvent refuser de suivre ses précédents : voir Bell, 'Sources of Law', note 2, nos. 1.83 à 1.100.

⁶⁶ *Ibid.*

Rep. 74). Les affaires *Miller*⁶⁷ au sujet des tentatives du gouvernement pour contourner le Parlement dans le Brexit ont montré de manière frappante l'importance du *common law* et de la jurisprudence dans la gestion de la Constitution. Les principes généraux de valeur constitutionnelle, tels que la suprématie du Parlement, sont d'origine jurisprudentielle.

(2) Les méta-normes du droit

Elles sont aussi d'origine jurisprudentielle. Ainsi, les principes de l'interprétation des lois ont leur origine uniquement dans la jurisprudence⁶⁸. L'importance du droit international en droit interne est aussi d'origine jurisprudentielle, même si ces principes ont été modifiés par la *Constitutional Reform and Governance Act 2010*.

(3) Les principes du *common law*

En l'absence d'un code civil, les principes du droit privé des obligations et de la propriété trouvent leur origine dans le *common law*. Le droit de la famille et le droit des sociétés ont leurs origines pour la plupart dans des lois qui font fonction de codes ponctuels. Il existe plusieurs lois en matière de droit des contrats, de droit des *torts* et de droit de la propriété immobilière, mais les grands principes et les règles de bases ont un caractère jurisprudentiel.

(4) Les principes du droit de l' « *equity* »

Comme d'ailleurs le *common law*, l'*equity* est un droit jurisprudentiel surtout en matière de trusts et de sanctions autres que les dommages et intérêts. Ces principes ont une importance capitale pour l'interprétation des lois en matière de successions, de sociétés et d'impôts.

(5) Les principes du contentieux administratif

Les principes du contentieux administratif sont aussi d'origine jurisprudentielle. Les moyens de recours, le droit d'agir et les sanctions sont d'origine jurisprudentielle, parfois avec des modifications législatives.

En revanche, le droit pénal et la procédure pénale, ainsi que la procédure civile sont réglés, pour l'essentiel, par des lois. Les grands domaines du droit tels que l'environnement, l'urbanisme, le logement, la sécurité sociale et les impôts sont d'origine législative. Mais les juges ont le pouvoir d'édicter des « *Practice Directions* » pour suppléer à des règles en matière de procédure (une forme de droit souple).

Il faut souligner que les jugements et les plaidoiries sont remplis de références à la jurisprudence. Les jugements sont longs et contiennent beaucoup de références à la jurisprudence. L'analyse des décisions de justice est sophistiquée. La distinction entre la règle

⁶⁷ *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 (*Miller (no. 1)*) et *R (Miller) v Prime Minister et Cherry v Lord Advocate* [2019] UKSC 41 (*Miller (no. 2)*).

⁶⁸ Voir J. Bell et G. Engle, *Cross on Statutory Interpretation* (3rd edn, London: Butterworths 1995), p. 42; D.N. MacCormick et R.S. Summers, *Interpreting Statutes. A Comparative Study* (Aldershot: Dartmouth 1991) p. 14.

de la décision (*ratio decidendi*) et les autres observations sur le droit (les *obiter dicta*) est un outil très important de l'interprétation juridique. Pour limiter l'application d'une décision précédente, il est courant de redéfinir la règle édictée en y apportant des conditions (souvent seulement implicites dans la décision originelle). Par exemple, si la règle d'un précédent stipulait que l'appel d'offres n'imposait pas d'obligation d'accepter l'offre au moindre prix, le tribunal subséquent a pu décider que cette règle n'exclut pas l'obligation de tenir compte de toutes les offres qui arrivaient en temps utile⁶⁹.

3. Cette notion et ce rôle ont-ils évolué au cours du temps ?

(1) Publication des décisions de justice

L'autorité de la jurisprudence dépend de la connaissance parmi les juristes des décisions de justice. À partir du 13^e siècle, existaient les sommaires des plaidoiries et les réponses des juges dans les tribunaux du roi (les *Yearbooks*). Les sommaires de décisions (plus ou moins longs et plus ou moins fiables) étaient publiés de manière privée entre le milieu du 16^e siècle jusqu'en 1865. À cette époque, la sélection des décisions à publier et la qualité de la compilation étaient très variables. La création de l'*Incorporated Council of Law Reporting* en 1865 a créé une compilation authentique des décisions des juges. Cette série officielle a rendu plus facile la connaissance et l'analyse des précédents⁷⁰.

(2) Contrôle de la publicité par le juge

De nos jours, le juge contrôle le contenu et la forme de publicité de sa décision davantage qu'au début du 19^e siècle, ce qui a accru la pratique de citation de la jurisprudence. Avant 1865, le rapport d'une décision de justice était rédigé par une personne privée présente au moment de la décision qui en faisait un compte rendu. Souvent le rapporteur ne rédigeait qu'un sommaire de la décision. Après 1865, le recueil officiel rassemble les notes du sténographe du tribunal, lesquelles étaient corrigées par le juge. Ce texte contient le texte intégral de la décision. Souvent les décisions étaient rendues sur le champ, immédiatement après l'audition des plaidoiries et des témoins et il n'y avait pas de texte écrit du jugement préparé par le juge. Lorsque le tribunal prenait son temps pour formuler les arguments (*curia advisari vult*), la décision était mieux motivée et avait plus d'autorité. Le juge prêtait plus d'attention au commentaire explicite de la jurisprudence que les avocats avaient citée dans leurs arguments devant lui. Depuis les années 1950, la préparation d'un texte en première instance est devenue plus commune, ce qui était déjà le cas pour la *Court of Appeal* et la *House of Lords*. La décision sur le champ reste fréquente en première instance, surtout dans la *County Court* et la *Magistrates Court*. Les juges ne rédigent de texte que quand une partie interjette appel.

Depuis que l'usage des ordinateurs est devenu courant dans les années 2000, les juges reçoivent les extraits de la jurisprudence préparés par les avocats des parties en forme électronique. En outre, le juge a accès à des banques d'arrêts qui contiennent même ceux qui ne sont pas publiés dans les recueils de jurisprudence. De plus en plus, le juge rédige le texte de son opinion personnellement et fait usage de la fonction « copier et coller » pour citer des

⁶⁹ Bell, 'Sources of Law', note 2, no. 1.78-1.79.

⁷⁰ Pour aller plus loin, voir : <https://www.law.ox.ac.uk/legal-research-and-mooting-skills-programme/law-reports>.

extraits de la jurisprudence. Ainsi, les citations de la jurisprudence sont devenues de plus en plus longues.

Depuis des années 2000, la Chambre des Lords et, ensuite, la Cour Suprême, ont recruté des assistants pour les juges. Ces assistants effectuent des recherches et fournissent aux juges des citations de jurisprudence plus variées et complètes que n'en fournissent les avocats. Cela contribue à la longueur des citations de la jurisprudence.

4. La notion de jurisprudence y recouvre-t-elle seulement les décisions rendues par les juridictions supérieures ou s'entend-on pour y inclure les décisions rendues par certaines autres juridictions, de première instance ou de deuxième degré ?

Comme on l'a expliqué plus haut (voir question n° 1), le « *case law* » comprend toutes sortes de décisions de justice, y compris de juridictions inférieures. Il est loisible de citer à un tribunal les décisions des tribunaux de première instance. Il est souvent difficile de retrouver les décisions de tribunaux en première instance. À l'exception des décisions de la *High Court*, on ne donne pas de publicité systématique aux décisions des tribunaux en première instance. Les recueils spécialisés donnent publicité à des décisions importantes, mais pas à des décisions d'espèce de première instance (par ex. en droit de la famille).

Sur une même période, la Cour Suprême a pu rendre 73 décisions, tandis que la *Court of Appeal* en rendait près de 5.500⁷¹. Ainsi, il est facile de rendre public l'ensemble des décisions de deuxième degré (*Court of Appeal* ou bien « *case stated* » (recours en cassation des *Magistrates Courts*) devant la *Divisional Court* de la *High Court*) et pour les professionnels de s'en tenir informés.

Ainsi, les décisions des « *Senior Courts* » (*Supreme Court*, *Court of Appeal*, *High Court*, *Employment Appeal Tribunal*, *Upper Tribunal*) sont les sources courantes de la jurisprudence prise en compte par les juristes anglais.

⁷¹ G. Sturge, *Court Statistics for England and Wales* (House of Commons Library Briefing Paper, CBP 8372, 22 décembre 2020), ch. 2 : En première instance du droit pénal, les « *magistrates* » (typiquement les juges laïcs) ont statué sur 1.48 million d'affaires et la *Crown Court* (juge professionnel, souvent avec jury) a statué sur 100.000 affaires. En première instance en droit civil, les *County Courts* (juge professionnel) ont rendu 1.36 million décisions et les tribunaux de la famille ont rendu 236.000 décisions. En droit public, les « *tribunals* » (tribunaux avec membres professionnels et laïcs) ont rendu 380.000 décisions. Les affaires importantes sont jugées par la *High Court* de Londres en première instance, et ces décisions sont diffusées le plus souvent. En 2019, la *Queen's Bench Division* a jugé 6.750 affaires, la *Chancery Division* 11.034 (la plupart en matière commerciale) et la *Commercial Court* 479 affaires, la *Technology and Construction Court* 132, et l'*Administrative Court* 500 (un total de 18.895 affaires). En 2019, la *Court of Appeal* (tribunal unique pour l'ensemble de l'Angleterre et du Pays de Galles) a rendu 898 décisions en matières civiles (y compris le droit public) et 4580 en matières pénales. (*Royal Courts of Justice. Annual Report 2020*), Table 3.1.

5. Quel est l'état de diffusion au public (professionnel et non-professionnel) des décisions rendues par l'ensemble des juridictions ?

Les sommaires des décisions publiées par les maisons d'édition privées existent depuis le 17^e siècle (les *Abridgements*⁷² et ensuite l'*English and Empire Digest*).

De nos jours, les décisions des tribunaux sont diffusées électroniquement. Le site internet du *Court Service* publie des décisions rendues par la *High Court*,⁷³ et une sélection des décisions des « tribunaux »,⁷⁴ des *County Courts*, et d'autres juridictions. La Cour Suprême a son propre site internet, d'où on peut obtenir le texte intégral de toutes ses décisions⁷⁵. L'*Incorporated Council of Law Reporting* publie en ligne les décisions dans les recueils officiels (<https://www.iclr.co.uk>). Un site privé mais gratuit BAILII (*British and Irish Law Information Institute*)⁷⁶ contient le texte intégral des décisions de la Cour Suprême, la *House of Lords*, la *Court of Appeal* et la *High Court* depuis 2000 ainsi que les décisions historiques de manière incomplète. Ce site permet des recherches dans les bases de données.⁷⁷

Des recherches plus sophistiquées sont possibles dans les bases de données commerciales, LexisNexis et Westlaw. Les professionnels se servent de ces bases de données et les universités, leurs étudiants et leurs enseignants y ont accès à un tarif préférentiel.

Il existe aussi des recueils spécialisés qui donnent publicité à une sélection de décisions les plus importantes dans leur domaine – ex. droit pénal, droit des collectivités locales, droit du logement, droit de la famille, etc. Les professionnels, dans ces domaines, s'en servent beaucoup.

Les recueils publics ou privés contiennent des chapeaux sommaires (*headnotes*) de la décision qui permettent une lecture rapide de l'essentiel de la décision. Les praticiens et les universitaires s'en servent beaucoup (surtout parce que le texte intégral de la décision est très long). L'autre avantage de ces recueils se trouve dans la sélection des décisions à publier. Le choix des décisions est une indication de l'importance (ou bien de la valeur juridique) de la décision⁷⁸.

⁷² Ex. Viner a fait sa fortune de la publication de *Viner's Abridgement* au 18^e siècle et il a fondé la première Chaire de droit anglais à l'Université d'Oxford en 1756.

⁷³ <https://www.judiciary.uk/court/high-court/>.

⁷⁴ <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/tribunals/tribunal-decisions/>.

⁷⁵ <https://www.supremecourt.uk/decided-cases/index.html>.

⁷⁶ <https://www.bailii.org/databases.html>.

⁷⁷ https://www.bailii.org/form/search_cases.html.

⁷⁸ On dit que le rédacteur des « *Law Reports* » entre 1895 et 1935 de l'*Incorporated Council of Law Reporting*, Sir Frederick Pollock, a sauvé la réputation de plusieurs juges en mettant certains de leurs jugements dans le tiroir et en refusant de les laisser publier !

6. Quel usage les praticiens (avocats, administrations, organisations privées, juges des juridictions supérieures et inférieures notamment) et les universitaires font-ils, d'ores et déjà, des décisions rendues par les juridictions de degrés inférieurs ?

La réponse dépend de ce que l'on appelle « les juridictions de degrés inférieurs ». Bien que la *High Court* statue en première instance, on l'appelle une « *Senior Court* » (voir le *Senior Courts Act* de 1981). Les autres « *Senior Courts* » sont le *Employment Appeal Tribunal*, la *Crown Court* (tribunal de première instance en matière pénale) et la *Court of Appeal*. Les praticiens et les universitaires font un usage fréquent des décisions de ces instances. Les décisions des « *tribunals* » (appelés autrefois en France les « commissions ») sont importantes dans leurs domaines spécialisés. Les décisions des *County Courts* et des *Magistrates Courts* n'ont pas d'importance pour les praticiens en général, mais le praticien local connaît la pratique de son tribunal local. Les décisions de ces tribunaux sont pour l'immense majorité des affaires d'espèce et ne sont pas contestées par la partie perdante (par ex. les dettes ou bien les contraventions où l'inculpé plaide coupable). Les questions juridiques difficiles seront soulevées en appel devant la *High Court* ou bien la *Court of Appeal*. Ainsi, les praticiens et les universitaires se limitent aux décisions rendues par ces juridictions-là.

Depuis la seconde guerre mondiale, l'enseignement universitaire se sert des « *Casebooks* » ou bien « *Cases and Materials* » – les extraits de décisions de justice avec commentaires. De plus, la lecture personnelle des arrêts constitue une partie essentielle de l'étude du droit. Ainsi tout juriste sort de l'université avec une méthode de recherche laquelle inclut la lecture et l'analyse des décisions de justice.

La *Solicitors Regulation Authority* impose comme condition d'entrée le bon usage des décisions de justice : <https://sqa.sra.org.uk/exam-arrangements/assessment-information/sqa1-assessment-specification> « *Legal Authorities* ».

Pour la plupart, ni les universitaires ni les praticiens ne se servent beaucoup des décisions de première instance.

7. a. L'augmentation de la diffusion de ces dernières décisions est-elle d'actualité et, le cas échéant, que vous semble-t-elle augurer de l'importance accordée à la « jurisprudence » des juges de degré inférieur (première et deuxième instances) ?

L'exemple le plus important est la publicité des décisions des « *tribunals* ». Cela permet aux avocats et aux universitaires de mieux comprendre les solutions données par ces instances importantes pour la vie des citoyens – immigration, sécurité sociale, impôts.

L'intégration des différents tribunaux de première instance en matière de droit de la famille (surtout des enfants) dans la « *Family Court* » a pour conséquence que la publicité de ces décisions devient importante pour les praticiens.

En général, les juristes veulent avoir une interprétation authentique du droit et, sauf pour ce qui concerne la *High Court*, les décisions de première instance n'ont pas suffisamment d'autorité.

b. En contrepoint, quelle pourrait être, selon vous, l'évolution du rôle des juridictions supérieures, voire celui de la loi confrontée conjointement à la jurisprudence des juridictions supérieures et à la « jurisprudence » des juridictions de la base ?

On ne prévoit pas d'évolution du rôle des juridictions supérieures. Elles contrôlent déjà la situation.

En premier lieu, parce que l'Angleterre a une *Court of Appeal* unique et, au-dessus, la Cour Suprême du Royaume-Uni, si bien que la jurisprudence des tribunaux est assez unifiée. La possibilité que le tribunal de première instance renvoie l'affaire directement à la Cour Suprême⁷⁹ maintient la hiérarchie des tribunaux. Contrairement à la situation en France, il n'existe pas de cours suprêmes multiples avec des approches distinctes.

En second lieu, les tribunaux contrôlent de nos jours la structure des citations. Le dossier pour l'audience (« *bundle* ») préparé par les avocats doit contenir la liste de la jurisprudence citée et les copies des arrêts⁸⁰. Le *Lord Chief Justice* a publié un « *Practice Direction* » qui explique quels arrêts précédents peuvent être cités dans les plaidoiries. En premier lieu, l'arrêt doit être publié dans un recueil de jurisprudence, sauf si un principe de droit est exprimé dans une décision non publiée⁸¹. En second lieu, on limite les avocats à la citation d'un maximum de 10 arrêts, sauf si la complexité de l'affaire demande une citation plus étendue de la jurisprudence (et les juges en contrôlent la nécessité dans une audience préparatoire)⁸². Comme nous l'avons déjà vu, la plupart des décisions des tribunaux de première instance ne sont pas publiées dans les recueils. Ainsi, on ne les cite que dans les rares cas où la décision d'un tel tribunal est une décision de principe. Si les avocats ne disposent que d'une dizaine d'arrêts à citer, ils ne citeront une décision de première instance qu'en l'absence d'une jurisprudence pertinente des tribunaux supérieurs. Une telle situation est rare.

⁷⁹ Supreme Court, *Practice Direction 1*, n°. 1.2.17.

⁸⁰ Voir l'exemple préparé par la Cour Suprême : https://www.supremecourt.uk/docs/electronic_bundle_sample.pdf, aux pages 49 à 51 et 73 et suivantes.

⁸¹ LCJ Practice Direction, *Citation of Authorities (2012)* <https://www.judiciary.uk/publications/practice-direction-citation-of-authorities-2012/>, Para. 10: 'An unreported case should not usually be cited unless it contains a relevant statement of legal principle not found in reported authority.'

⁸² *Ibid.*, para. 4.

Réponse au questionnaire proposé par le Groupe de réflexion sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence

Teresa ARRUDA ALVIM

Professeure à la Pontificia Universidade católica de São Paulo

Janvier 2022

1. Comment la jurisprudence se définit-elle au Brésil ? Quelle en est la notion traditionnelle ou dominante ?

Le mot « jurisprudence » est polysémique. Il peut signifier la science du droit, un ensemble de décisions d'un tribunal ou bien un ensemble de décisions d'un tribunal allant dans la même direction.

Traditionnellement, en droit brésilien, la jurisprudence a toujours été importante. C'est-à-dire qu'on lui accorde une valeur considérable depuis toujours. Dans des décisions juridictionnelles, il est normal que les juges fassent référence à la jurisprudence, principalement à celle des tribunaux supérieurs. Dans des requêtes, les avocats, eux aussi, citent la jurisprudence comme argument de renforcement.

Il a toujours existé, même de façon voilée, la conscience que, dans une certaine mesure, la règle suivie par le justiciable provient de l'activité du législatif *et* du judiciaire, puisque c'est le juge qui en donne la version finale⁸³.

Quoique le mot « jurisprudence » soit utilisé dans plusieurs sens, qui sont liés les uns aux autres, le sens dans lequel le mot est le plus utilisé est sans doute le suivant : un ensemble de décisions d'un même tribunal, allant dans la même direction, adoptant la même thèse juridique⁸⁴.

⁸³ « Dans ce cadre, et face à tant d'insertions législatives dans le but de renforcer le caractère contraignant de la jurisprudence, plusieurs auteurs constatent une augmentation de la force des précédents judiciaires dans le système procédural brésilien. Quoique l'on adopte la théorie dualiste de l'ordonnancement, ayant pour conséquence la nature déclaratoire de la décision de justice, il faut admettre que la jurisprudence consolidée conditionne des comportements, créant des modèles d'action stables. En effet, devenant cristallisé, stable, l'entendement solide des tribunaux à propos d'un sujet est une donnée importante du fonctionnement juridique, utilisée souvent dans la prise de décision individuelle ». (CABRAL, Antonio do Passo. *A técnica do julgamento alerta na mudança da jurisprudência consolidada*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 38, n. 221, p. 2, jul./2013).

⁸⁴ « On vérifie, ainsi, que la jurisprudence présuppose un certain nombre de décisions – quoiqu'avec des contenus dissonants – pour que soit formé un ensemble, une collection de cas jugés sur un même thème juridique. Alors, la jurisprudence requiert une série de jugements d'affaires analogues qui, au fil du temps, forment un « corpus » de décisions allant – ou qui, tout du moins, devraient aller – dans une même direction ». (CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 [livre numérique]).

Même si, théoriquement, reconnaître une fonction créatrice du droit à la juridiction est une sorte de tabou, l'importance de la jurisprudence dans la pratique judiciaire a toujours été digne d'être remarquée.

Par ailleurs, le législateur lui-même a accordé de l'importance à la jurisprudence dans le code de 1973. L'article 557, qui a subi plusieurs modifications jusqu'à sa version finale, disait : « Le rapporteur (dit *relator*) rejettera les recours manifestement irrecevables, non fondés, ayant perdu leur objet ou en conflit avec des résumés de décisions (dits *súmulas*) ou avec la *jurisprudence dominante*⁸⁵ de la juridiction concernée, du STF (Tribunal Fédéral Suprême) ou d'un Tribunal Supérieur ».

Même si le concept de *jurisprudence dominante* est vague – raison précise pour laquelle il a été supprimé du code actuellement en vigueur (2015) –, le fait qu'il ait été choisi par le législateur de 1973 comme critère pour donner au rapporteur des pouvoirs spéciaux est un signe de l'importance de la parole du Pouvoir Judiciaire.

La conception originale de la théorie de la tripartition des fonctions du pouvoir est apparue à une époque où l'on pouvait croire que ces trois fonctions pourraient être exercées d'une façon pure. Pourtant, plusieurs caractéristiques comme l'extrême complexité des sociétés contemporaines, à quoi s'ajoute l'accès à la justice et le mouvement tentaculaire exercé par le droit sur la société, ont fait en sorte que ces fonctions ne peuvent pas être exercées de manière pure, un certain enchevêtrement étant inexorable.

Le premier pas significatif vers la reconnaissance explicite de cette conscience a été la création de la « *Súmula Vinculante*⁸⁶⁻⁸⁷⁻⁸⁸ » : une espèce de sommaire présentant la jurisprudence constante du Tribunal Fédéral Suprême en matière constitutionnelle.

⁸⁵ C'est nous qui soulignons.

⁸⁶ « De toute manière, les résumés de décisions (dits *súmulas*) sont des constructions faites à partir de la jurisprudence du Tribunal, qui, à son tour, est formée par l'interprétation des normes juridiques. (...) À la suite de décisions réitérées allant dans un même sens, toutes étant le fruit du jugement de cas concrets à partir de l'application des normes en vigueur, le Tribunal consolide l'entendement en un énoncé de façon synthétique et objective ». (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos repetitivos, súmula vinculante e coisa julgada*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2018. p. 246).

⁸⁷ « Tout de suite après la promulgation de la Charte Constitutionnelle, le Brésil a vécu une crise dans le Pouvoir Judiciaire en raison des antinomies législatives. D'un côté, la norme constitutionnelle prévoyait une infinité de droits que l'État n'était pas en mesure d'accomplir et, d'un autre côté, le citoyen, abusant des prérogatives qui lui avaient été garanties, faisait appel à l'organe juridictionnel à fin d'exiger le respect à ses droits. Mais, face à ce conflit, on voyait un Judiciaire défaillant et désordonné qui ne possédait pas et qui, à vrai dire, continue de ne pas posséder les conditions de répondre au souhait de brièveté dans les délais de la part des justiciables. Dans ce cadre, le Législatif a mis plus de 13 ans pour donner une réponse effective, à partir de l'Amendement Constitutionnel 45/2004, connu comme Réforme du Judiciaire. Parmi les innovations introduites à ce moment-là, comme la création du Conseil National du ministère Public et du Conseil National de Justice, figurent lesdites « *Súmulas Vinculantes* » [résumés de décisions à valeur contraignante] – nous soulignons (CHALITA, Tony Ferreira de Carvalho Issaac. *Súmula vinculante: instrumento de efetivação da segurança jurídica ou ferramenta do ativismo judicial?*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1006, p. 289-302, ago./2019).

⁸⁸ « L'Amendement Constitutionnel n° 45/2004 a engendré un nouveau mécanisme contraignant, à travers un additif à la Charte de la République, dont il est devenu l'art. 103-A. D'après le texte, le Tribunal Fédéral Suprême pourra, moyennant la décision de deux tiers de ses membres, "après des décisions réitérées sur la matière, approuver des résumés de décisions [*súmulas*] qui, à partir de leur publication dans la presse officielle, auront un

2. Quelle place occupe et quel rôle joue la jurisprudence dans votre pays ?

Comme nous l'avons dit dans la réponse à la question précédente, le fait de se rapporter à la jurisprudence appartient à la tradition du droit brésilien, aussi bien de la part des avocats que de celle des Tribunaux.

De manière générale, on peut dire que les Tribunaux Supérieurs ont une fonction paradigmatique, ce qui revient à dire que leur jurisprudence doit être respectée.

En effet, on ne peut pas nier que la fonction primordiale du juge est celle de décider des cas concrets qui lui sont soumis. Les juges de première et de seconde instance s'occupent principalement de décider des conflits qui leur sont apportés. Pourtant, le juge contemporain, quand il décide des cas, finit, sous certaines conditions, par créer des précédents, c'est-à-dire des règles qui ont une portée allant au-delà du cas en question.

Au Brésil, la fonction constitutionnellement attribuée au STJ (Tribunal Supérieur de Justice) est celle de donner la dernière parole sur le sens de la loi ; et la fonction du STF (Tribunal Fédéral Suprême) est celle de donner l'interprétation correcte de la Constitution Fédérale dans les cas où le thème en question présente une importance qui dépasse le cas concret. Cette condition (dénommée *repercussão geral*) est une espèce de « filtre », créé par la Constitution Fédérale en 2004, pour la recevabilité des recours extraordinaires.

Malheureusement toutefois, la jurisprudence de ces Tribunaux n'était pas prise au sérieux de manière constante ; parfois par eux-mêmes, qui ne se montraient pas toujours capables de maintenir leur propre jurisprudence uniforme ou stable⁸⁹⁻⁹⁰. La stabilité de la jurisprudence est

effet contraignant vis-à-vis des autres organes du Pouvoir Judiciaire et de l'administration publique directe et indirecte, aussi bien à l'échelle fédérale qu'à celle des états fédérés et des municipalités" » (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 303).

⁸⁹ « D'après nous, si le précédent et la jurisprudence, en tant que règle au Brésil, se fondent sur des textes de loi (ce sont clairement des formes d'interprétation de ces textes) ou sur des éléments du système qui ne sont pas clairement liés à un texte de loi, il est évident qu'une fois altérés les éléments du système (comme en cas d'abrogation de la loi ou de changement de statut d'un certain principe juridique), la jurisprudence et les précédents doivent changer eux aussi. En d'autres termes, l'incongruité systémique peut compromettre un précédent ou une certaine voie de jurisprudence. » (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 168).

⁹⁰ « Au Brésil, observe à raison Ronaldo Cramer, il semble que l'on considère "normal" de comprendre que la jurisprudence n'appartient pas au tribunal, mais à la composition actuelle de magistrats du tribunal. Alors, une fois la composition des membres de la Cour modifiée, la jurisprudence se voit modifiée elle aussi : le droit est transformé. » (CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 147 – nous soulignons).

fondamentale pour donner de la crédibilité au Pouvoir Judiciaire⁹¹⁻⁹².

D'un autre côté, un phénomène très commun au Brésil est la « *mass litigation* », c'est-à-dire, l'existence de plusieurs cas, parfois des milliers, autour de la même question de droit. Évidemment, ce phénomène, fruit de la révolution industrielle et de la société de consommation, a provoqué une situation d'immense instabilité et d'absence d'isonomie, puisqu'il y a le risque que les juges ne décident pas des cas concrets de la même façon.

De plus, le Brésil est un pays de dimensions continentales : nous avons plus de 90 Tribunaux. Il faut aussi souligner les différences culturelles profondes qui existent entre les différentes régions brésiliennes. La certitude du droit peut être sensiblement affaiblie. L'absence de prévisibilité et de respect du principe d'égalité est arrivée à un niveau insoutenable.

Ainsi, le législateur du code de procédure civile de 2015 a décidé de donner une importance majeure à la jurisprudence et à certaines décisions des juges. Dans ce contexte, le dispositif du

⁹¹ Dans le même sens, un auteur important spécialiste du thème affirme : « La conscience que l'activité juridictionnelle du tribunal, lorsqu'il forme des précédents obligatoires, se traduit en l'exercice d'une fonction institutionnelle, révèle un antagonisme avec une vision personnaliste de la juridiction. Il revient à dire que la décision à l'origine d'un précédent obligatoire ne peut être comprise comme simple prise de position personnelle des magistrats y ayant participé, étant susceptible d'être modifiée selon la composition de l'organe juridictionnel. (...) De ce fait découle, ainsi, que, d'une manière générale, le droit créé par le Pouvoir Judiciaire par le biais des précédents ne doit être modifié par des circonstances exclusivement internes de l'organe qui les a établis. La prise de position du tribunal, adoptée à un moment historique donné, acquiert un caractère contraignant de façon dissociée des membres qui l'ont manifestée et cette prise de position doit être respectée non seulement par les organes hiérarchiquement inférieurs mais aussi par les membres du tribunal : par ceux qui ont composé la majorité dans la formation du précédent ; par ceux qui ont voté contrairement à la thèse adoptée par le précédent ; et par ceux qui n'ont pas participé à la formation du précédent, y compris ceux qui ont intégré le tribunal après la prise de décision en question. » (BARIONI, Rodrigo. O que podemos aprender sobre precedentes em um recente julgamento da Suprema Corte dos EUA? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 312, p. 279-299, fev./2021).

⁹² Cela vaut la peine de mentionner encore un autre extrait d'un texte du même auteur : « Ce n'est pas toujours facile de séparer la correction d'une erreur d'un changement d'opinion. Il est donc aussi difficile de dire que, lorsque la composition des membres d'une Cour est modifiée, les nouveaux juges (soient-ils des « *ministros* » – appartenant au STF ou au STJ – ou des « *desembargadores* » - juges des Tribunaux de justice des états fédérés) ne considèrent pas, avec la nouvelle position adoptée, qu'ils seraient en train de corriger l'erreur commise antérieurement » (...) « *La modification pure et simple des membres qui intègrent l'organe juridictionnel ne doit pas mener à un surpasement du précédent.* Sur ce point, il convient de rappeler la leçon de Mark Tushnet, soulignant l'humilité comme une des lignes directrices importantes pour le fonctionnement des précédents aux États-Unis d'Amérique : « Le second juge ou tribunal à faire face à une même question dira, en effet : 'Sûrement, le premier juge à être confronté à la question juridique de ce cas a été tiré au sort. Mais il n'y a aucune raison pour supposer que je sois un juge meilleur que lui ou qu'elle [ici réside l'élément d'humilité] et, donc, il n'y a pas de raison de croire que, examinant le fond de la question, j'arriverai à une meilleure conclusion que celle à laquelle est arrivé le premier juge. Je peux épargner le temps et l'énergie de tous simplement en suivant l'orientation du juge précédent, et si je ne le fais pas, de cela ne découlera d'aucune manière la certitude que l'affaire a eu un résultat plus en accord avec ce que le droit prévoit 'véritablement'. Il est important de souligner ici que les raisons de l'humilité s'appliquent à n'importe quel niveau du système judiciaire, allant du juge de première instance jusqu'à celui de la Cour ayant la plus haute juridiction. Même les ministres de la Cour Suprême doivent tenir en compte que, par principe, ils n'ont aucune raison – spécifique – sauf un égocentrisme à la forme la plus épurée – de croire qu'ils sont meilleurs que leurs prédécesseurs pour produire une interprétation juridique. » (BARIONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 45, n. 310, p. 265-291, dez./2020 – nous soulignons).

précédent obligatoire a été créé. En vérité, ce mouvement du législateur a eu comme but principal celui de résoudre le problème de la « *mass litigation* ».

Même s'il doit y avoir un respect des précédents des tribunaux supérieurs naturellement, c'est-à-dire, indépendamment de toute prévision explicite dans le droit positif, vu la nécessité de cohésion du droit – et, donc, d'une certaine façon ces précédents sont tous « obligatoires » –, le code de procédure civile de 2015 a créé des *précédents obligatoires* du point de vue formel au sens où, s'ils ne sont pas respectés, il existe un remède procédural spécialement conçu pour corriger cette situation : la « *reclamação* »⁹³ (« *reclamo* »).

Il existe quatre situations en droit brésilien où les précédents obligatoires naissent : (i) quand il s'agit d'une voie de recours devant le STF (Tribunal Fédéral Suprême) ; (ii) quand il s'agit de la voie de recours dite « répétitive », (iii) au sein d'un Incident de résolution de demandes répétitives (IRDR) (iv) ou bien d'un Incident de prise en charge de compétence (IAC).

Un mot à propos de chacune de ces figures :

Cela veut dire qu'un seul recours jugé par le STF (Tribunal Fédéral Suprême) est déjà considéré comme un *précédent obligatoire*.

Sont aussi contraignantes ou obligatoires les décisions rendues lorsqu'il est question de plusieurs recours présentés aux Tribunaux Supérieurs autour de la même question de droit, lesdits recours répétitifs.

Les IRDR et les IAC sont des méthodes dont la fonction est celle d'harmoniser la jurisprudence de première instance, qui doit être conforme à la décision du tribunal de seconde instance, sachant que cette décision tournera autour de la thèse juridique en discussion. Ainsi, le résultat d'un IRDR ou d'un IAC n'a qu'une efficacité régionale, sauf en cas de recours placé devant les tribunaux supérieurs⁹⁴.

Les recours répétitifs ont peut-être été la manière la plus efficace conçue par le législateur brésilien pour résoudre le problème des litiges de masse à l'échelle nationale. Lorsque l'on vérifie qu'il existe un grand nombre de recours autour de la même question de droit, les Tribunaux Supérieurs peuvent (étant la question d'ordre fédéral, le Tribunal supérieur de justice ; et d'ordre constitutionnel, le Tribunal Fédéral Suprême) choisir un ou certains recours pour juger. Tous les autres recours, probablement suspendus en attendant le jugement de ceux ayant été choisis, seront jugés par les tribunaux de seconde instance *d'après la thèse adoptée par le Tribunal Supérieur*. Et il doit en aller de même pour les procès qui sont encore pendants en première instance.

⁹³ « La *reclamação* est un dispositif procédural dont la finalité est d'assurer la compétence du STF et du STJ. De cette manière, lorsqu'une décision rendue par un groupe de magistrats ou lors d'une séance plénière, que ce soit moyennant un acte propre au STF ou un acte extérieur au tribunal, le STF, d'office ou à travers une *reclamação* déposée par l'intéressé, peut déterminer l'adoption des mesures nécessaires pour garantir ses décisions ». (ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2020. p. 926).

⁹⁴ Il y a des différences entre ces deux dispositifs, qui, à mon avis, ne touchent pas à la question centrale de ce texte.

C'est pourquoi une partie considérable de la doctrine affirme que ce qui contraint dans ces cas n'est pas la *ratio decidendi* du recours jugé, mais la *thèse* : la thèse est un énoncé normatif simple qui sert de base à la décision du recours choisi et qui devra servir de fondement également aux décisions de tous les autres recours provenant de cas similaires non seulement du point de vue juridique mais aussi du *point de vue des faits*⁹⁵.

Évidemment, cette méthodologie n'est possible que lorsqu'il s'agit de questions « binaires », c'est-à-dire, de questions qui ne sont pas complexes et qui consistent en des problèmes « de masse », comme la nullité d'une clause dans un contrat bancaire conclu par des dizaines de banques du pays. Une fois le recours choisi jugé, tous les procès en cours dans le pays autour de la même question juridique doivent être décidés de la *même manière*.

La validité de ce précédent et sa force obligatoire s'appliquent aussi aux *situations futures*, autrement dit, aux contestations qui n'ont même pas été présentées. Bien entendu, les demandes concernant une requête qui contredit un précédent contraignant ont tendance à diminuer considérablement, menant à une diminution de la surcharge de travail dans les Tribunaux Supérieurs brésiliens, qui n'est pas raisonnable.

Il existe actuellement au Brésil près de 80 millions de procès en cours.

Le STJ (Tribunal Supérieur de Justice) juge une moyenne de 400.000 procès par an et le STF (Tribunal Fédéral Suprême), qui a subi une diminution dans le nombre de procès jugés en raison de la *repercussão geral*⁹⁶, juge une moyenne de 17.000 procès par an⁹⁷⁻⁹⁸. Le problème de la surcharge du Pouvoir Judiciaire est donc vraiment très sérieux au Brésil et le CPC de 2015 a tenté de le réduire.

Le demandeur qui intente un procès requérant une décision *contraire* à un précédent contraignant subit, naturellement, des sanctions au cours de la procédure. Dans le même sens, le demandeur qui formule une requête *en harmonie* avec ce que prévoit le précédent contraignant jouit d'avantages procéduraux qui raccourcissent la durée du procès.

⁹⁵ « Ainsi, il faut savoir, d'un côté, en quoi consiste exactement la « thèse juridique » et, d'un autre côté, si les prononcés en justice qui jugent les affaires répétitives demeurent confinés à la « thèse juridique » établie par le tribunal ou si, au contraire, ils ont un potentiel pour que leur *ratio decidendi* soit appliquée à d'autres faits, comme un vrai précédent, tout comme on le fait dans le *common law* ». (BARIONI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM, Teresa. Recursos Repetitivos: tese jurídica e *ratio decidendi*. BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 616).

⁹⁶ La «*repercussão geral*» et une condition de recevabilité du recours extraordinaire, jouant le rôle d'un filtre : la question juridique discutée doit être importante au niveau national.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=369> Consulté le 06 janvier 2022.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=9123f27b-bbe6-4896-82ea-8407a5ff7d3d&theme=simplicity&select=clearall>. Consulté le 06 janvier 2022.

Les deux autres dispositifs qui mènent à la formation de précédents contraignants⁹⁹ sont mis en place dans le cadre des tribunaux de *seconde instance*. Il peut y avoir un précédent contraignant pour tout le pays seulement dans le cas où un recours serait formé auprès des Tribunaux Supérieurs.

Ici également revient la discussion sur ce qui est contraignant dans ces précédents. Comme on l'a dit, les Tribunaux Supérieurs rédigent à l'heure actuelle de vrais *énoncés normatifs* (des thèses) qui contiennent le cœur de la décision rendue pour décider du cas devenant précédent contraignant. On discute souvent de la question de savoir si dans cet énoncé doit figurer la *ratio* de la décision.

À mon avis, ces énoncés doivent contenir uniquement le cœur de *la décision elle-même*, car en toute rigueur ils réunissent seulement des *cas identiques*, non pas des cas qui diffèrent sur les faits, mais qui doivent être décidés à la lumière de la même *ratio*¹⁰⁰ (par analogie).

La recherche de la *ratio*, qui comprend normalement un *iter* intellectuel plus raffiné, n'est pas en conformité avec la simplicité de la méthode de formation de précédents contraignants dont il est question lorsqu'il s'agit de *recours répétitifs* et d'IRDR¹⁰¹.

Cependant, quand il est question d'un recours extraordinaire isolé, ne touchant pas à des *questions qui se répètent démesurément dans le pays*, le rattachement au précédent a lieu par le biais de la *ratio*. La formulation des thèses juridiques, dans ce cas, mène à une simplification exagérée de la situation, ce qui ne semble pas convenable¹⁰². Les questions soumises au Pouvoir

⁹⁹ IRDR et IAC, déjà mentionnés.

¹⁰⁰ « Quand on cherche à identifier la *ratio decidendi* et son argumentation juridique correspondante à partir de cet élément, la « thèse juridique » contenue dans l'énoncé du résumé de décision contraignant [dit *Súmula Vinculante*] ou même dans celui du précédent passent au second plan. Les limites linguistiques établis par le tribunal lors du jugement du cas concret qui servira de précédent [...] ont le sens spécifique de faciliter l'identification des cas identiques auxquels le précédent s'appliquera. Mais, en aucun cas, ces limites peuvent être interprétés comme une parfaite délimitation du potentiel du précédent à être appliqué dans d'autres hypothèses analogues, lorsque les faits essentiels du cas concret seront conformes à la *ratio decidendi* du précédent ». (BARIONI, Rodrigo; ARRUDA ALVIM, Teresa. Recursos Repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 619).

¹⁰¹ « Néanmoins, cela ne se produira pas de façon directe dans le régime des recours répétitifs, dont le but est de rendre possible la suspension et la résolution de tous les procès touchant à la même question de droit. Ainsi, la décision à être adoptée dans le jugement doit servir, de façon prioritaire, à la résolution des recours ou des requêtes dont la procédure ait été suspendue. L'utilisation de la *ratio decidendi* pour interpréter la décision prise lors d'un jugement répétitif devra, effectivement, avoir lieu, mais postérieurement et en dehors de la finalité principale du traitement des litiges de masse ». (Rodrigo Barioni: Recursos Repetitivos: tese jurídica e ratio decidendi. BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 619).

¹⁰² Ainsi nous éclaire Marino Marinelli: « Infatti (lo ha di recente dimostrato nella dottrina italiana Passanante, in una bella e documentata monografia, suggestivamente intitolata '*Il precedente impossibile*'), nei sistemi di *civil law*, il giurista (teorico e pratico) ma anche il legislatore tendono – per loro *forma mentis* – a identificare il precedente giudiziario perlopiù con un enunciato normativo, avente perciò un carattere generale ed astratto, consacrato in una massima o principio di diritto, che non sempre (anzi, di rado) reca traccia della singola fattispecie oggetto di giudizio. E anche quando accade che la massima o il principio di diritto facciano riferimento ai fatti,

Judiciaire par voie de recours extraordinaire sont normalmente complexes et leur réduction à une *thèse* de trois ou quatre phrases crée une illusion de simplicité, limitant indûment la portée du précédent¹⁰³.

Les commentaires de la doctrine

Il était attendu des commentaires de la part de la doctrine parce que : (i) la règle (qui d'ailleurs n'est pas formulée d'une façon expresse en droit brésilien) selon laquelle le juge est soumis seulement à la loi reste affaiblie devant les cas où les précédents sont obligatoires – est-ce constitutionnel ? (ii) la règle issue du Pouvoir Judiciaire serait-elle le fruit d'un gain de maturité de la part de la société ?

Une partie de la doctrine a objecté de sérieuses critiques à la façon dont le législateur procédural civil de 2015 a régi cette matière. Ces commentaires étaient fondés sur des raisons d'ordre constitutionnel, liées naturellement à la conception traditionnelle de la tripartition des pouvoirs. Il s'agit d'auteurs de renom dans le pays mais qui, jusqu'à présent, représentent une minorité.

Ils invoquent l'inconstitutionnalité qui résulte du fait d'obliger le juge à décider d'après les décisions d'autres juges, au motif que cela enfreindrait la règle de la tripartition des fonctions du pouvoir. Les contre-arguments se fondent sur l'inadmissibilité d'une vie sociale dépouillée de prévisibilité dans le droit, d'égalité et de sécurité juridique.

Il est important de souligner que les critiques qui ont été faites par une partie de la doctrine, affirmant que ce système provoque la formation d'un précédent avant que la matière ne soit mûre dans la société, ont été neutralisées par le législateur par la possibilité de réalisation d'*audiences publiques* où, en théorie, n'importe quel membre de la population peut s'inscrire.

Ce qui arrive généralement c'est que des économistes, des scientifiques, des spécialistes dans l'objet du conflit central du procès se manifestent d'une façon dense et bien fondée pendant ces audiences.

questo avviene spesso in modo tale che i fatti stessi, lungi dall'essere descritti nella loro concretezza, siano già ridotti a fattispecie normativa (o para-normativa) e così, già portati al loro livello più elevato di astrazione". (MARINELLI, Marino. I precedenti giudiziari tra "obbligatorietà" e "persuasività": note comparatistiche e riflessioni sparse a margine del nuovo c.p.c. brasiliano e della sua "súmula vinculante". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 45, n. 304, p. 317-336, jun./2020).

¹⁰³ Le même auteur poursuit : "Questo vale senz'altro per l'Italia (in cui è diffuso – anzi, direi ormai radicato – l'uso delle massime come surrogato o addirittura come vero e proprio equivalente del precedente), ma lo stesso o analogo discorso può farsi, in buona sostanza, anche per altri sistemi di *civil law*. Basta dare una scorsa alle formule (più o meno) 'liofilizzate' di cui ai 'Sommaires' degli *arrêts* pubblicati nei *Bulletins* della *Cour de Cassation* francese, alle '*Leitsatzentscheidungen*' dei *Zivil- e Strafsenate* del *Bundesgerichtshof* tedesco, ai '*Resúmenes*' delle *sentencias* del *Tribunal Supremo* iberico.

Insomma, in estrema (e forse semplicistica) sintesi: nel processo di *civil law*, parti e giudice (e pure il legislatore) tendono ad applicare il precedente *grosso modo* come applicherebbero una norma giuridica (l'applicazione del precedente è modellata su quella di norme generali ed astratte a fatti concreti e sulla sussunzione dei secondi nelle prime)". (MARINELLI, Marino. I precedenti giudiziari tra "obbligatorietà" e "persuasività": note comparatistiche e riflessioni sparse a margine del nuovo c.p.c. brasiliano e della sua "súmula vinculante". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 45, n. 304, p. 317-336, jun./2020).

D'un autre côté, la possibilité d'intervention des *amici curiae*¹⁰⁴ est largement répandue avant la formation d'un précédent obligatoire. Ils peuvent prendre l'initiative de participer au procès ou bien être intimés par le tribunal. L'*amicus curiae*, en droit brésilien, est celui qui apporte la vision d'un certain secteur de la société à propos de l'objet du litige¹⁰⁵. Dans une affaire bancaire, par exemple, très probablement des associations des institutions financières et des consommateurs y prendront part.

Il s'agit de deux possibilités de neutraliser le « déficit » démocratique de la formation d'un précédent obligatoire à travers les méthodes créées par le Code de 2015.

3. Cette notion et ce rôle ont-ils évolué au cours du temps ? Sous l'influence de quels facteurs (pratiques, économiques, politiques, technologiques, etc.) ? Le droit comparé et l'observation des règles adoptées, des solutions adoptées et des pratiques suivies à l'étranger ont-ils été des facteurs d'évolution ?

Les circonstances ayant mené le législateur à promouvoir la valorisation de la jurisprudence et le caractère contraignant des précédents sont doubles. La première a été la reconnaissance de l'inexorabilité de la fonction créatrice de la jurisprudence, qui se manifeste y compris par le biais de l'activité interprétative. La seconde a été l'augmentation du nombre de litiges de masse dans le pays, ce qui a engendré un accroissement excessif du volume de travail des Tribunaux Supérieurs, à quoi s'est ajouté le risque de non-respect du principe d'égalité et d'affaiblissement de la sécurité juridique.

Le manque de sécurité juridique se reflète, évidemment, dans l'économie et finit même par décourager les investissements étrangers.

Un des dispositifs au sein duquel naît un précédent contraignant (l'IRDR - Incident de résolution de demandes répétitives) a été ouvertement inspiré par un dispositif allemand, le *Musterverfahren*. Celui-ci a eu pour but spécifique de résoudre la situation causée par la grande quantité de demandes intentées en raison d'un problème créé par la *Deutsche Telekom* et censé

¹⁰⁴ « L'*amicus curiae*, personnalité ayant son origine dans le droit anglo-saxon, intervient dans la procédure dans le but de collaborer avec la Cour Suprême (*interventio ad adiuvandum*), déduisant des raisons, composant des mémoires, constituant des dossiers, pouvant faire tout ce qui soit à sa portée pour aider le pouvoir suprême dans l'acheminement des questions relatives au contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois et des actes normatifs (...). La personne ou l'organe en question se doit d'être convenable, ayant de la représentativité et une habilitation reconnue dans le domaine faisant objet de l'action en justice. Il peut s'agir d'une personne physique, morale, d'un professeur de droit, d'une association civile, d'un scientifique, d'un organe ou entité, pourvu qu'il soit respectable, ayant de la reconnaissance scientifique ou de la représentativité pour émettre des opinions sur la matière faisant objet de l'action ». (NEREY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 85).

¹⁰⁵ « Avec le développement du dispositif dans ces pays, il est devenu commun d'affirmer que l'intervention de l'*amicus curiae* se justifiait pour des fins de légitimation de la décision dans la mesure exacte où il finit par avoir un rôle légitimateur des décisions en apportant aux juges des données, des informations, des inquiétudes qui, d'une autre manière, passeraient inaperçues dans le Judiciaire ». (BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no direito brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 585, note 56).

être réglé par une loi qui n'était en vigueur que pour une période déterminée, et qui a fini par être prolongée¹⁰⁶⁻¹⁰⁷.

On peut dire que les *recours répétitifs* ont été inspirés par des méthodes d'*Aggregate litigation* mis en place ailleurs, quoique par aucun en particulier.

Le fait est que, à partir de la reconnaissance que la *construction du droit* se fait par le travail du législateur *et aussi par celui du Judiciaire*, et que, par conséquent, la parole du juge, dans une certaine mesure, *est, elle aussi, la norme*, le législateur s'est aperçu que la jurisprudence doit être : (i) uniformisée ; (ii) stable¹⁰⁸ ; (iii) dans certains cas, elle peut être imposée ; (iv) ses effets doivent être souvent modulés, vu que la jurisprudence qui change est *jus superveniens*. On peut citer plusieurs cas dans le droit brésilien qui n'étaient pas résolus expressément par le droit positif et qui ont trouvé leur résolution dans la jurisprudence. Un bon exemple historique est la situation de la *concubine*, qui a été améliorée au fil du temps, par action exclusive du Pouvoir Judiciaire. Enfin, la Constitution de 1988 a créé le dispositif de l'*union stable* pour protéger ceux qui vivaient ensemble sans être mariés.

Un autre exemple intéressant est celui du *mariage* entre personnes de *même sexe*, qui existe depuis près de dix ans au Brésil, sans qu'il y ait eu de changement dans la loi ou dans la

¹⁰⁶ « Dans ce contexte, devant tant d'insertions législatives et dans le but d'augmenter le caractère contraignant de la jurisprudence, plusieurs auteurs ont constaté un accroissement de la force des précédents judiciaires dans le système procédural brésilien. Quoique l'on adopte la théorie dualiste de l'ordonnancement, avec la conséquente nature déclaratoire de la décision de justice, il faut admettre à l'heure actuelle que la jurisprudence consolidée conditionne des comportements, formant des modèles de conduite stables. En effet, devenant cristallisé, stable, l'entendement solide des tribunaux à propos d'un thème est une donnée importante du fonctionnement juridique, utilisée souvent dans la prise de décision sur les conduites individuelles ». (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 38, n. 221, p. 2, jul. 2013).

¹⁰⁷ « On observe, d'un côté, que la continuité favorise la sécurité juridique, intégrant la nécessité de constance (Beständigkeit) et de cohérence (Stetigkeit) dans les procédures de changement normatif, menant à l'invariabilité des règles (...) Pourtant, cette tendance de stabilité n'est pas définitive, intangible, immuable, inaltérable. Il s'agit d'une force *prima facie* qui peut être infirmée si des circonstances particulières dans le sens contraire démontrent la nécessité de modification de la position juridique en question ». (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 38, n. 221, p. 7, juillet 2013) (...)

« Par conséquent, il ne s'agit pas seulement d'examiner la continuité juridique sous l'aspect de la cohérence et de la constance, refusant, ainsi, les changements. L'étude de la continuité comprend aussi la reconnaissance d'une marge d'altérabilité. Il est possible d'équilibrer une certaine dose de cohérence, la protection d'un minimum de continuité, à côté d'un espace marginal de changement systématiquement autorisé. Ainsi, la continuité juridique attribue au système seulement une tendance de durée, sans forclure ou empêcher la modification des contenus stables ». (BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III, p. 133; BARROSO, Luis Roberto. Poder constituinte derivado, segurança jurídica e coisa julgada. In: BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. vol. II, p. 409).

¹⁰⁸ « A l'heure actuelle, alors, le format le plus approprié pour la sécurité juridique est la sécurité-continuité ». (KATZ, Alfred. *Op. cit.*, p. 102; WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vetrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing Von Lichtenhahn, 1983. p. 52; SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*. In: DREIER, Horst (ed.). *Grundgesetz Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, Band II, 1998. p. 184).

Constitution. En vérité, cette création de la jurisprudence est contraire à la littéralité du droit positif. La loi a été donc interprétée selon le principe de la dignité humaine et de l'égalité¹⁰⁹.

Ces deux exemples se sont produits bien avant la création par le législateur du dispositif du précédent contraignant. Ils apparaissent ici seulement pour illustrer le poids qu'a la jurisprudence au Brésil depuis longtemps.

Pour conclure cette réponse, je tiens à exposer mon opinion dans le sens où l'adoption de ce système de précédents au Brésil *ne s'est pas inspirée directement des pays de common law*. Plusieurs auteurs soutiennent, à mon avis à tort, l'inverse. Car, comme j'ai tenté de le démontrer, le *problème principal* que l'on a cherché à résoudre a été celui des *litiges de masse*, avec l'application de la « thèse » aux cas identiques (non analogues).

4. La notion de jurisprudence y recouvre-t-elle seulement les décisions rendues par les juridictions supérieures ou s'entend-on pour y inclure les décisions rendues par certaines autres juridictions, de première instance ou de deuxième degré ? Et si oui, lesquelles et pour quelles raisons/sur quels fondements ?

La notion de jurisprudence couvre les décisions rendues par les Tribunaux de seconde instance et par les Tribunaux Supérieurs¹¹⁰. Difficilement ce mot est utilisé lorsqu'il s'agit de décisions de première instance.

Les dispositifs dont le but est d'uniformiser la jurisprudence existent seulement en seconde instance et pour l'instance supérieure.

En effet, je crois qu'il y a une espèce de « vérité incontestable » dans le sens où les décisions collégiales ont plus de chances d'être correctes que les décisions rendues par un seul juge. C'est l'idée sous-jacente au principe du double degré de juridiction¹¹¹. Au Brésil, la première instance est intégrée par des juges qui agissent seuls, c'est-à-dire des juges qui décident par eux-mêmes des questions qui leur sont soumises.

¹⁰⁹ REsp 1.183.378/RS, 4^a. T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011.

¹¹⁰ « Le principe du double degré de juridiction a un rapport étroit avec le souci des ordonnancements juridiques d'éviter la possibilité d'un abus de pouvoir de la part du juge, ce qui pourrait en thèse arriver si la décision n'était pas révisée par un autre organe du Pouvoir Judiciaire (...) En outre, notre subjectivité nous met naturellement contre une décision qui ne nous soit pas favorable, de sorte que le sentiment psychologique de l'être humain fait que l'on réagisse immédiatement à une sentence défavorable, cherchant à prétendre, au moins, à un nouveau jugement sur la même matière (...) Et, au Brésil, c'est la Constitution Fédérale elle-même qui donne le ton, les contours et les limites du double degré de juridiction. Ainsi, pour que le binôme sécurité-justice soit effectif, les litiges ne pourraient se perpétuer dans le temps, sous prétexte de fournir une plus grande sécurité à ceux qui font appel à l'activité juridictionnelle pour substituer ses volontés. L'objectif du double degré de juridiction est, par conséquent, de promouvoir une adéquation entre la réalité du contexte social de chaque pays et le droit à la sécurité et à la justice des décisions rendues, conformément à la Constitution Fédérale ». (NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 58-60).

¹¹¹ «Par ailleurs, la possibilité que la décision rendue en premier ressort soit injuste ou erronée fait que l'on permette sa réforme par le biais des voies de recours ». (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975. p. 138).

Ainsi, les décisions des juges de première instance, en principe, ne sont pas vues comme un vecteur dans la création de droit : elles ne sont même pas citées dans des arrêts ou dans les requêtes déposées par les avocats.

5. Quel est l'état de diffusion au public (professionnel et non-professionnel) des décisions rendues par l'ensemble des juridictions ? Quels sont les principaux vecteurs de cette diffusion ?

La publicité des jugements et des décisions juridictionnelles est, au Brésil, une garantie constitutionnelle.

Ce qui peut être considéré comme une nouveauté, c'est la diffusion d'une façon organisée, selon quelques critères, de certaines décisions sur internet, principalement celles qui sont qualifiées comme précédents obligatoires. Il existe une tendance claire des Tribunaux à créer des banques de données.

Il faut reconnaître que les tribunaux supérieurs sont en train de faire de grands efforts pour comprendre et pour donner de l'effectivité à ce nouveau système de précédents créé par le nouveau code. Ces efforts ne se limitent pas à comprendre le système pour bien décider et pour bien employer les techniques de création des précédents obligatoires. Bien au-delà, un investissement en technologie pour diffuser les résultats des jugements issus du système de recours répétitifs est en train d'être fait.

En fait, le Brésil est un pays où la technologie dédiée au Pouvoir Judiciaire est très bien développée. Les procès électroniques sont une réalité au Brésil de nos jours. Tous les procès instaurés à présent sont électroniques et les autres, qui étaient en cours, ont tous déjà gagné une version numérique.

Pendant la pandémie, le Pouvoir Judiciaire ne s'est pas arrêté. Tout a fonctionné normalement sur internet. Les séances de jugement des tribunaux supérieurs peuvent être vues sur « *Youtube* » ou à la télévision, depuis quelques années.

Tout cela démontre que le Brésil est capable de diffuser les précédents obligatoires de façon organisée. Ainsi, le respect des précédents peut être exigé des autres organes du Pouvoir Judiciaire et de la société.

Le Tribunal Supérieur de Justice dispose d'un site : <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas-repetitivos> et d'un bulletin mensuel <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/Boletim-de-precedentes>, où les « thèses » susmentionnées sont diffusées, de façon organisée, pour la recherche.

Le CNJ (Conseil National de Justice) a mis en place une banque nationale de précédents obligatoires et le STF dispose de publications ayant pour but la diffusion nationale et internationale de précédents : *bulletins* et *case law compilation*.

Les *bulletins* sont une publication quadrimestrielle, depuis juin 2021, présentant un résumé des principales décisions du STF, dans le but d'élargir l'insertion des interprétations de la Cour Suprême brésilienne à l'échelle internationale. La rédaction est adaptée selon le Thésaurus Systématique adopté par la commission de Venise.

Cependant, la diffusion des décisions de première instance est quasiment inexistante.

6. Quel usage les praticiens (avocats, administrations, organisations privées, juges des juridictions supérieures et inférieures notamment) et les universitaires font-ils, d'ores et déjà, des décisions rendues par les juridictions de degrés inférieurs ?

Les décisions des juridictions de second degré sont utilisées en deux circonstances (i) quand il s'agit d'un Tribunal d'un état important pour la fédération comme São Paulo (ii) quand il s'agit des décisions qui concernent la loi d'une ville ou celle d'un état fédéré, c'est-à-dire, d'une question qui ne sera probablement pas portée devant les tribunaux supérieurs.

Une décision d'un juge de première instance sera difficilement utilisée par un avocat, même pas comme un argument de renforcement.

L'une des raisons qui expliquent que la sentence du juge de première instance n'ait pas beaucoup de valeur est peut-être le nombre de voies de recours qui existent au Brésil, dont découle la possibilité qu'elle soit réformée. Se pourvoir contre une décision de justice est facile et ne coûte pas cher.

7. L'augmentation de la diffusion de ces dernières décisions est-elle d'actualité et, le cas échéant, que vous semble-t-elle augurer de l'importance accordée à la « jurisprudence » des juges de degré inférieur (première et deuxième instances) ? En contrepoint, quelle pourrait être, selon vous, l'évolution du rôle des juridictions supérieures, voire celui de la loi confrontée conjointement à la jurisprudence des juridictions supérieures et à la « jurisprudence » des juridictions de la base ?

L'importance accordée à la juridiction des tribunaux de second degré et des juges de première instance est faible, puisque le droit substantiel, au Brésil, est notamment fédéral, c'est-à-dire que les lois ne sont pas locales. Le dernier mot revient donc aux Tribunaux Supérieurs. Nous avons, en effet, un Code Civil, un code de la protection aux consommateurs, un Code Pénal, etc. soit, des lois dont la portée est nationale. Nous ne sommes pas une fédération comme celle de l'Amérique du Nord. Notre fédération est beaucoup plus centralisée et la plupart des lois importantes du pays sont appliquées à l'échelle nationale.

Il existe chez nous des mécanismes d'harmonisation normative des décisions rendues par des juridictions inférieures, comme on l'a déjà montré. Ces mécanismes peuvent être appliqués en deuxième instance par le biais des dispositifs « Incident de résolution de demandes répétitives » (IRDR) et « Incident de prise en charge de compétence » (IAC), mentionnés auparavant.

Ces dispositifs concernent l'uniformisation des questions juridiques *stricto sensu*, c'est-à-dire, des questions de droit. La principale différence qui existe entre ces deux chemins ou méthodes réside dans le fait que l'IRDR a été conçu pour résoudre les questions liées aux contentieux de masse – qui se répètent d'une façon identique *partout dans le pays*. L'IAC – qui, à son tour, a été perfectionné, puisqu'il existait déjà avant le nouveau Code de Procédure Civile – n'a pas pour but d'harmoniser l'interprétation d'une « *quaestio iuris* » liée aux contentieux de masse, mais de résoudre des cas qui, quoique différents du point de vue des faits, doivent être décidés à la lumière de la même *ratio decidendi*.

Les résultats de cette harmonisation atteignent seulement la zone géographique de compétence du Tribunal de seconde instance. Son efficacité nationale dépend d'un éventuel recours (jugé sur le fond) destiné aux Tribunaux Supérieurs.

À mon avis, comme je l'ai déjà souligné, la jurisprudence de première instance n'est pas valorisée au Brésil. Elle n'exerce aucune influence sur la modification des lois. Un des signes de ce manque d'importance est l'effet suspensif « *ex lege* » de l'appel (les sentences ne produisent aucun effet sur le plan des faits jusqu'à ce que cette voie de recours soit décidée).

Démystifier la théorie et la pratique du précédent judiciaire aux États-Unis

Mitchel LASSER

Professeur de droit Jack G. Clarke à la Cornell Law School

Janvier 2022

La discipline du droit comparé a longtemps porté attention à la manière dont les systèmes juridiques utilisent ou non le précédent judiciaire. À l'instar d'autres distinctions qui définissent depuis longtemps le domaine, telles que la distinction entre la procédure contradictoire et la procédure inquisitoriale¹¹², entre le droit bourgeois et le droit socialiste¹¹³, ou entre la procédure pénale axée sur les droits fondamentaux et celle axée sur la vérité¹¹⁴, la distinction entre les systèmes juridiques fondés sur le précédent et ceux fondés sur les codes a joué un rôle fondamental dans la structuration de notre façon de concevoir la différence entre la *common law* et la *civil law*. Dans aucun contexte cette distinction n'a été aussi apparente, et apparemment pertinente, que dans l'analyse comparative des systèmes juridiques américain et français, pour qui le précédent judiciaire joue un rôle tellement différent, ne serait-ce qu'à première vue¹¹⁵.

Cette contribution vise à corriger les malentendus que nous constatons en France en ce qui concerne la pratique américaine du précédent. Sa thèse initiale est assez simple, même si les conclusions à en tirer sont plus nuancées. Cette thèse est forte : les juristes américains ne partagent pas, et n'ont probablement jamais partagé, une conception ou approche unique en ce qui concerne le précédent. Cette contribution cherche donc à démystifier quelques hypothèses fondamentales sur la façon dont les juristes américains conçoivent et utilisent le précédent. Elle avance trois propositions. Premièrement, le précédent n'a jamais été considéré aux États-Unis comme applicable de manière stricte ou absolue. Deuxièmement, il n'existe aucun consensus sur les avantages et les inconvénients du précédent en tant que pratique judiciaire. Et, troisièmement, les juristes américains ne sont même pas d'accord sur le degré de contrainte que génère en réalité le précédent.

Une fois que nous aurons reconnu les désaccords insolubles et interminables sur le précédent, nous présenterons trois débats américains contemporains qui portent sur l'utilisation des précédents. Le premier, et le plus ancien, concerne les effets du passage des méthodes traditionnelles de recherche juridique aux recherches par voie électronique. Le second porte également sur l'essor de la publication électronique : il concerne la capacité des parties averties

¹¹² Pour des critiques de cette distinction, voir John Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U.Chi. L.Rev. 823 (1985); MIRJAN DAMASKA, *THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY: A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS* 3-6 (1986).

¹¹³ EVGENY PASHUKANIS, *LAW AND MARXISM* (trans, B. Einhorn, 1978).

¹¹⁴ R. B. Schlesinger, *Comparative Criminal Procedure - A Plea for Utilizing Foreign Experience*, 26 BUFFALO L. REV 361(1977).

¹¹⁵ JOHN DAWSON, *THE ORACLES OF THE LAW* (1968). Cf. MITCHEL LASSER, *JUDICIAL DELIBERATIONS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF JUDICIAL TRANSPARENCY AND LEGITIMACY* (2004). Avec toutes nos excuses à nos voisins du nord et du sud, nous utiliserons l'adjectif « américain » plutôt qu' « Étatsuniens ».

à accéder aux jugements officiellement désignés comme « non publiés » et à en faire usage. Le troisième porte sur la montée du soi-disant « *shadow docket* » de la Cour suprême des États-Unis, dans lequel la Cour rend des ordonnances sommaires et inexplicables qui jouent néanmoins un rôle de plus en plus important dans le développement du droit.

Enfin, nous tirerons quelques conclusions sur ce que ces débats nous apprennent de la nature et du fonctionnement du précédent dans le système juridique américain. Bien que nous ne croyions pas à la capacité de transférer facilement les conclusions tirées d'un contexte national à un autre, nous pensons qu'une meilleure compréhension des débats juridiques américains pourrait néanmoins être utile à deux égards. Premièrement, cela pourrait aider à déblayer le terrain d'arguments trompeurs fondés sur de fausses idées comparatives. Deuxièmement, l'analyse de la pratique américaine du précédent pourrait peut-être rendre plus évidents les enjeux potentiels du précédent dans les interactions entre les tribunaux, les commentateurs avisés et les parties averties.

I. QUELQUES BREVES DEFINITIONS

Il deviendra bientôt évident que la seule chose que l'on puisse dire avec certitude à propos de la conception américaine du précédent est que les juristes américains ne s'accordent aucunement sur ce qu'il est ou sur ce qu'il devrait être. Bien que le précédent judiciaire joue un rôle primordial dans la conception américaine de ce qui constitue la tradition de la *common law* et de ce qui la distingue de la tradition de la *civil law*, et qu'il représente ainsi un élément fondamental de l'identité juridique américaine, les juristes américains sont en désaccord perpétuel sur sa nature, sa fonction, son fonctionnement et ses mérites.

Compte tenu de ce désaccord persistant, il est difficile de proposer une définition simple du précédent. Nous ne voulons pas insister sur ce point dès maintenant, mais nous verrons que cette difficulté est révélatrice. Certains traitent les précédents d'une manière axée sur les règles : les précédents sont des règles établies par des décisions judiciaires antérieures et doivent être traités comme tels¹¹⁶. D'autres adoptent une approche plus sociologique et comportementale. Ainsi le grand juriste réaliste Karl Llewellyn définissait le précédent comme « un fonctionnaire qui refait dans des circonstances similaires essentiellement ce qui a été fait auparavant par lui ou par son prédécesseur »¹¹⁷. Et de nombreux observateurs avertis, tels que Fred Schauer et Llewellyn lui-même, traitent le précédent comme une pratique argumentative qui se réfère à

¹¹⁶ Voir, e.g., Larry A. Alexander and Emily Sherwin, *Precedent*, U. San Diego L. Stud. Research Paper No. 05-14 (2004), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=591666 [*“Precedent”*]; LARRY A. ALEXANDER AND EMILY SHERWIN, THE RULE OF RULES: MORALITY, RULES, AND THE DILEMMAS OF LAW 137-56; Larry Alexander, *Constrained by Precedent*, 63 S. Cal L. Rev. 1 (1989). Le *Black's Law Dictionary* définit le précédent comme étant « une règle établie pour la première fois par une juridiction antérieure dans un type particulier d'affaire qui servira de référence pour statuer dans d'autres affaires similaires. » *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009).

¹¹⁷ KARL LLEWELLYN, THE BRAMBLE BUSH: SOME LECTURES ON LAW AND ITS STUDY 61 (1930). Toutes les traductions sont de l'auteur de ce cette contribution.

des décisions antérieures pour aider à trancher les différends actuels en tenant compte des litiges futurs¹¹⁸.

La seule question définitionnelle et conceptuelle sur laquelle tous s'accordent est que le précédent fonctionne sur deux vecteurs assez différents : le précédent vertical et le précédent horizontal¹¹⁹. Le premier implique l'obligation des juridictions inférieures de suivre les décisions des juridictions situées plus haut dans la hiérarchie judiciaire. Aux États-Unis, il n'y a effectivement aucun débat sur cette question : les juridictions inférieures sont soumises à cette obligation, point final. Comme nous le verrons, bien qu'il existe peu de conflits à cet égard, il reste néanmoins beaucoup de désaccords quant à savoir si le précédent de la cour supérieure s'applique à la présente affaire, quels aspects du jugement doivent être considérés comme faisant autorité, comment exactement le précédent doit être interprété, et ainsi de suite¹²⁰. Le second (le précédent horizontal ou le *stare decisis*) implique l'obligation d'un tribunal de suivre ses propres jugements antérieurs. Et cela génère des débats sans fin, y compris sur des questions qui se posent aussi bien dans le contexte vertical. Venons-en donc à ces questions âprement débattues.

II. DEMYSTIFIER CERTAINS MYTHES SUR L'APPROCHE AMERICAINE DU PRECEDENT

A. Le système américain du précédent n'est ni rigide ni absolu

Le premier point important est que la plupart des juristes américains n'ont jamais considéré le précédent comme rigide ou absolu. Quelques-uns, comme Alexander et Sherwin, ont soutenu que, pour une série de raisons philosophiques et politiques, « les tribunaux peuvent mieux servir les fins du système juridique en traitant les règles annoncées dans des affaires antérieures comme contraignantes »¹²¹. Mais même Alexander et Sherwin reconnaissent non seulement l'existence d'oppositions, de longue date, à leur point de vue, mais aussi que « l'identification des règles applicables implique bien sûr une interprétation »¹²². Comme l'a compris le perspicace André Tunc, l'approche américaine du précédent n'a donc pas grand-chose à voir avec la position rigide doctrinaire adoptée par la Chambre des lords britannique au XIXe siècle (et rejetée depuis), selon laquelle la Chambre des lords ne pouvait annuler ses propres précédents¹²³.

¹¹⁸ Voir Karl Llewellyn, "Precedent," dans *id.*, p. 51; Frederick Schauer, *Precedent*, 39 STAN. L. REV. 571 (1987).

¹¹⁹ Voir Frederick Schauer, "Precedent," in THE ROUTLEDGE COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW 123, 124 (Andrei Marmor, ed., 2012).

¹²⁰ Voir Thomas G. Hansford, James F. Spriggs II, and Anthony A. Stenger, *The Information Dynamics of Vertical Stare Decisis*, 75(4) J. Politics 894 (2013) (offrant une intéressante analyse empirique sur la façon dont le précédent vertical permet aux juridictions inférieures de fournir des informations précieuses aux juridictions supérieures).

¹²¹ Larry A. Alexander and Emily Sherwin, *Precedent*, *supra* note 5 à 1.

¹²² *Id.*, p. 6, 9.

¹²³ Voir l'Opinion de Lord Campbell dans *Beamish v. Beamish*, 9 H.L. Cas. 274, 338-39, 11 Eng. Rep. 735, 761 (1861); *London Tramways Co. v. London County Council* [1898] A.C 375. Voir W. Barton Leach, *Revisionism in the House of Lords: The Bastion of Rigid Stare Decisis Falls*, 80 HARV. L. REV. 797 (1967); André Tunc, *The*

L'explication peut-être la plus claire et perspicace de la manière dont les avocats et les juges américains appliquent réellement les précédents a été publiée par Karl Llewellyn il y a près de 100 ans. Dans les conférences d'introduction qu'il donnait à l'époque aux nouveaux étudiants de la Columbia Law School, il expliquait :

Ce que je souhaite enfoncer profondément dans votre esprit à propos de la doctrine du précédent, c'est donc qu'elle est à deux têtes. C'est tout comme le visage de Janus. Le précédent n'est pas une doctrine, ni une ligne de doctrine, mais bien deux doctrines qui, appliquées en même temps au même précédent, sont contradictoires l'une avec l'autre. Il existe une doctrine pour se débarrasser des précédents jugés gênants et une doctrine pour exploiter les précédents qui semblent utiles. Ces deux doctrines existent côte à côte¹²⁴.

La première approche du précédent (qu'il qualifie de « stricte ») consiste à donner une interprétation étroite de la décision judiciaire antérieure afin de limiter son impact sur les affaires suivantes. La seconde (qu'il qualifie d'« ample »), est l'inverse : elle donne une interprétation large de la décision judiciaire antérieure afin d'en amplifier l'impact. Et qu'il n'y ait aucun malentendu : « à en juger par la pratique des tribunaux les plus respectés, [chaque] doctrine est comme l'autre, reconnue, légitime, honorable »¹²⁵. En effet, non seulement les deux approches sont toujours légitimement disponibles pour les avocats et les juges, mais les deux pourront être utilisées par les mêmes juristes dans le même argument. Il insistait donc :

Ces doctrines existent côte à côte. Le même avocat dans le même mémoire, le même juge dans la même opinion, peut utiliser la première doctrine, celle qui est techniquement stricte, pour réduire de moitié les affaires plus anciennes qu'il traite, et utiliser l'autre doctrine, celle qui est ample, pour construire avec l'autre moitié. Jusqu'à ce que vous compreniez cela, vous ne voyez pas comment il est possible que le droit puisse changer et se développer, tout en restant ancré dans le passé¹²⁶.

Pour Llewellyn, comme pour la plupart des juristes américains instruits au cours des cent dernières années au moins, le précédent n'est donc pas simplement *une règle*. C'est *un mode d'argumentation* qui produit à la fois stabilité et souplesse, liberté et contrainte. D'une part, les avocats et les juges doivent se référer aux décisions antérieures et argumenter dans les termes qu'elles établissent. Mais de l'autre, ces termes peuvent toujours être interprétés de manière plus large ou plus étroite, conduisant ainsi à des résultats diamétralement opposés. Le précédent peut donc aider à définir les termes et les paramètres d'un débat ; mais il ne peut pas dicter les résultats requis dans des cas particuliers. Comme le déclare Llewellyn à propos des règles du précédent : « De plus, jusqu'à ce que vous voyiez ce double aspect de la doctrine en action, vous ne pourrez apprécier à quel point vous ne pouvez que peu prédire en détail à partir des seules règles »¹²⁷. Et comme les arrêts d'aujourd'hui seront les précédents de demain,

Not So Common Law of England and the United States, or, Precedent in England and in the United States, a Field Study by an Outsider, 47 MOD. L. REV. 150 (1984).

¹²⁴ Llewellyn, *supra* note 6, p. 65.

¹²⁵ *Id.* (emphase dans l'original).

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *Id.*

l'élaboration d'aujourd'hui des termes initialement posés par un arrêt antérieur deviendra à son tour le point de départ des débats de demain.¹²⁸

B. Il n'existe aucun consensus américain sur les mérites du précédent

Étant donné l'importance du précédent dans l'identité de la *Common Law* des États-Unis, il paraît surprenant que l'idée que le précédent horizontal (le *stare decisis*) soit contraignant ne soit pas particulièrement ancienne : loin de remonter à des temps immémoriaux, elle n'a été vraiment reconnue qu'au début du 19^e siècle¹²⁹. Depuis, elle a été presque aussi vigoureusement dénoncée que défendue.

Sa défense s'appuie sur plusieurs arguments. Plusieurs justifications sont fondamentalement pragmatiques. Ainsi, on dit couramment que le précédent favorise la stabilité et la prévisibilité. Selon les mots célèbres du juge Louis Brandeis, « *Stare decisis* est généralement la politique la plus sage, car dans la plupart des cas, il est plus important que la règle de droit applicable soit établie plutôt qu'elle soit bien établie »¹³⁰. Plus récemment, Alexander et Sherwin ont mis l'accent sur la sécurité que les règles constantes de jurisprudence ont tendance à protéger. Les individus peuvent se fier aux décisions passées et planifier en conséquence, ce qui entraîne des avantages de coordination sociale. Les précédents peuvent donc réduire le coût de la prise de décision judiciaire, encourager le règlement privé des différends et accroître la confiance du public dans l'impartialité des tribunaux¹³¹. Mais d'autres ont défendu le précédent sur des positions de principe. Ils soutiennent que les précédents encouragent à traiter les différends de la même manière, promouvant ainsi la primauté de l'État de droit et de l'égalité devant la loi¹³². D'autres encore soutiennent que le précédent reflète une humilité judiciaire convenable¹³³ et invite à un accord intergénérationnel sur les principes juridiques contestés¹³⁴.

Les oppositions, cependant, ont été tout aussi vives. Les progressistes de toutes les époques, de Bentham aux réalistes juridiques et au-delà, se sont opposés au conservatisme apparemment inhérent au précédent. Oliver Wendell Holmes a exprimé son indignation dans le célèbre passage suivant :

Il est révoltant de n'avoir pas de meilleure justification pour une norme juridique que celle qu'elle fut établie à l'époque d'Henri IV. C'est encore plus révoltant si les bases sur lesquelles elle a été établie ont disparu depuis

¹²⁸ Voir Frederick Schauer, *Precedent*, 39 STAN. L. REV. 571, 572-575 (1987).

¹²⁹ Voir Schauer, *supra* note 12, p. 131; Thomas R. Lee, *Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, 52 VAND. L. REV. 645, 670-75 (1999).

¹³⁰ *Burnet v. Coronado Oil & Gas. Co.* 285 US 393, 406 (1932), J. Brandeis dissenting.

¹³¹ Alexander & Sherwin, *Precedent*, *supra* note 5, p. 8.

¹³² Voir, e.g., Daniel A. Farber, *The Rule of Law and the Law of Precedents*, 90 MINN. L. REV. 1173 (2005).

¹³³ Voir Michael Gentithes, *Precedent, Humility, and Justice*, 18 Tex. WESLEYAN L. REV. 801 (2012).

¹³⁴ Voir RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 225-275 (1986).

longtemps, et si la règle persiste simplement par imitation aveugle du passé¹³⁵.

Naturellement, une grande partie de la résistance découle précisément de l'exigence contre-intuitive du précédent horizontal selon laquelle les juges doivent « suivre ce qu'ils croient être les décisions erronées de leurs prédécesseurs »¹³⁶.

Mais dans le contexte américain, l'opposition la plus féroce est venue plus récemment des constitutionnalistes « originalistes » et/ou « textualistes », qui sont le plus souvent positionnés à droite de l'échiquier politique. Pour eux, la demande de suivre le précédent de la Cour suprême dans les affaires constitutionnelles contredit directement leur approche de l'interprétation. Si l'interprétation constitutionnelle doit être fondée sur le sens original de la constitution tel qu'il était compris par ses rédacteurs, et si la meilleure façon de déterminer ce sens est de se concentrer sur le texte constitutionnel, exiger que le juge suive les décisions judiciaires antérieures revient à violer la règle cardinale de l'interprétation constitutionnelle¹³⁷. En effet, une telle exigence serait franchement inconstitutionnelle, car cela établit effectivement la supériorité de l'interprétation judiciaire sur le texte constitutionnel¹³⁸. Cela dit, ce n'est probablement pas un hasard si ces originalistes cherchent particulièrement à échapper aux précédents constitutionnels chers à la gauche, tels que *Roe v. Wade*¹³⁹.

C. Il n'existe aucun consensus sur la contrainte imposée par le précédent

Comme nous l'avons vu, la pratique américaine du précédent n'a jamais fonctionné de la manière rigide qui a longtemps caractérisé son homologue britannique. À quelques exceptions près, l'hypothèse de travail a toujours été que le précédent doit être interprété de manière raisonnable afin de répondre à de nouveaux faits ou aux situations sociales en évolution. Et en dernier recours, le précédent peut toujours être renversé si cela s'avère nécessaire.

Mais cela ne signifie absolument pas qu'il existe un large consensus sur le degré de contrainte interprétative que le précédent exerce de fait sur le juge ou le juriste américain. Même ceux qui se sont engagés à traiter les précédents comme des règles véritablement contraignantes ont tendance à reconnaître ouvertement que l'identification, l'interprétation et l'application de

¹³⁵ Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 469 (1897). Voir aussi, e.g., 1 JEREMY BENTHAM, CONSTITUTIONAL CODE 434 (Fred Rosen & J.H. Burns eds., 1983).

¹³⁶ Schauer, *supra* note 12, p. 131. Ainsi que l'explique le Juge Antonin Scalia: « Toute la fonction de la doctrine [du stare decisis] est de nous faire dire que ce qui est faux selon une bonne analyse doit néanmoins être tenu pour vrai. » ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW 139 (1997).

¹³⁷ Voir, e.g., Michael Stokes Paulsen, *The Inherently Corrupting Influence of Precedent*, 22 CONST. COMMENT. 289 (2005). Certains chercheurs ont tenté de concilier l'originalisme et le précédent, ou en général ou dans des contextes particuliers. Voir, e.g., John McGinnis and Michael Rappaport, *Originalism and Precedent*, 34 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 121 (1994); Michael W. McConnell, *Originalism and the Desegregation Decisions*, 81 VA. L. REV. 947, 953 (1995).

¹³⁸ Voir, e.g., Gary Lawson, *The Constitutional Case Against Precedent*, 17 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 23 (1994).

¹³⁹ Voir, e.g., Michael Stokes Paulsen, *Repudiating Roe (Part II): The Pernicious Doctrine of Stare Decisis*, PUBLIC DISCOURSE (June 29, 2021), available, p. : <https://www.thepublicdiscourse.com/2021/06/76580/>.

ces règles ne représentent aucunement un processus automatique. Alexander et Sherwin, par exemple, déclarent ouvertement : « L'identification des règles applicables implique bien sûr une interprétation »¹⁴⁰. Reconnaisant que cela soulève la question de savoir comment s'engager dans une telle interprétation, ils poursuivent : « Nous supposons que l'interprétation, à cette fin, signifie discerner l'intention du tribunal qui a énoncé la règle »¹⁴¹. Cette réponse ouvre bien sûr une autre boîte de Pandore, à savoir comment identifier et interpréter une telle « intention » ? Pour répondre à cette question, Alexander et Sherwin ne peuvent que se référer à leurs travaux antérieurs, dans lesquels ils « s'appuient sur une conception de l'intention qui inclut des intentions incomplètes, mais non hypothétiques »¹⁴². Bien que tenant fermement à la position selon laquelle le précédent doit être traité comme créant des règles contraignantes, ils finissent donc par descendre dans de tortueux terriers interprétatifs.

Bien entendu, ceux qui ne croient pas que le précédent soit rigide sont encore plus sensibles au large éventail de problèmes interprétatifs et théoriques implicitement soulevés chaque fois qu'un précédent est en jeu. Par exemple, la question de savoir si les faits de deux affaires sont suffisamment similaires pour qu'un jugement concernant la première doive servir de précédent pour la seconde est une question infiniment complexe qui dépend directement de ce qui devrait être considéré comme « similaire » ; et il est impossible de répondre à cette question sans appliquer une « règle de pertinence »¹⁴³. Ceci revient à dire que nous pouvons toujours faire une distinction entre deux scénarios factuels. La question est de savoir si, pour reprendre l'expression classique, ces différences factuelles représentent « une distinction sans différence ». Et nous ne pouvons répondre qu'en élaborant une théorie qui postule *pourquoi* certaines différences importent à certaines fins. En conséquence, toute application de précédent suppose et implique nécessairement un jugement normatif, aussi implicite soit-il ; et ce jugement, comme le suggère Llewellyn, sera dûment contesté par le juriste avisé. C'est à cela que servent les litiges.

Mais les problèmes ne s'arrêtent pas là. Même si nous pouvions identifier quel jugement antérieur devrait être considéré comme suffisamment « similaire » pour être traité de précédent, qu'est-ce exactement dans ce jugement qui devrait être considéré comme ayant force de précédent ? Son dispositif ? Son raisonnement ? Les deux ? Là-dessus aussi, il y a peu d'accords. Traditionnellement, les juristes tentaient de gérer les problèmes de ce type en recourant à la distinction classique entre « holding » et « dicta » dans le jugement judiciaire¹⁴⁴. Mais peu considèrent maintenant que cette distinction soit théoriquement, et encore moins pratiquement, tenable¹⁴⁵. Quelle devrait être, pour reprendre les termes élaborés par Randy Kozel, la « portée » du précédent à appliquer, même dans le cadre des arrêts de la Cour suprême¹⁴⁶ ? Doit-il inclure

¹⁴⁰ Voir Alexander and Sherwin, *Precedent*, supra note 5, p. 6.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.*, note 14, citing LARRY ALEXANDER & EMILY SHERWIN, *THE RULE OF RULES: MORALITY, RULES, AND THE DILEMMAS OF LAW* 96-122 (2001).

¹⁴³ Voir Schauer 1987, p. 577-78.

¹⁴⁴ Voir, e.g., BLACK'S LAW DICTIONARY 1177 (9th ed. 2009) (qualifiant *dicta* comme « non-précédentiel »).

¹⁴⁵ Michael Dorf déclare ouvertement : « Telle qu'elle est actuellement conçue, la distinction [entre holding et dicta] est presque entièrement malléable. » Michael Dorf, *Dicta and Article III*, 142 U. PA. L. REV. 1997, 2005 (1994). Voir also David Klein & Neal Devins, *Dicta, Schmicta: Theory Versus Practice in Lower Court Decision Making*, 54 WM. & MARY L. REV. 2021, 2026 (2013).

¹⁴⁶ Voir Randy Kozel, *The Scope of Precedent*, 113 MICH. L. REV. 179.

uniquement le dispositif du jugement ? Les propositions juridiques « nécessaires » à son résultat¹⁴⁷ ? Les cadres doctrinaux souvent complexes et détaillés qu'établit un tel arrêt¹⁴⁸ ? Même lorsque de telles questions sont explicitement discutées, peu de juristes sont d'accord : parce que « [I]es points de vue sur la portée du précédent sont ainsi entrelacés avec des principes plus profonds sur l'interprétation et sur le jugement juridictionnel »¹⁴⁹, les débats sur le précédent reflètent nécessairement des désaccords plus profonds concernant « le rôle judiciaire, la séparation des pouvoirs, et la pertinence de l'histoire, de la moralité et de la politique... qui éclairent les choix méthodologiques d'un juge »¹⁵⁰. Et ceci n'aborde même pas les positions plus sceptiques adoptées par les chercheurs d'un courant explicitement critique¹⁵¹. En résumé, même ceux qui croient en l'obligation de suivre les précédents ne s'entendent pas sur ce que ce devoir signifie ou exige.

III. TROIS PROBLEMES CONTEMPORAINS

Maintenant que nous avons une idée de base de la vaste gamme de débats et de positions contestées que soulèvent la théorie et la pratique du précédent judiciaire américain, il serait peut-être utile d'aborder très brièvement trois problèmes contemporains qui sont suffisamment liés au précédent pour éclairer comment les juristes américains en font usage. Le premier porte sur les effets du passage aux recherches juridiques par voie électronique. Le second concerne l'utilisation de jugements désignés officiellement comme « non publiés ». Le troisième implique la montée du « shadow docket » de la Cour suprême des États-Unis.

A. « Recherches » booléennes et en langage naturel pour les précédents

Le précédent ne s'annonce pas simplement comme tel à l'avocat qui recherche l'état du droit sur une question dont il est saisi. À tout le moins, un précédent doit être recherché. Jusqu'à assez récemment (en fait jusqu'aux années 1980), ces recherches étaient effectuées exclusivement sur papier, principalement en utilisant le système d'indexation élaboré par la West Publishing Company. Dans la seconde moitié du XIXe siècle, West avait développé un système complet pour publier tous les jugements étatiques et fédéraux. Plus important encore, West a créé un brillant système d'indexation pour organiser cette énorme masse de jugements. Son système « American Digest » classait tous les domaines du droit en quelque quatre cent trente sujets, eux-mêmes subdivisés en sous-sections appelées « Key Numbers », elles-mêmes divisées en autant de subdivisions que les éditeurs de West jugeaient nécessaires pour couvrir

¹⁴⁷ *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 U.S. 44, 67 (1996).

¹⁴⁸ Pour une analyse de la pratique récurrente de la Cour suprême de formuler, d'établir et d'appliquer des « multi-part tests », voir Mitchel Lasser, « *Lit. Theory* » Put to the Test: A Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse, 111 HARV. L. REV. 689-770 (1998).

¹⁴⁹ Kozel, *supra* note 36, p. 183.

¹⁵⁰ *Id.*, p. 180.

¹⁵¹ Voir Duncan Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, 36 J. LEG. EDU. 518 (1986).

et organiser toutes les facettes de chaque question juridique. Les éditeurs intégraient ensuite chaque point de droit dans chaque décision judiciaire dans leur cadre thématique, produisant un index complet pour résumer, organiser et récupérer toute la jurisprudence aux États-Unis.

Le point important est que le précédent n'existait tout simplement pas en soi ; il était en grande partie fabriqué par l'intermédiaire de la West Publishing Company, dont les éditeurs reformulaient le langage des décisions judiciaires de manière à générer des catégories dans lesquelles le langage des décisions ultérieures serait alors adapté¹⁵². Le précédent était donc produit par un processus de fabrication récurrent en plusieurs étapes, dans lequel les matières premières des décisions judiciaires étaient raffinées par les éditeurs de West et puis moulées dans les catégories indexées de West, qui étaient ensuite utilisées par les avocats et les juges pour produire leurs propres arguments et jugements, qui étaient traités à nouveau par West, et ainsi de suite au fil du temps¹⁵³.

Vu sous cet angle, l'avènement de la recherche juridique informatisée représente une rupture plutôt révolutionnaire dans l'histoire du droit américain. Soudain, les avocats et les juges pouvaient effectuer des recherches juridiques d'une manière qui leur donnait accès direct à la base de données des jugements américains en texte intégral. Dès 1986, le professeur Bob Berring conceptualisait toute la portée de la transformation en cours :

Avec LEXIS et WESTLAW, le chercheur pouvait localiser les écrits en utilisant non pas un thésaurus ou un index de sujets prédéterminés, mais la méthode de recherche en texte libre. À l'aide de commandes de recherche qui intègrent la logique booléenne, le chercheur récupérait des documents en demandant des jugements contenant un ou plusieurs termes spécifiques. La logique booléenne permettait aux termes d'être liés par occurrence, proximité, section d'un document et diverses combinaisons de ceux-ci.

La vraie percée avec LEXIS et WESTLAW, cependant, est qu'ils éliminent l'intervention de tout jugement éditorial. Il est désormais possible de rechercher efficacement sans la présence médiatrice des éditeurs de West. Aucun éditeur ou index ne s'interpose entre le langage de l'opinion et le chercheur lorsqu'il formule la demande de recherche¹⁵⁴.

Dans ce nouveau paradigme booléen de texte intégral, le précédent n'était plus un produit de West essentiellement préfabriqué et préemballé, mais de plus en plus une argumentation sur mesure faite par des avocats suffisamment avertis sur le plan technologique et juridique pour effectuer des « recherches » efficaces dans les bases de données de tous les jugements (en texte intégral) ayant été rédigés, sur n'importe quel sujet.

¹⁵² Voir F. Allan Hanson, *From Key Numbers to Keywords: How Automation Has Transformed the Law*, 94 LAW LIBR. J. 563 (2002); Robert C. Berring, *Collapse of the Structure of the Legal Research Universe: The Imperative of Digital Information*, 69 WASH. L. REV. 9, 21 (1994).

¹⁵³ Cela pourrait être fructueusement comparé au clafoutis jurisprudentiel français décrit par Philippe Jestaz et Christophe Jamin. Voir Philippe Jestaz & Christophe Jamin, *L'entité doctrinale française*, DALLOZ CHRONIQUE 167 (1997).

¹⁵⁴ Robert Berring, *Full-Text Databases and Legal Research: Backing into the Future*, 1 HIGH TECH. L.J. 27, 41 (1986) (emphase dans l'original).

Nous mettons le mot « recherche » entre guillemets tout simplement pour souligner les problèmes inhérents à de tels exercices textuels, qu'ils soient booléens ou, éventuellement, en langage naturel. Les commentateurs ont vite reconnu que ces exercices sont entravés par une multitude de problèmes. Le premier est celui des recherches trop étroites. Lorsqu'un chercheur recherche des jugements concernant un garçon de dix ans en recherchant le terme « garçon », il manquera probablement tous ceux faisant référence non pas à « garçon » mais à « enfant », « adolescent », « mineur », « juvénile », « jeune homme », etc¹⁵⁵. Le problème inverse des recherches trop inclusives est tout aussi grave. Comme les bases de données se développent sans cesse, le nombre de jugements récupérés à l'aide de simples recherches de mots devient inacceptable. Face à un nombre de « résultats » aussi ingérable, la stratégie prévisible est pour le chercheur de préciser sa terminologie, ce qui réduit certes le nombre de documents récupérés, mais au prix de perdre un certain pourcentage de documents pertinents en cours de route¹⁵⁶. Et bien sûr, pour autant que les recherches booléennes et en langage naturel soient efficaces pour retrouver des mots exacts, elles le sont beaucoup moins pour rechercher des concepts juridiques plus généraux formulés en d'autres termes¹⁵⁷.

Enfin, ces problèmes sont aggravés par le fait que les plateformes concurrentes de recherche informatique (traditionnellement WESTLAW et LEXIS) ont de bonnes raisons commerciales de minimiser ces problèmes. Plus l'interface informatique est intuitive, plus le chercheur juridique est susceptible d'avoir confiance dans l'efficacité de ses recherches, et donc plus il est prêt à utiliser le produit. Une fois un seuil de précision atteint, les plateformes de recherche juridique sont peu incitées à souligner les insuffisances des recherches effectuées par leurs clients. En conséquence, comme l'expliquent Bast et Pyle : « Un phénomène curieux se manifeste : la perception par les chercheurs de la rigueur de leurs [recherches informatiques] est considérablement différente du rappel réellement obtenu »¹⁵⁸.

En bref, l'essor de la recherche juridique informatisée a fondamentalement changé la nature et le fonctionnement du précédent dans le système juridique américain. Ce qui était autrefois un système plutôt normalisé, organisé, arbitré et distribué par la West Publishing Company, est devenu de plus en plus un processus individualisé. Les avocats et les juges sont beaucoup moins souvent dans la situation de travailler avec un ensemble largement prédéterminé et partagé de documents juridiques : les références judiciaires autrefois préemballées par West. Au contraire, ils peuvent de plus en plus construire leur propre champ de références de précédents au moyen de la recherche informatique, un processus qui dépend beaucoup plus de leurs différentes capacités de mobiliser des ressources en temps et en expertise.

¹⁵⁵ Voir Daniel Dabney, *The Curse of Thamus*, 78 LAW LIB. J. 5, 18 (1986).

¹⁵⁶ Blair and Maron ont qualifié ceci comme étant « la relation inverse entre le Rappel et la Précision. » Voir David Blair & M.E. Maron, *An Evaluation of Retrieval Effectiveness for a Full-Text Document Retrieval System*, 28 COM. ACM 289, 293 (1985).

¹⁵⁷ Berring, *supra* note 43, p. 48.

¹⁵⁸ Carol Bast & Ransford Pyle, *Legal Research in the Computer Age: A Paradigm Shift*, 93 LAW LIBR. J. 285, 293 (2001). En effet, à mesure que les logiciels deviennent de plus en plus sophistiqués et s'éloignent de plus en plus des recherches linguistiques brutes, l'interface informatique et ses protocoles de recherche deviennent de plus en plus invisibles pour le chercheur, qui mesure rarement à quel point ils se sont éloignés des données brutes manipulées par le logiciel. Voir *id.*, p. 298; Robert Berring, *Chaos, Cyberspace and Tradition: Legal Information Transmogrified*, 12 BERKELEY TECH L.J. 189 (1997).

B. Les jugements « non publiés » publiés

L'un des grands mythes du système judiciaire américain est qu'il publie toutes ses décisions judiciaires. C'est loin d'être le cas. Certes, la Cour suprême des États-Unis publie effectivement tous ses jugements et le fait dans un journal officiel (les *United States Reports*). Mais cela ne représente qu'une petite centaine d'arrêtés par an. Les autres tribunaux fédéraux ne publient cependant qu'une fine partie de leurs jugements¹⁵⁹. Ce développement a été mis en marche en 1964, lorsque la Conférence judiciaire des États-Unis a suggéré la publication de « seulement ces avis qui ont une valeur générale de précédent »¹⁶⁰. Dans un souci d'économie, d'efficacité et de clarté, la Conférence décida alors en 1972 de mettre un terme à la pratique traditionnelle de publier quasiment tous les arrêtés¹⁶¹. À la suite de ces décisions institutionnelles, « à peine 11,3% des avis des cours d'appel fédérales ont été officiellement 'publiés' en 2016 »¹⁶².

Cette pratique maintenant bien établie de publication sélective remet en question la notion traditionnelle selon laquelle les juges américains seraient profondément contraints par la nécessité de publier des avis judiciaires signés¹⁶³. En effet, cela sape considérablement la théorie selon laquelle le précédent génère des contraintes en forçant les juges d'aujourd'hui à réfléchir à la manière dont leurs jugements seront utilisés comme précédent à l'avenir¹⁶⁴. En 1968, John Dawson exprimait cette position traditionnelle en avançant sa critique impitoyable (et typiquement américaine) du système judiciaire français :

Une théorie du précédent peut ainsi limiter le pouvoir [judiciaire] dans un double sens : le juge est contraint non seulement par les motifs exprimés dans les jugements antérieurs mais par la nécessité, dans l'affaire dont il est saisi, de définir avec soin l'engagement qu'il prend pour l'avenir. Ces contraintes... ne peuvent être efficaces que si les tribunaux acceptent d'assumer la responsabilité, vis-à-vis du système juridique dans son ensemble, de maintenir son ordre et sa cohérence tout en étant constamment engagés dans de nouvelles créations juridiques. Dans la mesure où le temps et la

¹⁵⁹ Ces jugements ne sont d'ailleurs publiés que par West (dans son *Federal Reporter* et *Federal Supplement*). Nous ne parlons même pas des systèmes judiciaires étatiques, qui sont nettement moins bien financés et organisés.

¹⁶⁰ REPORT OF THE PROCEEDINGS OF THE JUDICIAL CONFERENCE OF THE UNITED STATES 11 (1964). Voir Kirt Shuldberg, *Digital Influence: Technology and Unpublished Opinions in the Federal Courts of Appeals*, 85 CALIF. L. REV. 541, 546 (1997).

¹⁶¹ Voir REPORT OF THE PROCEEDINGS OF THE JUDICIAL CONFERENCE OF THE UNITED STATES 33 (1972). Voir also Lauren K. Robel, *The Myth of the Disposable Opinion: Unpublished Opinions and Government Litigants in the United States Courts of Appeals*, 87 MICH. L. REV. 940, 941-42 (1989) (explaining reasons other than making law for publishing opinions). On the prior regime, Voir Donald R. Songer, *Criteria for Publication of Opinions in the U.S. Courts of Appeals: Formal Rules Versus Empirical Reality*, 73 JUDICATURE 307, 308 (1990).

¹⁶² Elizabeth Earle Beske, *Rethinking the Nonprecedential Opinion*, 65 UCLA L. REV. 808 (2018). Il est curieux (et peut-être révélateur) qu'il existe des estimations très divergentes concernant les taux de publication. La bibliothèque de droit de l'UCLA, par exemple, indique qu'environ un tiers des jugements des Federal Circuit Courts et seulement environ un cinquième des jugements des Federal District Courts sont désormais publiés. Voir <https://libguides.law.ucla.edu/c.php?g=183345&p=1208531>.

¹⁶³ Voir Owen Fiss, *The Bureaucratization of the Judiciary*, 92 YALE L.J. 1442, 1443, 1458 (1983).

¹⁶⁴ Voir *supra* note 7.

perspicacité le permettent, nous nous attendons à ce que chaque opinion judiciaire individuelle se tisse dans une toile parfaite [« seamless web »]¹⁶⁵.

Maintenant que la grande majorité des jugements fédéraux ne sont jamais officiellement publiés, on peut se demander si les États-Unis satisfont eux-mêmes aux normes que Dawson croyait nécessaires pour tout vrai système de précédent¹⁶⁶.

L'essor des recherches informatiques augmente l'effet que la publication sélective a produit sur le fonctionnement du précédent. On aurait pu s'attendre à ce que la diffusion par voie informatique des jugements enlève une grande partie des justifications financières et d'efficacité qui ont motivé la publication sélective. Pourtant, le système de publication sélective persiste, précisément parce qu'il produit des gains d'efficacité pour le pouvoir judiciaire, qui n'a pas à dépenser les ressources nécessaires pour rédiger et publier des jugements complets dans tous les litiges¹⁶⁷.

Il s'avère cependant que le juge américain rédige souvent des jugements même lorsque ceux-ci semblent dépourvus d'intérêt jurisprudentiel et ne seront donc pas désignés pour publication¹⁶⁸. Cette pratique conduit à l'existence d'un énorme corpus de jugements qui, bien que produits par les tribunaux fédéraux américains, n'ont jamais été officiellement publiés. Ceci a provoqué une vive controverse : si les justiciables peuvent mettre la main sur de tels jugements, peuvent-ils les citer dans d'autres litiges ? Et si c'est le cas, quelle serait leur autorité juridique ? C'est-à-dire, peuvent-ils être cités en tant que précédents contraignants ?

Ces questions étaient suffisamment pressantes pour que le Federal Appellate Rules Advisory Committee (le Comité consultatif sur les règles d'appel fédérales) ait finalement dû intervenir, d'autant plus que différents circuits fédéraux avaient adopté des règles très divergentes en la matière. En 2006, le Comité adopta la Règle fédérale de procédure d'appel 32.1, qui interdisait aux tribunaux fédéraux de défendre ou de restreindre la citation d'opinions non publiées¹⁶⁹. Mais pourquoi cette question était-elle si pressante et si chaudement débattue ? Parce que ces jugements étaient devenus disponibles par voie informatique. En vérité, les justiciables avertis avaient compris depuis longtemps les avantages d'avoir accès à de tels jugements non publiés. Ils pouvaient les citer pour étayer leurs arguments. Et même lorsqu'ils ne les citaient pas, ils pouvaient les utiliser pour mieux planifier les litiges et les négociations de règlement.

Comme l'explique Lauren Robel, les « repeat players » particulièrement avisés sont allés encore plus loin. Ils demandaient la publication de jugements soigneusement sélectionnés qui n'étaient pas dès lors publiés mais qui plaidaient en faveur de leurs positions juridiques. En

¹⁶⁵ JOHN DAWSON, *THE ORACLES OF THE LAW* 414 (1968). Dawson estimait que les juges français n'assumaient pas cette responsabilité. *Voir id.*, p. 374-431.

¹⁶⁶ Dès 2005, William Richman expliquait que les juridictions fédérales n'utilisaient le modèle américain traditionnel de prise de décision (plaidoyers, délibérations judiciaires collégiales, rédaction d'une opinion pleinement motivée, précédente et publiée) que dans environ vingt pour cent de leurs affaires. *Voir* William M. Richman, *Much Ado about the Tip of an Iceberg*, 62 WASH. & LEE L. REV. 1723, 1725 (2005).

¹⁶⁷ Inutile de dire qu'une telle publication sélective a longtemps suscité des critiques virulentes. *Voir, e.g.*, Robel, *supra* note 50.

¹⁶⁸ *Voir id.*, p. 943.

¹⁶⁹ Notons que, de manière assez caractéristique, la Règle ne dit rien en ce qui concerne l'autorité potentielle de ces jugements en tant que précédents contraignants.

abordant tactiquement le corpus des arrêts non publiés, ils pouvaient en induire la publication de jugements favorables et ainsi influencer sur l'évolution de la jurisprudence d'une manière qui n'était en réalité pas représentative de la totalité des jugements existants. Ce faisant, ils créaient effectivement des précédents favorables¹⁷⁰.

La disponibilité électronique des jugements a donc considérablement amplifié les problèmes soulevés par les avis non publiés. De plus en plus, l'importante masse d'arrêts officiellement non publiés est devenue systématiquement disponible grâce à des recherches informatiques. Cet état de fait a conduit à la publication paradoxale de jugements « non publiés », c'est-à-dire d'arrêts officiellement « non publiés » facilement accessibles par voie informatique. En effet, la demande pour ces jugements – qui peuvent maintenant être cités (mais généralement pas comme précédents faisant officiellement autorité) – est devenue si grande que la West Publishing Company les publie désormais sous forme papier ainsi que sous forme électronique dans son Annexe Fédérale (*Federal Appendix*)¹⁷¹ ! Avec ces développements, comme l'explique Elizabeth Earle Beske, « le terme d'opinion judiciaire 'non publiée' est devenu un abus de langage évident »¹⁷² qui devrait être remplacé par le terme « non précédentiel »¹⁷³.

En conclusion, les complications pratiques et théoriques soulevées par les arrêts « non publiés » publiés suggèrent fortement l'insuffisance du terme « précédent » pour décrire les enjeux actuels. Si les justiciables recherchent avidement et citent volontiers des jugements antérieurs même lorsqu'ils ne possèdent explicitement aucune autorité en tant que précédent, ils considèrent évidemment que ces jugements possèdent une certaine valeur normative ou persuasive, malgré les difficultés terminologiques et conceptuelles qui en découlent. Le comparatiste ainsi informé peut maintenant reconnaître à quel point ces débats américains rappellent ceux qui tournaient longtemps autour de la question de l'autorité de la jurisprudence française en tant que source de droit¹⁷⁴.

C. Le « shadow docket » de la Cour Suprême

Le dernier débat contemporain que nous voudrions signaler concerne le soi-disant « shadow docket » (dossier fantôme) de la Cour suprême. Ce terme fait référence à une catégorie de plus en plus importante de décisions dans lesquelles la Cour suprême, au lieu d'utiliser son processus normal de prise de décision sur le fond, accorde des mesures d'urgence (souvent sous la forme de sursis et d'injonctions) ou refuse d'accorder le *certiorari*, généralement sur une base très accélérée, via des raisonnements non signés et abrégés ou inexplicables¹⁷⁵. Depuis qu'il a été reconnu pour la première fois par William Baude en 2015, presque tous les commentateurs s'accordent à dire que la Cour rend de plus en plus de décisions

¹⁷⁰ Robel, *supra* note 50, p. 956-58.

¹⁷¹ Voir Earle Beske, *supra* note 51, p. 816.

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ Voir *id.*, p. 810.

¹⁷⁴ Voir, e.g., FRANÇOIS GENY, *METHODE D'INTERPRETATION ET SOURCES EN DROIT PRIVE POSITIF* (2d ed. 1919) ; Dawson, *supra* note 53, p. 400 (« Pour aborder ce sujet, il semble préférable de partir d'une simple affirmation : la France a acquis une *case law* énorme. »)

¹⁷⁵ William Baude, *Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket*, 9 N.Y.U. L. J.L. & LIBERTY 1 (2015).

de ce type et le fait dans des affaires de plus en plus importantes, en particulier sous l'impulsion de l'administration Trump¹⁷⁶.

Une discussion en profondeur sur les causes et les effets de l'augmentation du « shadow docket » de la Cour dépasse le cadre de cette contribution. Nous signalons néanmoins le débat parce qu'il croise le sujet du précédent d'une manière éclairante. À un certain niveau, ce croisement est évident : la Cour suprême intervient évidemment de manière agressive dans une série de questions brûlantes et le fait sans expliquer son raisonnement et donc sans produire des jugements qui satisferaient les attentes traditionnelles d'un système adéquat de précédent.

À un deuxième niveau, cependant, il est tout à fait clair que ces insuffisances n'ont guère empêché les ordonnances du « shadow docket » de la Cour de fonctionner de manière quasi-précédentielle. Deux exemples suffiront à démontrer ce point. Le premier porte sur la manière dont les justiciables et les tribunaux traitent ces ordonnances. Dans un litige très politiquement chargé contestant la nouvelle loi d'identification des électeurs du Wisconsin, les juges du Septième circuit fédéral étaient fortement en désaccord sur la question de savoir s'ils devaient ordonner une suspension. Comme l'explique William Baude, ces juges ont tous néanmoins accepté de se tourner vers les suspensions que la Cour suprême avait précédemment ordonnées par voie du « shadow docket » dans les litiges concernant le mariage homosexuel. Les juges du Septième circuit en faveur de la suspension dans l'affaire du Wisconsin ont souligné les suspensions que la Cour suprême avait ordonnées dans les litiges sur le mariage homosexuel ; et ceux qui étaient contre n'étaient pas d'accord quant à la raison pour laquelle la Cour avait octroyé ces suspensions. Ce qui compte pour les besoins de cet écrit, ce ne sont pas les détails des désaccords d'interprétation au sein du Septième circuit, mais le fait que les deux parties du désaccord pointaient vers des ordonnances inexplicables de la Cour suprême dans une première série de litiges (sur le mariage homosexuel) afin de tirer des conclusions sur la façon de résoudre une deuxième série de litiges (sur l'identification des électeurs). Baude conclut : « Les deux parties au différend [du Septième circuit] traitaient les ordonnances de la Cour suprême comme un quasi-précédent »¹⁷⁷, malgré le fait que ces ordonnances n'avaient offert aucun véritable raisonnement ni aucune indication des votes exprimés par les juges de la Cour suprême.

Le deuxième exemple montre comment les juges de la Cour suprême sont devenus pleinement conscients de la manière « quasi-précédentielle » dont leurs ordonnances sont ainsi utilisées et y ont réagi. Lorsque la Cour suprême des États-Unis rejette une demande de *certiorari* (quatre des neuf juges doivent voter en faveur de « granting cert »), il est devenu de plus en plus courant pour l'un des juges d'écrire une opinion individuelle s'opposant à ce refus¹⁷⁸. De telles opinions, connues dans la langue vernaculaire sous le nom d'« ORTO » (Opinions Related to Orders), font toutefois plus que simplement exprimer le désaccord du juge face au refus de la majorité. Elles expliquent aussi pourquoi. C'est-à-dire qu'elles exposent un argument juridique de principe en faveur de leur position juridique dissidente.

À ce stade de l'analyse, le lecteur peut bien imaginer la manière dont cela se traduit concrètement. Une fois qu'un juge de la Cour suprême a exposé sa logique de cette manière, les

¹⁷⁶ Voir, e.g., Stephen Vladeck, *The Solicitor General and the Shadow Docket*, 133 HARV. L. REV. 123 (2019); Barry McDonald, *SCOTUS's Shadiest Shadow Docket*, 56 WAKE FOREST L. REV. ____ (à paraître, 2021).

¹⁷⁷ Baude, *supra* note 63, p. 17-18.

¹⁷⁸ Voir McDonald, *supra* note 65, p. 104.

justiciables et les juges des tribunaux inférieurs sont enclins à suivre. Et en effet, c'est exactement ce qui se passe. Un arrêt de la Cour suprême à la fin de l'année 2020 en fournit un exemple particulièrement clair. Un jugement de condamnation à mort de l'Alabama a fait l'objet d'un appel devant la Cour suprême des États-Unis au motif de l'assistance inefficace d'un avocat. La Cour a refusé le *certiorari*. En désaccord, la juge Sotomayor a écrit une ORTO dissidente s'opposant au refus de *cert*¹⁷⁹. Dans la foulée, le Onzième circuit s'est appuyé sur le raisonnement de cette ORTO dissidente pour annuler le jugement de l'Alabama¹⁸⁰. Comme l'explique Barry McDonald, « cet incident fournit une illustration frappante de la façon dont les tribunaux inférieurs semblent traiter les ORTO comme hautement persuasives voire comme faisant autorité »¹⁸¹. Mais cela montre également que les juges de la Cour suprême eux-mêmes comprennent parfaitement les utilisations tactiques auxquelles leurs ORTO seront probablement destinées. Ainsi, la juge Sotomayor ne se contentait pas de faire valoir ses opinions juridiques ; elle fournissait effectivement aux avocats et aux tribunaux inférieurs une feuille de route sur la manière de faire valoir leurs arguments, ne serait-ce que pour obtenir son propre vote et celui de ses collègues partageant ses idées. Le Onzième circuit a dûment emboîté le pas, répétant les arguments de la juge Sotomayor¹⁸². Une fois de plus, on se demande comment le vague terme de « précédent » peut décrire convenablement la complexité de telles interactions.

IV. QUELQUES BREVES REFLEXIONS EN GUISE DE CONCLUSION

Cette contribution cherchait à résoudre des malentendus français portant sur l'approche américaine du précédent. Le point clé est précisément qu'il n'existe pas d'« approche américaine du précédent », si par cette expression on entend une compréhension partagée sur la nature, le fonctionnement et les mérites du précédent en tant que pratique judiciaire. Les juristes américains ne sont pas vraiment d'accord sur l'obligation de suivre le précédent (surtout le précédent horizontal). Et même lorsqu'ils le sont (comme en ce qui concerne le précédent vertical), ils divergent sur ce que devrait être la « portée » de tels précédents aussi bien que sur le degré de liberté et de contrainte que ces précédents peuvent ou devraient exercer.

Nous pouvons tirer deux conclusions de nature comparative de l'analyse présentée ci-dessus. La première demande que nous prenions un peu de recul pour avoir une perspective plus large sur le système inlassablement contesté du précédent américain. Nous voudrions suggérer que le fait qu'il n'existe pas actuellement aux États-Unis – et qu'il n'ait probablement jamais existé – une conception largement partagée du précédent ne signifie pas qu'il n'y a pas d'approche typiquement américaine du précédent. Nous pensons que ce qui caractérise

¹⁷⁹ *Reeves v. Alabama*, 583 U. S. ____ (2017) (opinion of SOTOMAYOR, J.)

¹⁸⁰ *Voir Dunn v. Reeves*, 141 S. Ct. 2405, 2407 (2021) (per curiam).

¹⁸¹ McDonald, *supra* note 65, p. 112.

¹⁸² Il convient de noter que, comme dans toutes les affaires contestées, une telle approche ne sera pas nécessairement couronnée de succès : l'Alabama a fait appel de la décision du Onzième circuit, qui a ensuite été annulée par la majorité conservatrice de la Cour suprême des États-Unis, contre les dissidences de la juge Sotomayor et de ses collègues de gauche. *Voir Dunn v. Reeves*, 141 S. Ct. 2405 (2021). La feuille de route avait donc réussi à convaincre certains juges de la Cour suprême, mais pas un nombre suffisant. M. Reeves est actuellement dans le couloir de la mort en Alabama.

l'approche américaine, c'est justement *qu'un tel accord n'existe pas*. Ce qui compte, c'est que les juristes de tous bords se disputent infatigablement sur le précédent malgré le fait qu'ils ne parviennent généralement pas à s'entendre. En effet, ils continuent d'en débattre – tant en pratique qu'en théorie – même si quasiment tout le monde comprend d'entrée de jeu que personne ne s'accordera, même sur les prémisses de base du précédent, et encore moins sur son application spécifique dans des cas particuliers. Vue à travers cette lentille comparative à grand angle, la version américaine du précédent apparaît comme une pratique argumentative particulière et particulièrement puissante dans laquelle presque tout, du général au particulier, est ouvert au débat. C'est à la fois a) un ensemble de préoccupations thématiques et méthodologiques familières et b) un langage reconnaissable et partagé pour débattre de ces préoccupations.

La deuxième conclusion est plus simple. En bref : certaines personnes et institutions sont mieux placées que d'autres pour s'engager dans une telle argumentation. En effet, plus le juriste est expérimenté et avisé sur le plan tactique, plus il travaillera de manière active et même proactive pour fabriquer les précédents souhaités. Cette réalité émerge dans chacun des trois contextes contemporains évoqués ci-dessus. L'essor de la recherche juridique informatisée a mis les avocats en position de parcourir tactiquement l'énorme masse de décisions judiciaires antérieures à la recherche d'extraits judiciaires linguistiquement semblables et juridiquement utiles, se libérant ainsi considérablement du contrôle doctrinal et jurisprudentiel précédemment exercé par les éditeurs de la West Publishing Company. Si les clients peuvent se permettre de financer suffisamment de dépenses de ressources (ainsi que de temps et d'expertise technique), leurs avocats peuvent désormais « rechercher » – c'est-à-dire produire – des précédents sur mesure mieux adaptés à leurs besoins particuliers. En effet, la pression concurrentielle était si grande à cet égard que les avocats se sont mis à parcourir non seulement la grande masse de décisions publiées soudainement disponibles en texte intégral par voie informatique, mais l'énorme montagne de jugements « non publiés ». Et comme si cela ne suffisait pas, les « repeat players » particulièrement avertis se sont même mis à demander la publication de jugements « non publiés » qui pourraient être utiles pour promouvoir leurs agendas judiciaires, contribuant ainsi à fabriquer des précédents plus à leur goût. Enfin, même les juges ont réagi tactiquement à ce contexte changeant. Ils utilisent leur « shadow docket » pour émettre des ordonnances inexplicables dans des litiges brûlants, échappant ainsi aux exigences de la prise de décision fondée sur le précédent tout en tirant parti de l'effet quasi-précédentiel que le juriste avisé attribue à toute explication qu'ils choisissent de donner.

Si les juristes français souhaitent donc saisir quelque chose de la théorie et de la pratique américaines du précédent, nous soulignerons deux points. Premièrement, l'approche américaine du précédent consiste en une pratique argumentative particulière qui appelle, mais ne produit pas, l'accord. Il s'agit essentiellement d'une invitation à s'engager dans un genre particulier de débat, même si aucun juriste averti n'attend réellement un consentement mutuel sur les résultats ou même un assentiment sur les termes d'un tel débat. Deuxièmement, les juristes avisés en savent suffisamment pour investir massivement non seulement dans la recherche *ex post* de tels précédents, y compris dans des documents judiciaires jusqu'alors inexplorés, mais aussi dans leur production et leur publication officielle *ex ante*. Pour ces juristes avertis, plus la production de précédents passe pour la recherche de précédents, mieux ont-ils fait leur travail.

DROIT PUBLIC

Open data et juridictions administratives

Camille BROUELLE

Professeure agrégée à l'Université Paris Panthéon-Assas

Janvier 2022

- **S'il est ainsi notoire que la jurisprudence tient un rôle plus important en droit administratif qu'en droit civil, quel est précisément ce rôle aujourd'hui ? Notamment, la notion de jurisprudence y recouvre-t-elle seulement les décisions rendues par le Conseil d'État ou s'entend-on pour y inclure les décisions rendues par certaines autres juridictions ? Dans certains domaines spécialement ?**

La présentation classique – celle d'une jurisprudence verticale et centralisée, entre les mains du Conseil d'État – correspond aujourd'hui encore à la réalité. Une série de facteurs l'expliquent, en particulier ceux liés à la construction de la juridiction administrative (les tribunaux et les cours sont apparus après le Conseil d'État, ils ont « poussé » sous lui ; jusqu'en 1953, le Conseil d'État était le juge de droit commun des recours exercés en matière administrative), l'existence de deux corps distincts (le corps des membres du Conseil d'État, d'une part ; le corps des membres des tribunaux administratifs et des cours, appelés eux « magistrats administratifs », d'autre part) ou encore, la gestion par le Conseil d'État lui-même de la carrière des magistrats administratifs.

La rébellion n'est pas dans la culture des juridictions administratives¹⁸³. Plus encore, elle est combattue. L'unité jurisprudentielle constitue une valeur. Tout est organisé au sein du Conseil d'État pour éviter toutes divergences entre les chambres (institution d'une « troïka »¹⁸⁴) ; les tribunaux et les cours, de leur côté, se plient au strict respect de la jurisprudence du Conseil d'État¹⁸⁵.

Cela ne signifie pas bien sûr que les tribunaux et les cours n'exercent aucun rôle dans la fabrication de la règle jurisprudentielle. Ils en sont parfois les artisans. C'est fréquemment le cas lorsque la règle est créée à l'occasion d'une affaire dont ils ont eu à connaître en premier ressort ou en appel : c'est à ce stade, souvent, que la règle est conçue, le Conseil d'État se

¹⁸³ Significative, à cet égard, est la thèse de Ch. Otéro consacrée aux *Rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions juridictionnelles subversives* (Fondation Varennes 2014) qui n'évoque quasiment pas la rébellion interne, au sein de la juridiction administrative.

¹⁸⁴ D. Labetoulle, « Une histoire de troïka », in, *Mélanges L. Dubouis*, Dalloz 2002, p. 83.

¹⁸⁵ A titre d'expérience personnelle, que l'auteur de ces lignes prend la liberté d'évoquer, il est frappant de noter que les candidats du concours de recrutement des magistrats des TA et des CAA se prévalent systématiquement, lors du grand oral, de la mission « d'application » de la jurisprudence qu'ils auraient vocation à exercer, sans jamais faire part d'une quelconque ambition de créer de la jurisprudence.

contentant, en réalité, des « finitions »¹⁸⁶. Mais quelle que soit la force d'impulsion des tribunaux et des cours, celle-ci reste limitée. Tout d'abord, le Conseil d'État détient une compétence de premier ressort importante, dont l'exercice le conduit naturellement à dégager de nouvelles jurisprudences. Surtout, même lorsqu'elle provient des tribunaux et des cours, la règle jurisprudentielle n'acquière ce statut qu'une fois énoncée par le Conseil d'État. Avant cela, il s'agit d'une simple « solution ».

La façon dont sont présentées les décisions des tribunaux et des cours dans le *Rapport annuel* du Conseil d'État est, à cet égard, éclairante. Les jugements et arrêts qu'il évoque sont ceux tenus pour « marquants », l'analyse qui en est donnée étant précédée d'une mention très significative (reproduite in extenso) :

• • • Avertissement : la présente rubrique présente un choix de décisions émanant des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs. Ce choix, nécessairement très limité au regard de la production annuelle de ces juridictions, a été opéré parmi la sélection effectuée par les chefs des juridictions eux-mêmes, en fonction de l'intérêt que ces décisions étaient susceptibles de présenter pour les lecteurs du rapport annuel, que ce soit du point de vue de leur importance économique, politique ou médiatique, ou qu'il s'agisse de la mise en oeuvre d'une législation ou d'une question de droit nouvelles. Ce choix ne saurait préjuger du caractère définitif de ces décisions, certaines faisant l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation au 31 janvier 2019 (l'exercice de ces voies de recours étant le cas échéant signalé dans le texte), ni de la confirmation par le Conseil d'État de la solution qu'elles retiennent.

Toute idée de « jurisprudence » est ainsi soigneusement évitée.

Pendant un certain temps, des obstacles matériels semblent même avoir été posés à son apparition. Hier comme aujourd'hui, les magistrats administratifs disposent de deux bases intranet : « Ariane » – qui comprend les décisions diffusées sur ArianeWeb¹⁸⁷ (voir *infra*) et « Ariane Archives », sur laquelle étaient versées toutes les décisions des tribunaux et des cours. Pendant longtemps, « Ariane Archives » était conçue comme un simple fonds d'archives. Les décisions n'étaient accessibles que juridiction par juridiction ; les données n'étant pas connectées, il était impossible aux juges des tribunaux et des cours d'effectuer des recherches

¹⁸⁶ Par exemple, CAA, Lyon, plén. 21 déc. 1990, *Cts Gomez* ; CAA Lyon, 1^{er} févr. 1994, *Plan*.

¹⁸⁷ Décisions A, B, C du Conseil d'État et R et C+ des cours administratives d'appel.

transversales par mots clefs¹⁸⁸. Il est difficile de penser que l'absence d'une telle fonctionnalité, qui par ailleurs existait concernant la base « Ariane », ait été fortuite.

Il faut relever cependant le traitement différent accordé à la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), dont les décisions sont analysées dans le *Rapport annuel* du Conseil d'État sous l'intitulé : « Éléments de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile ». Ce traitement à part s'explique probablement par les spécificités de l'office du juge de l'asile, les qualifications qu'il manie étant le plus souvent tributaires de considérations de faits (« motifs de persécution », « conflits armés », « mariage forcé »), sur lesquelles le Conseil d'État, juge de cassation des décisions de la CNDA, n'a pas de prise.

- **Existe-t-il une complémentarité entre la jurisprudence du Conseil d'État et la « jurisprudence » des juges du fond, la première fixant de grands principes et la seconde venant en préciser les modalités d'application ?**

Les tribunaux et les cours « appliquent » la jurisprudence mais ne sont pas chargés d'en préciser les modalités d'application. Bien sûr, il leur arrive de le faire, les règles jurisprudentielles posées par le Conseil d'État ne pouvant tout prévoir. Mais telle n'est pas la mission qui leur est assignée. D'ailleurs, lorsqu'une jurisprudence nouvelle appelle des précisions, le Conseil d'État se charge le plus souvent de les fournir. Il le fait naturellement lorsque cette jurisprudence est dégagée à l'occasion d'un recours dont il connaît en premier et dernier ressort. Il le fait également lorsqu'il se prononce en tant que juge de cassation. Dans de telles situations, le plus souvent, le Conseil d'État prend soin, après cassation, de régler l'affaire au fond pour fournir un « mode d'emploi » au juge du fond (l'expression est couramment employée par les rapporteurs publics). Dans tous les cas, les précisions apportées par les tribunaux ou les cours n'acquerront une valeur jurisprudentielle que si elles sont formulées par le Conseil d'État.

- **Quel est l'état de diffusion au public des décisions rendues par l'ensemble des juridictions ?**

Le dispositif prévu par la loi du 23 mars 2019 est actuellement en phase d'application.

Comme le prévoit l'arrêté du 28 avril 2021, la mise à disposition du public de l'ensemble des décisions du Conseil d'État a débuté. Celles-ci sont accessibles sur la plateforme « opendata.conseil-etat.fr », à laquelle s'ajoutera un moteur de recherche lorsqu'un volume suffisant de matériau sera atteint. Restent accessibles sur ArianeWeb les décisions classées A¹⁸⁹ B¹⁹⁰ et C¹⁹¹, ces codes graduant « l'apport des décisions à la jurisprudence » (*Manuel de l'utilisateur*, accessible du ArianeWeb). Ces décisions (A, B, C) sont également disponibles sur la base JADE de Légifrance (les ordonnances et les décisions de non-admission des pourvois ne s'y trouvent pas ; elles figureront en revanche sur la base « opendata.conseil-etat.fr »). Par

¹⁸⁸ Sur ce point, D. Katz et A. Rouyère, « Les tribunaux administratifs et le juge judiciaire », in, *L'identité des tribunaux administratifs*, LGDj, 2014, p. 203 et s.

¹⁸⁹ Les décisions classées « A » sont intégralement publiées au Recueil Lebon.

¹⁹⁰ Les décisions classées « B » sont seulement mentionnées aux Tables du Lebon, une par une brève analyse).

¹⁹¹ Les décisions classées « C » sont inédites, elles illustrent une jurisprudence établie.

ailleurs, le Conseil d'État diffuse sur son propre site les décisions auxquelles il entend donner une publicité particulière. Ces décisions sont alors accompagnées, le plus souvent, des conclusions des rapporteurs publics.

S'agissant des arrêts de cours, dont la diffusion intégrale doit intervenir avant le 31 mars 2022, ceux classés R et C+ sont accessibles sur les bases ArianeWeb et JADE (Légifrance), cette dernière comportant en outre les arrêts classés C qui, comme les décisions « C » du Conseil d'État correspondent aux arrêts illustrant une jurisprudence établie. Comme celle relative aux décisions du Conseil d'État, la codification « R » et « C+ » classe l'apport jurisprudentiel des arrêts des cours : les arrêts codés R sont ceux dont l'apport est « important » ; l'apport des arrêts codés C+ est, lui, « moins important » (*Manuel de l'utilisateur*, accessible du ArianeWeb). C'est là l'une des rares occurrences de la participation des cours à la confection de la jurisprudence administrative. On relève cependant que ces codes (R et C+) sont désormais propres aux cours, alors qu'initialement leurs arrêts étaient susceptibles d'être classés en A ou B, comme ceux du Conseil d'État. Si la contribution jurisprudentielle des cours est reconnue, elle ne relève ainsi pas de la même catégorie, ce qui a justifié l'exclusion des arrêts R et C+ du Recueil Lebon (où ne figurent plus, depuis 2009, que les décisions A et B+ du Conseil d'État).

Les jugements des tribunaux – qui devront être intégralement mis à disposition du public avant le 30 juin 2022 – ne sont quant à eux diffusés ni sur ArianeWeb ni sur la plateforme JADE. Les tribunaux en assurent eux-mêmes la publicité sur leur propre site, s'ils le souhaitent. Dans la pratique, sont concernées les décisions présentant un intérêt local ou national particulier (annulation d'un PLU, suspension d'un arrêté interdisant le port du masque, ou encore, récemment, annulation du refus de mettre un terme à l'activité d'une cellule de la gendarmerie nationale). Le plus souvent, cet intérêt est plus « médiatique » que juridique. Il s'agit avant tout d'informations à destination du grand public. D'ailleurs, ces jugements sont exposés sous forme de « communiqués de presse » sans être nécessairement accompagnés d'une copie intégrale de la décision. La publicité des arrêts que les cours décident d'exposer sur leur propre site présente les mêmes caractéristiques.

- **Quel usage les praticiens (avocats, services juridiques des administrations, juges des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel, du Conseil d'État) et les universitaires font-ils d'ores et déjà des décisions rendues par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ?**

Devant les tribunaux administratifs, les parties semblent fréquemment invoquer les jugements du tribunal administratif auquel elles s'adressent. Il s'agirait avant tout de faire valoir un précédent et d'inviter les magistrats à juger en cohérence avec leurs propres décisions. Une même pratique serait à l'œuvre devant les cours, leurs propres arrêts leur étant fréquemment opposés. Il arrive également que les arrêts des cours soient utilisés comme norme jurisprudentielle de référence, pour « faire autorité ». C'est fréquemment le cas devant les tribunaux. C'est plus rare devant les cours, les parties préférant se prévaloir des décisions du Conseil d'État. Il faut toutefois signaler une exception, en matière fiscale, où les solutions dégagées par les cours ont fréquemment un impact jurisprudentiel.

Les universitaires, quant à eux, exploitent peu les décisions des tribunaux et des cours¹⁹². Ils les citent rarement dans leurs manuels et articles ; ils ne les commentent quasiment jamais. Un même désintérêt s'observe dans les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* (Dalloz) qui ne retient aucune décision des tribunaux ou cours. À cet égard, la publication récente des *Grandes décisions de la jurisprudence administrative lyonnaise* (LexisNexis, 2021) fait figure d'exception. Cet ouvrage ne témoigne cependant pas véritablement de l'émergence d'une jurisprudence locale. Il est avant tout le fruit de travaux de collaboration entre l'université de Lyon et la Cour administrative d'appel de Lyon.

S'agissant des revues, si un certain engouement a pu être observé à la fin des années 1990 pour les chroniques des arrêts de cours¹⁹³, dû probablement à leur très récente apparition (en 1987), il s'est largement étiolé. Seule l'AJDA publie encore régulièrement une chronique consacrée aux cours. Plus généralement, les revues juridiques accordent peu de place aux décisions des tribunaux et des cours.

Cependant, ici aussi le droit fiscal fait exception. Les revues spécialisées publient fréquemment des arrêts de cours assortis des conclusions des rapporteurs publics¹⁹⁴.

- **L'augmentation de la diffusion de ces dernières décisions en raison de l'*open data* vous semble-t-elle augurer une plus grande importance accordée à cette « jurisprudence », y compris dans le sens de son autonomie par rapport à celle du Conseil d'État ? En contrepoint, quelle pourrait être l'évolution du rôle du Conseil d'État ?**

D'une certaine façon, les magistrats administratifs sont exposés depuis longtemps à l'*open data*, puisqu'ils disposent de bases de données associées à un moteur de recherche permettant une exploitation efficace de toutes leurs décisions. Cependant, lorsque le public s'en saisira, les enseignements qu'en tirera l'intelligence artificielle exerceront certainement sur eux une pression supplémentaire. On peut imaginer en effet que, observant l'image, sur tel ou tel point de droit, que reflètent leurs propres décisions, les magistrats soient gagnés par une volonté d'émancipation et cherchent à peser davantage. Il y a tout le lieu de penser cependant que, d'une façon ou d'une autre, l'esprit de discipline, caractéristique des juridictions administratives et perçu par elles-mêmes comme une force, l'emporte.

¹⁹² Sauf rares exceptions, par exemple, N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, LexisNexis.

¹⁹³ Par exemple, Chroniques régulièrement publiées dans le JCP A.

¹⁹⁴ C'est le cas, en particulier, de la RJF.

Contribution à la réflexion du groupe, mis en place par Madame la première présidente de la Cour de cassation et Monsieur le procureur général, relatif à la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence

Eve DUBUS

Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas

Janvier 2022

Avertissement : les questions traitées le sont dans les termes et dans l'ordre dans lesquels elles ont été posées à la signataire de cette contribution.

1. S'il est notoire que la jurisprudence tient un rôle plus important en droit administratif qu'en droit civil, quel est précisément ce rôle aujourd'hui ?

Pour répondre à cette question, il convient de se reporter à la discussion ayant opposé Didier Linotte¹⁹⁵ et Stéphane Rials¹⁹⁶, au début des années 1980, à propos de l'évolution du pouvoir jurisprudentiel du juge administratif. Alors que Didier Linotte prétend assister à un déclin du pouvoir jurisprudentiel du juge, Stéphane Rials considère que le pouvoir normatif du juge se manifeste de différentes façons. Il paraît plus juste de se rallier à la position du second auteur. En effet, le pouvoir jurisprudentiel du juge administratif est d'une richesse remarquable de telle sorte que la jurisprudence tient toujours un rôle considérable en droit administratif. Pour s'en convaincre, il convient de réfuter les arguments de Didier Linotte selon lesquels la jurisprudence administrative aurait perdu de sa vigueur. Didier Linotte considère notamment que le pouvoir jurisprudentiel est « *le pouvoir du juge moins de prendre des décisions d'espèce que de créer de véritables règles générales, touchant au fond du droit le plus souvent* »¹⁹⁷ ou encore le « *pouvoir de poser des règles de droit* »¹⁹⁸ et qu'il ne faut pas le confondre avec « *le pouvoir dans l'exercice de la fonction juridictionnelle en général* »¹⁹⁹. Cette définition du pouvoir jurisprudentiel du juge le conduit à plusieurs confusions.

D'une part, l'auteur opère une distinction entre les règles prétorienne d'administration du droit et les règles prétorienne touchant au fond du droit. En effet, il déclare que « *les dernières grandes décisions rendues par le juge visent moins la formation d'une règle dont on pourra tirer une application générale que l'instauration d'un contrôle de l'administration* »²⁰⁰. Il considère notamment que la création de règles d'administration du droit reflète l'exercice d'un

¹⁹⁵ D. LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA* 1980, p. 632.

¹⁹⁶ S. RIALS, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin », *AJDA* 1981, p. 115.

¹⁹⁷ D. LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *op. cit.*, p. 632.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 636-637.

pouvoir juridictionnel du juge tandis que la création de règles touchant au fond du droit révèle l'exercice d'un pouvoir jurisprudentiel. Les règles d'administration du droit sont notamment relatives à la manière dont le juge opère le contrôle du respect de la règle de fond par l'administration. Toutefois, la création d'une manière de contrôler résulte de la même volonté d'assujettir l'administration au respect d'une certaine norme que si le juge avait créé une règle touchant au fond du droit. En décidant d'opérer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le juge décide d'enserrer l'action de l'administration dans certaines bornes qu'elle ne doit pas dépasser. Stéphane Rials écrit ainsi que « *lorsque le juge censure un acte pour erreur manifeste, il ne peut le faire qu'au nom d'une norme posée par lui, au terme de laquelle cet acte ne devait pas être entaché d'une erreur manifeste dans la qualification juridique des faits (...)* »²⁰¹. Dès lors, il n'y a pas lieu de distinguer l'exercice d'un pouvoir normatif jurisprudentiel de l'exercice d'un pouvoir juridictionnel. Le pouvoir normatif est le même, mais il porte sur un objet différent : les règles de fond auxquelles est soumise l'administration d'un côté, et les modalités du contrôle du respect de ces règles de l'autre.

D'autre part, lorsqu'il définit le pouvoir jurisprudentiel du juge, Didier Linotte semble distinguer les règles générales et les décisions d'espèce. La création des premières découlerait de l'exercice d'un tel pouvoir tandis que l'adoption des secondes en manifesterait le déclin. Ici encore, diverses nuances doivent être apportées.

Il est contestable de considérer que les règles prétoriennes s'appliquant dans un vaste champ d'application sont issues d'un pouvoir normatif plus important : le pouvoir jurisprudentiel. En effet, le champ d'application de la règle n'a pas d'incidence sur son caractère normatif. Dans la mesure où la solution jurisprudentielle est générale et abstraite et inclut l'ensemble des personnes dont la situation est identique, l'énoncé est normatif. Par exemple, même s'il est communément admis que les principes généraux du droit dégagés par le juge administratif sont de plus en plus spécialisés, la restriction de leur champ d'application ne les prive pas pour autant de leur dimension normative puisqu'ils s'appliquent de la même manière à l'ensemble des personnes entrant dans le champ d'application du principe. Ainsi, quel que soit le champ d'application de l'innovation, cette dernière est l'expression d'un même pouvoir créateur du juge.

Par ailleurs, il est abusif de considérer que le pouvoir normatif du juge se manifeste uniquement par l'énoncé d'une norme générale et abstraite. Didier Linotte semble en effet penser que le pouvoir normatif du juge se traduirait exclusivement par la formulation d'énoncés généraux et abstraits pour régler les litiges particuliers qui lui sont soumis. Cependant, selon Stéphane Rials, il « *n'y a pas de jugement sans norme préalable. Les soi-disant jugements d'espèce postulent une norme dont ils sont l'application aussi évidemment que les jugements qui prennent place au sein d'une abondante jurisprudence* »²⁰². Il n'y a dès lors pas lieu, au regard du pouvoir créateur du juge, de distinguer les décisions selon qu'elles formulent ou non des énoncés généraux et abstraits. Il n'y a aucune différence entre ces arrêts, sauf celle de la formulation explicite d'un énoncé général faisant abstraction des circonstances de l'espèce. Ainsi, les décisions qui n'énoncent pas explicitement et abstraitement l'innovation dégagée à l'occasion

²⁰¹ S. RIALS, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin », *op. cit.*, p. 116.

²⁰² S. RIALS, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin », *op. cit.*, p. 116.

du litige, alors qu'ils en sont une application, témoignent elles aussi de la création implicite d'une règle de droit qu'il faut déduire du raisonnement.

Enfin, Didier Linotte explique quelles sont les causes du déclin du pouvoir jurisprudentiel du juge administratif. Il résulte selon lui de l'inflation des textes et de la codification du droit administratif. Toutefois, sur ce point encore, il convient de nuancer les propos de l'auteur. D'une part, qu'il interprète, qu'il complète ou qu'il supplée la loi, le juge ajoute toujours au droit antérieur constitué par les textes et par la jurisprudence. Il en découle que l'interprétation des textes est une forme d'innovation jurisprudentielle. L'inflation normative n'est donc pas une cause de déclin du pouvoir jurisprudentiel, mais conduit le juge à innover davantage en interprétant ou complétant les textes. Par exemple, le juge administratif se livre régulièrement à des interprétations et des applications innovantes des textes en contentieux de l'urbanisme.

D'autre part, ces conclusions sont également à relativiser. Tout d'abord, tous les contentieux administratifs ne sont pas codifiés. Dans ces cas, les principes jurisprudentiels élaborés par le juge subsistent et peuvent être complétés. C'est notamment le cas du contentieux de la responsabilité des personnes publiques au sein duquel le juge continue d'appliquer les principes prétoriens de responsabilité et crée de nouveaux régimes. C'est également le cas du contentieux des contrats administratifs que le juge administratif a récemment renouvelé en profondeur. Par ailleurs, la codification de certains contentieux n'empêche pas le juge administratif de créer de nouvelles règles, sans que celles-ci résultent de l'interprétation d'un texte. En contentieux de l'urbanisme, le juge administratif a par exemple créé de manière prétorienne la possibilité de régulariser une autorisation d'urbanisme²⁰³. De même, en droit administratif des biens, le juge administratif a affirmé que l'utilisation de l'image d'un bien du domaine public à des fins commerciales ne pouvait être considérée comme une utilisation privative du domaine public, soumise à redevance²⁰⁴.

En définitive, la jurisprudence administrative joue toujours un rôle majeur en droit administratif. Cela est confirmé par le fait que le droit administratif est toujours enseigné à travers les décisions du juge administratif, que ces dernières constituent à elles seules le droit applicable, ou qu'elles viennent compléter les textes en vigueur. Ce rôle est en outre singulier dans la mesure où des pans entiers du droit administratif demeurent l'œuvre du juge administratif. L'élaboration prétorienne du droit administratif a néanmoins évolué du fait de l'inflation réglementaire et législative et se rapproche peut-être en cela de la jurisprudence judiciaire.

²⁰³ TA Amiens, 24 mai 2005, *M. Dubruque et a.*, n° 0201856, *AJDA* 2005, p. 2416, note F. MELLERAY.

²⁰⁴ TA Orléans, 6 mars 2012, *Société Les Brasseries Kronenbourg*, n° 1102187, *AJDA* 2012, p. 1227, concl. J. FRANCFORT ; *D.* 2012, p. 2222, note J.-M. BRUGUIÈRE ; CAA Nantes, 16 décembre 2015, *Etablissement public du domaine national de Chambord*, n° 12NT01190, *AJDA* 2016, p. 435, note N. FOULQUIER ; *RDI* 2016, p. 89, obs. N. FOULQUIER ; CE, Ass., 13 avril 2018, *Etablissement public du domaine national de Chambord*, n° 397047, *Rec.*, p. 119, concl. R. VICTOR ; *AJDA* 2018, p. 823 ; *Ibid.*, p. 1850, note F. TARLET ; *D.* 2018, p. 1051, obs. M.-C. de MONTECLER, note J.-M. BRUGUIÈRE ; *RFDA* 2018, p. 461, note N. FOULQUIER.

2. La notion de jurisprudence recouvre-t-elle seulement les décisions rendues par le Conseil d'État ou s'entend-on pour y inclure les décisions rendues par certaines autres juridictions ? Dans certains domaines spécialement ?

La notion de « jurisprudence » désigne, dans cette question, une source du droit. Cette définition revient à affirmer le caractère normatif du phénomène jurisprudentiel et renvoie à la formation de règles d'origine juridictionnelle. Elle vise « *l'habitude de juger dans un certain sens et, lorsque celle-ci est établie (on parle alors de jurisprudence constante, fixée), résultat de cette habitude : solution consacrée d'une question de droit considérée au moins comme autorité, parfois comme source de droit* »²⁰⁵. Dans ce cadre, les membres de la doctrine et de la juridiction administrative excluent les décisions des juridictions contrôlées (c'est-à-dire les décisions des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et des juridictions administratives spécialisées, lesquels ont le point commun d'être contrôlés par le Conseil d'État tandis que ce dernier est le seul à ne pas être contrôlé au sein de l'ordre juridictionnel administratif) du phénomène étudié. Ils considèrent que l'élaboration des règles jurisprudentielles relève de la seule compétence du Conseil d'État. Cela se manifeste notamment de trois façons.

D'une part, les membres de la doctrine organique et universitaire entretiennent l'idée selon laquelle le Conseil d'État exerce un monopole jurisprudentiel. Les conseillers d'État sous-entendent notamment qu'ils sont les seuls à élaborer la jurisprudence administrative. Un ancien président de la Section du contentieux du Conseil d'État, Bernard Stirn affirme par exemple qu'il appartient « *à la jurisprudence, et en particulier aux cours suprêmes, d'assurer en permanence le juste équilibre entre d'un côté l'unité et la stabilité, nécessaires à la sécurité juridique, d'un autre côté les adaptations et évolutions indispensables pour que la justice vive avec son temps. La vivacité et la créativité de la jurisprudence sont au nombre de ses qualités. Dans un monde qui se transforme, les sollicitations ont été particulièrement fortes ces dernières années, marquées par de très vastes évolutions de la jurisprudence du Conseil d'État (...)* »²⁰⁶.

Il est également possible d'identifier un tel discours chez les juges contrôlés. Anne Guérin, Présidente de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, indique notamment que « *« dire le droit » (...) demeure la prérogative exclusive du Conseil d'État* »²⁰⁷, lequel exerce une fonction « *de création et de régulation* »²⁰⁸. Elle rajoute que le Conseil « *demeure le principal créateur de droit, pour ne pas dire son créateur unique* »²⁰⁹.

Enfin, la doctrine universitaire relaie également l'idée que le Conseil d'État exerce un monopole de création prétorienne. Elle peut parfois définir la « jurisprudence » administrative comme l'ensemble des règles dégagées par la Haute juridiction. Par exemple, Patrick Wachsmann indique que la jurisprudence peut être constituée par l'ensemble des décisions juridictionnelles intervenues sur un point de droit, ces décisions étant « circonscrites » à celle du Conseil

²⁰⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd., PUF, coll. « Quadrige », ss-coll. « Dicos Poche », 2020, p. 592.

²⁰⁶ B. STIRN, « Premières réflexions sur le juge administratif et le droit prédictif » in *La justice prédictive*, Dalloz, 2018, coll. « Archives de Philosophie du Droit », t. 60, p. 220.

²⁰⁷ A. GUERIN, « La juridiction administrative : une, solidaire et indivisible ? » in *Juger l'administration, Administrer la justice. Mélanges en l'Honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 492.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 491.

d'État²¹⁰. Elle attribue aussi un rôle jurisprudentiel au seul Conseil d'État. Yves Gaudemet déclare ainsi que « *la Cour suprême a des responsabilités propres sur le terrain de la jurisprudence ; éloigné de l'espèce même – sauf dans le contentieux de la compétence direct qu'il conserve – le Conseil d'État sert d'abord la mission éminente d'évolution, d'adaptation, voire de création du droit, dans laquelle il excelle* »²¹¹. Elle associe sinon généralement la jurisprudence administrative aux décisions du seul Conseil d'État. La citation de René Chapus selon laquelle « *la jurisprudence administrative se [confond] avec celle du Conseil d'État* »²¹² est, à cet égard, significative.

La consécration doctrinale d'un monopole prétorien du Conseil d'État se manifeste d'autre part par la réfutation de l'hypothèse d'un pouvoir jurisprudentiel des juridictions contrôlées. Par exemple, Jean Rivero considérait en 1953 que les tribunaux administratifs étaient voués à demeurer dans l'ombre jurisprudentielle prestigieuse du Conseil d'État. Il déclarait ainsi qu'« *il est bien certain que les tribunaux administratifs entendent se régler sur le Conseil d'État ; les rébellions qui, parfois, dressent les cours d'appel contre la cour suprême, sont bien improbables ici : le prestige du Conseil d'État, son autorité morale et juridique, s'imposeraient aux juridictions de droit commun même si ses fonctions d'inspection ne lui conféraient à leur égard une sorte d'action hiérarchique ; il est le soleil de ces trente planètes* »²¹³. L'autorité hiérarchique du Conseil d'État a également permis à certains auteurs de considérer que les juridictions contrôlées ne pouvaient exercer aucun pouvoir jurisprudentiel. Christophe Otero affirme notamment que les juridictions contrôlées sont dans « *un simple rapport de soumission et d'application* »²¹⁴ avec leur juridiction suprême. Il rajoute que ce rapport « *ne devrait pas pouvoir alimenter un mouvement de rébellion parce que précisément, l'application mécanique et la subordination hiérarchique en sont les caractéristiques* »²¹⁵.

Ces divers éléments ont donc conduit la doctrine à rejeter l'idée d'une jurisprudence des tribunaux administratifs ou des cours administratives d'appel. Pierre Fanachi, conclut à « *l'échec relatif* »²¹⁶ de son entreprise visant à prouver l'existence d'une jurisprudence des tribunaux administratifs. Il considère qu'il n'est pas possible « *de parler à leur propos d'une véritable jurisprudence, qui ne peut être le fruit que d'une juridiction unique* »²¹⁷. Plus récemment, Anne Jennequin démontre que les cours administratives d'appel contribuent de

²¹⁰ P. WACHSMANN, « La jurisprudence administrative », in P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, t. 1, Dalloz, 2011, coll. « Traités Dalloz », p. 565.

²¹¹ Y. GAUDEMET, « Le juge administratif, futur administrateur ? » in G. GARDAVAUD, H. OBERDORFF (dir.), *Le juge administratif à l'aube du XXI^{ème} siècle : actes du colloque du 40^{ème} anniversaire des tribunaux administratifs organisé les 11 et 12 mars 1994*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, coll. « École doctorale Droit, science politique, relations internationales », p. 180.

²¹² R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2008, § 57, p. 66.

²¹³ J. RIVERO, « Le Conseil d'État, Cour régulatrice », *D. 1954*, chronique XXVIII, p. 158.

²¹⁴ Ch. OTERO, *Les rébellions du juge administratif : recherches sur les décisions juridictionnelles subversives*, LGDJ, 2016, p. 90.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ P. FANACHI, « Y a-t-il une jurisprudence des tribunaux administratifs », in L. MERMAZ (dir.), *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs : Actes du colloque tenu à Grenoble les 15 et 16 mars 1984*, éd. nationale du CNRS, 1986, p. 114.

²¹⁷ *Ibid.*

manière « *incontestable* »²¹⁸ à l'élaboration de la jurisprudence administrative. Pour autant, et paradoxalement, elle conclut à la « *qualification contestable de « jurisprudence des cours administratives d'appel* » »²¹⁹ et réaffirme que le Conseil d'État demeure « *l'auteur essentiel et le régulateur de la production jurisprudentielle* »²²⁰.

Enfin, si d'autres auteurs reconnaissent un pouvoir prétorien aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel, celui-ci s'exerce selon eux dans un champ d'application très limité.

Ce pouvoir est ainsi limité d'un point de vue organique. La doctrine organique et universitaire a accepté assez aisément de reconnaître un pouvoir jurisprudentiel aux cours administratives d'appel tandis qu'elle persiste le plus souvent à dénier un tel pouvoir aux tribunaux administratifs. Ainsi, si les cours administratives d'appel « *ont nécessairement une jurisprudence* »²²¹, les tribunaux administratifs n'ont pas pour « *vocation première* »²²² d'élaborer de nouvelles règles de droit. Le rôle juridictionnel des tribunaux administratifs est principalement conçu comme un rôle d'application des solutions dégagées par le Conseil d'État²²³.

Par ailleurs, le pouvoir jurisprudentiel des juridictions contrôlées est substantiellement limité par la doctrine. Cette dernière justifie l'existence d'un pouvoir prétorien des tribunaux et des cours par leur position dans l'ordre juridictionnel. Parce qu'ils sont les premiers à être saisis de l'application de législations nouvelles ou de questions nouvelles, les tribunaux et les cours sont les premiers, et parfois les seuls, à proposer une solution jurisprudentielle répondant aux difficultés soulevées par un litige. Pour cette raison, la doctrine estime que l'ensemble des jugements et arrêts des juridictions contrôlées « *gagnerait à être connue* »²²⁴. Néanmoins, une telle conception laisse entendre que les juridictions contrôlées n'innovent que pour autant que le Conseil d'État n'est pas encore intervenu. Le terrain de création des tribunaux et des cours est donc limité puisqu'il est défini comme celui dans lequel « *le Conseil d'État n'imprime pas sa propre marque* »²²⁵.

En outre, le pouvoir jurisprudentiel des juridictions contrôlées est considéré comme limité car les matières dans lesquelles elles statuent ne comporteraient généralement que des enjeux juridiques de faible importance. Par exemple, Pierre Thierry circonscrit le pouvoir d'innovation des juridictions contrôlées, et notamment des tribunaux administratifs, à l'interprétation des

²¹⁸ A. JENNEQUIN, « Peut-on parler d'une jurisprudence des cours administratives d'appel ? Réflexions à partir des vingt ans de la Cour administrative d'appel de Douai », *RFDA* 2019, p. 1049.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 1051.

²²⁰ *Ibid.*, p. 1055.

²²¹ L. RICHER, « Un problème de coordination au sein de la juridiction administrative », *AJDA* 1992, p. 205.

²²² P. THIERRY, « « Faire jurisprudence » pour les tribunaux administratifs », in X. BIOY, P. IDOUX, R. MOUSSARON, H. OBERDORFF, A. ROUYERE et P. TERNEYRE (dir.), *L'identité des tribunaux administratifs : actes du colloque organisé les 28 et 29 octobre 2013 à l'Université Toulouse 1 Capitole*, LGDJ, 2014, coll. « Grands colloques », p. 65.

²²³ H. ISAÏA, *Les cours administratives d'appel : approche critique*, Économica, 1993, p. 76.

²²⁴ D. TRUCHET, « La connaissance de la jurisprudence des tribunaux administratifs », in L. MERMAZ (dir.), *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs : Actes du colloque tenu à Grenoble les 15 et 16 mars 1984*, *op. cit.*, p. 155.

²²⁵ *Ibid.*, p. 69.

textes²²⁶. La possibilité de créer, sans texte, des règles prétoriennes lui paraît exclue de leurs compétences.

Enfin, parce qu'elles tranchent essentiellement des contentieux de masse ou des contentieux principalement factuels, les juridictions contrôlées sont réputées ne mener qu'une réflexion juridique minimale. Yves Gaudemet déclare ainsi que l'on parle du contentieux de masse comme « *d'un contentieux facile à traiter, simple, ne posant pas de difficultés juridiques majeures* »²²⁷ et à l'occasion duquel le juge exerce un office « *simple ou simplifié* »²²⁸. Selon Nicolas Fischer, le contentieux des étrangers présente « *un faible attrait juridique* »²²⁹ et soulève « *rarement des points de droit intéressants* »²³⁰ pour les magistrats.

En conclusion, les juridictions contrôlées ne sont, sinon jamais, du moins rarement explicitement associées au phénomène jurisprudentiel. Le pouvoir prétorien qui leur est reconnu est extrêmement limité de telle sorte que la notion de « jurisprudence », en droit administratif, ne recouvre en réalité pas les jugements et arrêts rendus par les tribunaux et les cours.

3. Existe-t-il une complémentarité entre la jurisprudence du Conseil d'État et la « jurisprudence » des juges du fond, la première fixant de grands principes et la seconde venant en préciser les modalités d'application ?

Il est possible d'envisager une complémentarité des innovations dégagées par les juridictions contrôlées et par le Conseil d'État en ce sens que l'initiative du Conseil d'État ne met pas un terme au processus d'élaboration de la règle jurisprudentielle. Un ancien président de la Section du contentieux, Jean-Denis Combrexelle, explique à cet égard que les décisions du Conseil d'État n'ont pas toujours pour effet de « *clôre le débat* »²³¹. Au contraire, le Conseil peut poser « *des principes (...) qui appellent de la part des tribunaux et des cours des déclinaisons jurisprudentielles* »²³². À l'instar de l'application de dispositions textuelles, l'application de la solution du Conseil aux faits dont elles sont saisies conduit fréquemment les juridictions contrôlées à innover. La fonction des juridictions contrôlées n'est donc pas limitée à une stricte application des solutions jurisprudentielles antérieures. Elles mettent souvent en œuvre, à cette occasion, un pouvoir d'innovation dont la richesse est remarquable.

Il apparaît d'une part que les juridictions contrôlées complètent la solution dégagée ou confirmée par le Conseil en en précisant les contours, mais sans en modifier le contenu. Les tribunaux et les cours peuvent notamment donner une définition des termes utilisés par le Conseil d'État. Par exemple, dans une décision du 13 février 2012, le Conseil d'État avait précisé qu'il découlait de l'article L. 424-5 du Code de l'urbanisme, lequel prévoit que « *le permis de construire, d'aménager ou de démolir, tacite ou explicite, ne peut être retiré que s'il est illégal et dans le délai de trois mois suivant la date de cette décision* », que « *l'autorité*

²²⁶ P. THIERRY, « Faire jurisprudence » pour les tribunaux administratifs », *op. cit.*, p. 70.

²²⁷ Y. GAUDEMET, « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », *RFDA* 2011, p. 469.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ N. FISCHER, « Le tribunal administratif à l'épreuve du contentieux de masse », *RFDA* 2011, p. 469.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ J.-D. COMBEXELLE, « La jurisprudence locale », *AJDA* 2021, p. 2502.

²³² *Ibid.*

*compétente ne peut rapporter un permis de construire, d'aménager ou de démolir, tacite ou explicite, que si la décision de retrait est notifiée au bénéficiaire du permis avant l'expiration du délai de trois mois suivant la date à laquelle ce permis a été accordé*²³³. Le Tribunal administratif de Lyon et la Cour administrative d'appel de Lyon ont donc précisé, en appliquant cette solution jurisprudentielle, en quoi consistait la notification d'un retrait d'une décision de non-opposition à une déclaration préalable²³⁴. Le Tribunal administratif de Lyon, confirmé par la Cour administrative d'appel de Lyon²³⁵, a notamment indiqué que la notification, lorsque la décision de retrait est notifiée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, est « *réputée faite (...) à la date de première présentation du pli comportant la décision de retrait* »²³⁶. Il a ainsi rejeté l'argumentation du requérant qui considérait que la notification était réputée faite « *à la date à laquelle, avisé de la mise en instance de ce pli, son destinataire l'a retiré au bureau de poste* »²³⁷. De même, plusieurs cours administratives d'appel²³⁸ ont dû se demander et définir ce qu'était une « régularisation appropriée possible » d'un ouvrage public irrégulièrement implanté sur une propriété privée, condition dégagée par le Conseil d'État pour rejeter une demande en démolition d'un tel ouvrage public²³⁹.

Elles donnent également des éléments de précision relatifs aux modalités du contrôle du respect de la règle dégagée par le Conseil. L'application de la règle dégagée par le Conseil d'État conduit par exemple les tribunaux et les cours à élaborer une certaine méthode d'appréciation. La Cour administrative d'appel de Marseille a notamment décidé de mettre en œuvre un contrôle de proportionnalité du respect de l'article R. 111-21 du Code de l'urbanisme. Ce dernier permet à l'autorité administrative de refuser de délivrer une autorisation de construire ou de la délivrer sous réserve de respecter certaines prescriptions « *si les constructions, par leur situation, leur architecture, leurs dimensions ou l'aspect extérieur des bâtiments ou ouvrages à édifier ou à modifier, sont de nature à porter atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales* ». Le Conseil d'État avait jugé, en 1974, que le juge administratif devait opérer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de l'atteinte au site²⁴⁰. Saisi d'un recours contre la délivrance de deux permis de construire pour la réalisation de deux parcs éoliens en zone de montagne, la Cour administrative d'appel de Marseille a précisé dans quelle

²³³ CE, 13 février 2012, *Association Société protectrice des animaux de Vannes*, n° 351617 ; *AJDA 2012*, p. 297, obs. S. BRONDEL ; *AJCT 2012*, p. 383, note R. BONNEFONT ; *JCP A.*, 15 octobre 2012, n° 41, p. 48, note P. BILLET ; *JCP N.*, 27 avril 2012, n° 18-19, p. 29, note D. DUTRIEUX ; *RDI 2012*, p. 239, note P. SOLER-COUTEAUX ; *BJDU 2012*, n° 2, p. 128, concl. L. C.

²³⁴ Lorsque le Conseil d'État s'est prononcé en 2012, l'article L. 424-5 du Code de l'urbanisme excluait que les décisions de non-opposition à une déclaration préalable puissent faire l'objet d'un retrait. Le jugement du Tribunal administratif de Lyon est fondé sur une version nouvelle de l'article L. 424-5 qui permet à l'autorité administrative de retirer un tel acte, entrée en vigueur en 2018.

²³⁵ CAA Lyon, 23 mai 2019, *M. S.*, n° 18LY01154, *AJDA 2019*, p. 2045, chron. A. DUGUIT-LARCHER.

²³⁶ TA Lyon, 25 janvier 2018, *M. D.*, n° 1608425, *Lettre de jurisprudence n° 4 du Tribunal administratif de Lyon*, p. 14.

²³⁷ Lettre de jurisprudence n° 4 du Tribunal administratif de Lyon, p. 14.

²³⁸ CAA Marseille, 8 novembre 2018, *Syndicat intercommunal de la Foata et commune de Pietraserena*, n° 17MA00806, *AJDA 2019*, p. 875 ; CAA Nantes, 4 décembre 2017, *M. D.*, n° 16NT00327, *AJDA 2018*, p. 49, note A. DURUP DE BALEINE ; *AJDI 2018*, p. 106, étude S. GILBERT.

²³⁹ CE, Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes, Commune de Clans*, n° 245239, *Rec.*, p. 21 ; *AJDA 2003*, p. 784, note P. SABLIERE ; *RFDA 2003*, p. 477, concl. C. MAUGÜÉ ; *Ibid.*, p. 484, note C. LAVIALLE.

²⁴⁰ CE, 4 octobre 1974, *Ministre de l'équipement c/ Consort Metras*, n° 86957, *Rec.*, p. 467.

mesure le contrôle restreint de l'atteinte au site devait être mené. Elle considère que si la construction de parcs éoliens est de nature à porter atteinte au site de montagne, cette atteinte peut être justifiée par l'objectif « *d'éviter la dispersion des implantations d'urbanisation dans les secteurs de montagne* »²⁴¹. En d'autres termes, « *l'objectif de préservation de l'espace, par la concentration des équipements de production d'énergie* »²⁴² permet d'évaluer si l'atteinte au site est raisonnable. La Cour administrative d'appel de Marseille se livre ainsi à une « *sorte de contrôle de proportionnalité* »²⁴³. Bien qu'« *a priori, un tel contrôle se combine difficilement avec* »²⁴⁴ un contrôle restreint de l'atteinte au site, la Cour n'a fait que dégager une méthode d'évaluation de l'erreur manifeste d'appréciation.

D'autre part, les juridictions contrôlées complètent la solution en prolongeant la règle initiée ou approuvée par le Conseil. Elles appliquent alors le même principe en en modifiant la substance. Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel sont parfois conduits à enrichir le contenu de l'innovation pour régir une situation qui n'a pas été prévue par le Conseil d'État, ou à adapter le contenu de l'innovation à un contentieux particulier. En ce qui concerne ce deuxième point, la solution jurisprudentielle issue de l'arrêt *Czabaj*²⁴⁵ a fait l'objet de plusieurs précisions en fonction des domaines dans lesquels elle a été appliquée. Notamment, les solutions se distinguent au sujet du point de départ du délai raisonnable. Par exemple, le Tribunal administratif de Versailles a appliqué l'obligation d'introduire un recours contentieux dans un délai raisonnable, en dépit du caractère incomplet de la notification de la décision, aux recours introduits par les tiers contre les autorisations d'urbanisme. Il adapte néanmoins le principe à ce contentieux particulier en précisant que le délai raisonnable d'un an court « *à compter de l'affichage sur le terrain* »²⁴⁶ de l'autorisation de construire.

Les juridictions contrôlées peuvent également poursuivre le mouvement engagé par le Conseil d'État en étendant le champ d'application de l'innovation. La Cour administrative d'appel de Nancy a notamment substitué à l'expression « *salariés investis de fonctions représentatives* » les termes « *agents publics* » dans le considérant de principe dégagé par le Conseil d'État en 1996 qui dispose que « *que les salariés investis de fonctions représentatives ne peuvent renoncer par avance aux dispositions protectrices d'ordre public instituées en leur faveur* »²⁴⁷. Elle déclare ainsi que « *les agents publics ne peuvent renoncer par avance aux dispositions protectrices d'ordre public instituées en leur faveur, telles les dispositions régissant l'admission*

²⁴¹ CAA Marseille, 21 octobre 2010, *Société EDF Energies nouvelles France et Ministre de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables*, n° 08MA03443, *AJDA 2011*, p. 44, chron. L. MARCOVICI.

²⁴² L. MARCOVICI, « Les parcs d'éolienne situés en montagne ne portent pas, par leur seule existence, une atteinte aux sites où ils sont implantés », chron. sous *Ibid.*, *AJDA 2011*, p. 46.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ CE, Ass., 13 juillet 2016, *Czabaj*, n° 387763, *Rec.*, p. 340 ; *RFDA 2016*, p. 927, concl. O. HENRARD ; *AJDA 2016*, p. 1629, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *DA 2016*, n° 63, note G. ÉVEILLARD ; *JCP A.*, 12 septembre 2016, n° 36, comm. n° 2238, p. 27, note H. PAULIAT.

²⁴⁶ TA Versailles, 15 février 2017, *M. X.*, n° 1402665, *AJDA 2017*, p. 850.

²⁴⁷ CE, 2 février 1996, *Société Etablissements Croquet*, n° 152406, *Rec.*, p. 26.

à la retraite pour invalidité »²⁴⁸ et étend sensiblement le champ d'application du principe dégagé par le Conseil d'État.

L'innovation de la Haute juridiction est également susceptible de donner une impulsion à la création jurisprudentielle des juridictions contrôlées. Ces dernières peuvent tirer des conséquences innovantes de décisions du Conseil. Par exemple, Henri Oberdorff déclare que les juridictions contrôlées ont admis la responsabilité de l'État du fait de la violation, par le législateur, du droit communautaire « dans le droit fil de la jurisprudence Nicolo »²⁴⁹. Il suggère ainsi que le fait pour le Conseil d'État d'avoir admis la possibilité de contrôler la conventionnalité d'une loi par rapport aux traités internationaux, et particulièrement, par rapport au droit communautaire, a permis aux juridictions contrôlées de consacrer la responsabilité de l'État législateur dans l'application de ce droit communautaire et de la sanctionner. La création de ce nouveau cas de responsabilité semble alors directement découler de la consécration du contrôle de conventionnalité de l'arrêt *Nicolo*.

Il convient donc de conclure à la complémentarité des innovations dégagées par le Conseil d'État et par les juridictions contrôlées. Il faut également remarquer que cette complémentarité ne se manifeste pas seulement dans un sens « descendant » mais également dans un sens « ascendant ». Les juridictions contrôlées sont à l'initiative de nombreuses innovations qui sont confirmées par le Conseil d'État, et éventuellement complétées ou précisées par ce dernier.

La Haute juridiction peut, par exemple, confirmer une innovation et étendre son champ d'application. Ainsi, le Conseil d'État a confirmé la solution de la Cour administrative d'appel de Marseille²⁵⁰ selon laquelle les plans de prévention des risques d'incendie sont opposables aux autorisations d'exploiter une installation classée pour la protection de l'environnement. Il a, à cette occasion, étendu cette opposabilité à l'ensemble des plans composant le plan de prévention des risques naturels prévisibles²⁵¹. Il attribue ainsi un champ d'application plus large à l'innovation de la Cour de Marseille.

Le Conseil d'État peut également compléter l'innovation dégagée par les juridictions contrôlées. Par exemple, dans sa formation plénière, la Cour administrative d'appel de Paris avait considéré qu'un établissement public hospitalier engageait sa responsabilité du fait d'un manquement au devoir d'information du patient sur les risques connus de complications graves découlant d'une intervention médicale, même si leur réalisation est exceptionnelle. Elle a ainsi indemnisé le patient de sa perte de chance sérieuse de se soustraire au risque inhérent à l'intervention²⁵². Le Conseil d'État a validé la création de ce nouveau cas de responsabilité. Il a toutefois admis des cas dans lesquels l'information du patient n'était pas nécessaire. Il a ainsi déclaré que « lorsque l'acte médical envisagé, même accompli dans les règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit en être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé ; que, si cette information n'est pas

²⁴⁸ CAA Nancy, 23 mai 2017, *Centre hospitalier de Sedan*, n° 15NC01590, *AJDA* 2017, p. 1366 ; *AJDA* 2018, p. 40, chron. J.-M. FAVRET ; *AJFP* 2017, p. 350.

²⁴⁹ H. OBERDORFF, « Le juge administratif français dans un environnement européen » in B. LUKASZEWICZ, H. OBERDORFF (dir.), *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges, - actes du colloque du 50ème anniversaire des tribunaux administratifs colloque organisé les 12 et 13 mars 2004 par la Section Rhône-Alpes de l'Institut français des sciences administratives à Grenoble*, Presse Universitaire de Grenoble, 2004, p. 56.

²⁵⁰ CAA Marseille, 21 décembre 2015, *SARL Les carrières de Mougins*, n° 13MA04096.

²⁵¹ CE, 9 octobre 2017, *Société les Carrières de Mougins*, n° 397199, *AJDA* 2017, p. 1922.

²⁵² CAA Paris, Plén., 9 juin 1998, *M. Guilbot c/ Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*, n° 95PA03660.

requis en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation »²⁵³. Le Conseil d'État a donc repris le principe élaboré par les juges contrôlés mais le nuance en prévoyant des cas exceptionnels dans lesquels l'absence d'information du patient n'entraîne pas l'engagement de la responsabilité de l'établissement public hospitalier.

4. Quel est l'état de diffusion au public des décisions rendues par l'ensemble des juridictions ?

La diffusion des décisions rendues par l'ensemble des juridictions administratives, et notamment, des jugements et arrêts rendus par les juridictions contrôlées, s'est nettement améliorée. Grâce aux nouveaux outils de diffusion, les décisions des juridictions contrôlées sont désormais accessibles aux juridictions composant l'ordre et au public extérieur à la juridiction administrative.

D'une part, les décisions des juridictions administratives et, particulièrement, des juridictions contrôlées, circulent plus facilement au sein de l'ordre juridictionnel. La mise en place de certains outils ainsi que le développement de dialogues informels favorisent une meilleure communication entre les différents juges administratifs.

Tout d'abord, certains outils ont été mis en place. Il s'agit notamment de la création de bases de données internes à l'ordre juridictionnel ainsi que de l'extension de la « *mémoire des serveurs* »²⁵⁴ informatiques. Ces bases de données permettent de regrouper une grande partie des décisions juridictionnelles de l'ordre, y compris celles des juridictions contrôlées. Il en existe plusieurs. Louis Dutheillet de Lamothe et Pierre-Yves Martinie en ont notamment dressé un inventaire complet²⁵⁵ :

- L'ordre juridictionnel administratif a, dans un premier temps, mis en place la base de données *Ariane*. Elle regroupe « *outre ses ordonnances de référé et ses avis contentieux, toutes les décisions du Conseil d'État rendues en formation collégiale sauf les décisions de non-admission des pourvois en cassation* »²⁵⁶ ce qui correspondait en 2017 à 160 000 fichiers²⁵⁷. Elle est également nourrie d'une quantité non négligeable d'arrêts de cours administratives d'appel et de jugements de tribunaux administratifs, sélectionnés en fonction de leur « *intérêt jurisprudentiel* »²⁵⁸ ou parce qu'ils « *[illustrent] une jurisprudence établie* »²⁵⁹. Cette base de données permet ainsi aux membres de la juridiction administrative d'informer l'ordre juridictionnel des

²⁵³ CE, Sect., 5 janvier 2000, *Assistance Public-Hôpitaux de Paris c/ M. Guilbot*, n° 198530, *AJDA* 2000, p. 180 ; *Ibid.*, p. 120, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *RFDA* 2000, p. 641, concl. D. CHAUVAUX ; *Ibid.*, p. 654, note P. BON.

²⁵⁴ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, P.-Y. MARTINIE, « La diffusion de la jurisprudence administrative », in *La jurisprudence dans le mouvement de l'open data*, Actes du colloque à la Cour de cassation du 14 octobre 2016, *JCP Gén.*, 27 février 2017, supplément au n° 9, p. 64.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ *Ibid.*

différentes solutions qu'ils ont dégagées, lorsqu'elles leur apparaissent d'une importance notable. À cet égard, les décisions répertoriées font l'objet d'un « *fichage spécial* »²⁶⁰ présenté par Hada Messoudi : « *fichage en A, réservé aux arrêts dont la portée jurisprudentielle est considérable ; fichage en B pour les arrêts dont les solutions présentent un caractère supérieur aux solutions d'espèce ; et, éventuellement en R et en C+, pour les jugements et arrêt d'appel les plus importants* »²⁶¹. En outre, la base *Ariane* contient un fonds d'« *analyses de jurisprudence relatives à celles dont l'importance de l'apport jurisprudentiel le justifie* »²⁶² ainsi qu'un fonds comportant une sélection de conclusions lues devant les différentes juridictions administratives. La base *Ariane* permet donc aux juridictions contrôlées de mettre l'accent sur les solutions qu'elles souhaitent voir prospérer. Cette base de données repose cependant sur une sélection car toutes les décisions juridictionnelles des juridictions contrôlées ne sont pas contenues dans la base *Ariane*. Hada Messoudi affirme notamment qu'elle « *constitue (...) une base sélective (...) de qualité pour le travail du juge dans la préparation de son jugement, de son argumentation* »²⁶³. Toutefois, cette sélection tend à satisfaire une certaine exhaustivité car, a priori, toutes les solutions présentant un intérêt jurisprudentiel selon les juridictions contrôlées sont versées dans la base.

- Parallèlement à cette sélection, les juridictions administratives disposent également de la base de données *Ariane Archives*, laquelle permet « *l'archivage électronique de tous les documents* »²⁶⁴ produits par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, qu'il s'agisse de leurs décisions juridictionnelles, des projets de décision ou des notes de rapporteur. Cette base de données garantit la diffusion exhaustive de toutes les décisions juridictionnelles au sein de l'ordre et constitue « *une source complémentaire de références* »²⁶⁵ de la base *Ariane*.
- Le logiciel *Juradinfo* contribue également à la diffusion des décisions des juridictions contrôlées et au dialogue des juges. Il est un « *dispositif de partage d'information entre les juridictions* »²⁶⁶ principalement « *destiné à détecter les séries et à organiser, de façon concertée, leur traitement* »²⁶⁷. Créé pour fluidifier le traitement des requêtes, le dispositif *Juradinfo* identifie les séries de requêtes identiques, et permet de désigner la juridiction « *pilote* », qui élaborera la solution prétorienne sur la base de laquelle seront

²⁶⁰ H. MESSOUDI, « La dématérialisation de la communication des décisions du juge administratif », in P. BOURDON (dir.), *La communication des décisions du juge administratif [actes du colloque]*, LexisNexis, 2020, p. 35.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, P.-Y. MARTINIE, « La diffusion de la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 64-65.

²⁶³ H. MESSOUDI, « La dématérialisation de la communication des décisions du juge administratif », *op. cit.*, p. 35.

²⁶⁴ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, P.-Y. MARTINIE, « La diffusion de la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 65.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ L. HELMLINGER, « Une réponse procédurale à la croissance du contentieux : l'action en déclaration collective de droits », *RFDA 2011*, p. 680.

²⁶⁷ *Ibid.*

tranchés tous les litiges relevant de la série. Cette solution, dégagée par une juridiction contrôlée, sera donc dûment communiquée aux autres juridictions administratives à travers le logiciel. En dehors des contentieux sériels et des avis contentieux, Bernard Stirn indique que *Juradinfo* « permet aussi des échanges rapides de jurisprudence sur des questions nouvelles qui peuvent se poser simultanément dans nombre de juridictions »²⁶⁸.

Outre la mise en place de ces outils de dialogue, les juges administratifs sont également de plus en plus appelés à communiquer entre eux au cours de rencontres informelles. En effet, des rencontres entre les différents membres de la juridiction administrative, ou entre les présidents de juridiction sont régulièrement organisées. Renaud Denoix de Saint-Marc explique ainsi que « ces rencontres sont l'occasion d'aborder des points de droit et de s'interroger sur la politique jurisprudentielle ou sur la méthode de gestion des affaires en cours »²⁶⁹. On peut dès lors supposer que les membres des juridictions contrôlées font part à leurs collègues, à cette occasion, de la pertinence des réponses juridiques qu'ils ont apportées à certaines questions de droit.

D'autre part, les décisions des juridictions administratives, et notamment celles des juridictions contrôlées, sont de plus en plus accessibles de l'extérieur de la juridiction administrative. Les juges administratifs ont eu recours à plusieurs initiatives pour améliorer la connaissance de leurs solutions par le public.

La première est la création de la base de données *ArianeWeb* qui, selon le site du Conseil d'État, « donne accès à plus de 230 000 documents : décisions et avis contentieux du Conseil d'État et des cours administratives d'appel, analyses de ces décisions et avis ayant été retenus pour leur apport à la jurisprudence, ainsi qu'une sélection de conclusions de rapporteurs publics »²⁷⁰. La base *ArianeWeb*, régulièrement et « rapidement »²⁷¹ mise à jour, entend « répondre de manière adaptée aux interrogations des internautes sur l'état de la jurisprudence du Conseil d'État et des cours administratives d'appel »²⁷². Elle permet ainsi aux justiciables, à leur conseil, et à la doctrine de consulter plusieurs milliers d'arrêts rendus par les cours administratives d'appel. Les arrêts répertoriés sont par ailleurs estampillés d'un code de publication indiquant « le degré d'apport à la jurisprudence »²⁷³. Les codes R et C+ correspondent respectivement aux arrêts d'appel dont l'apport est le plus important et aux arrêts « justifiant un signalement particulier »²⁷⁴. Cette base de données offre un rayonnement non négligeable à tous les arrêts des cours administratives d'appel qui sont jugés importants. Si l'idée de sélection persiste, *ArianeWeb* permet malgré tout de diffuser de manière exhaustive

²⁶⁸ B. STIRN, « Croissance du contentieux : les réponses jurisprudentielles », *RFDA* 2011, p. 678.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 11-12.

²⁷⁰ Disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb>.

²⁷¹ H. MESSOUDI, « La dématérialisation de la communication des décisions du juge administratif », *op. cit.*, p. 34.

²⁷² L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, P.-Y. MARTINIE, « La diffusion de la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 65.

²⁷³ Manuel d'utilisation de l'application *ArianeWeb* disponible sur : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb>, p. 2.

²⁷⁴ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, P.-Y. MARTINIE, « La diffusion de la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 65.

les solutions des juridictions contrôlées considérées par les juridictions d'appel comme innovantes.

Plus généralement, il convient de constater que les juges administratifs contrôlés se sont attachés à diffuser eux-mêmes les décisions qu'ils rendent. Ils ont ainsi développé la pratique des lettres de jurisprudence dans lesquelles ils diffusent périodiquement une partie de leur production juridictionnelle. Ils prennent également possession des colonnes de certaines revues juridiques pour commenter et mettre en lumière certaines solutions qu'ils ont dégagées.

Les pouvoirs publics ont également adopté certaines mesures dans le but d'accroître la visibilité du travail de la juridiction administrative. À travers l'arrêté du 6 juillet 1999, le Secrétaire général du Gouvernement a créé le site Internet *Légifrance* qui a « vocation à diffuser gratuitement les données juridiques publiques »²⁷⁵. Notamment, depuis le décret du 7 août 2002²⁷⁶, le site met à disposition du public environ 158 000 décisions du Conseil, 311 000 arrêts de cours administratives d'appel mais seulement 6 500 jugements de tribunaux administratifs. La connaissance des décisions des juridictions contrôlées a également été facilitée par le décret du 14 novembre 1994 qui ouvre la possibilité de délivrer des copies des jugements ou arrêts des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ainsi que des conclusions des rapporteurs publics lues devant ces juridictions. Répondant à un besoin exprimé, notamment par les avocats, le législateur entend en outre « parachever la tradition pluriséculaire de publicité des décisions rendues par les juridictions françaises »²⁷⁷. La loi du 7 octobre 2016²⁷⁸ a introduit un article L. 10 au Code de justice administrative selon lequel « les jugements sont mis à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique »²⁷⁹. La loi pour la République numérique a ainsi érigé le principe de « l'open data » des décisions de justice qui aura pour conséquence de diffuser l'ensemble des décisions de l'ensemble des juridictions de l'ordre administratif. Cette réforme clôturera ainsi le chapitre de la diffusion externe des décisions des juridictions contrôlées, longtemps restées confidentielles.

Il convient toutefois de noter que, pour l'heure, et en attendant l'achèvement de la mise en œuvre de cette réforme prévu en 2022, la diffusion des décisions de la juridiction administrative, et notamment des juridictions contrôlées, demeure incomplète. En particulier, les jugements des tribunaux administratifs souffrent encore d'une certaine clandestinité au sein et à l'extérieur de la juridiction administrative. La base *Ariane Archives*, destinée à informer les juges administratifs des décisions rendues au sein de l'ordre, est faiblement alimentée par les tribunaux administratifs. Ils n'ont versé que 19 000 jugements dans la base, contre 296 000 pour les cours administratives d'appel et 160 000 pour le Conseil d'État. De même, la base *ArianeWeb* mise à disposition du public ne contient aucun jugement de tribunal administratif. Le site *Légifrance* ne donne, de son côté, accès qu'à une infime partie d'entre eux : 6 500 jugements sont répertoriés alors que plus de 200 000 litiges sont tranchés, chaque année, par les tribunaux administratifs. La diffusion demeure ainsi, à leur égard, très inachevée.

²⁷⁵ Arrêté du 6 juillet 1999 relatif à la création du site Internet *Légifrance*.

²⁷⁶ Décret n°2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

²⁷⁹ Art. L. 10 du Code de justice administrative.

5. Quel usage les praticiens (avocats, services juridiques des administrations, juges des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel, du Conseil d'État) et les universitaires font-ils d'ores et déjà des décisions rendues par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ?

L'amélioration de la diffusion des jugements et arrêts des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel a conduit les praticiens et les universitaires à les consulter davantage.

D'une part, la doctrine universitaire semble accorder une plus grande attention aux jugements et arrêts rendus par les juridictions contrôlées. En effet, de plus en plus d'arrêts de cours administratives d'appel et de jugements de tribunaux administratifs sont utilisés comme fondements d'analyses doctrinales. Certains auteurs demeurent prudents dans l'usage de cette pratique, en consultant un nombre limité d'arrêts ou de jugements de juridictions contrôlées²⁸⁰. Les références sont toutefois plus de plus en plus abondantes. Par exemple, l'étude de Christophe Roux relative aux cantines scolaires est fondée en grande partie sur les jugements et arrêts de tribunaux et de cours²⁸¹. Les travaux de recherche plus imposants, comme les thèses de doctorat, contiennent également de plus en plus de solutions de juridictions contrôlées. La quantité de jugements et arrêts cités par les auteurs reste parfois modérée²⁸² ; mais elle a globalement augmenté. Par exemple, les thèses d'Alice Minet²⁸³, d'Isabelle Hasquenoph²⁸⁴ ou de Jérémy Bousquet²⁸⁵ comportent environ cent cinquante références de tribunaux ou de cours administratives d'appel. Certains manuels exposent également le droit administratif en utilisant de nombreuses solutions de tribunaux et de cours. Véritable pionnier en la matière, René Chapus a ainsi présenté l'état du droit et du contentieux administratifs à la lumière des décisions de l'ensemble des juridictions administratives²⁸⁶.

Les décisions des juridictions contrôlées sont aussi de plus en plus commentées par la doctrine. Par exemple, outre le fait qu'elle réserve aux magistrats administratifs une *Chronique de jurisprudence des cours administratives d'appel*, la rédaction de l'*ADJA* favorise également la

²⁸⁰ Par exemple, P. GONZAGUE, « Concessions : la possibilité d'un prix », *AJDA* 2019, p. 737 ; J.-M. PONTIER, « La notion de réparation intégrale en droit administratif », *AJDA* 2019, p. 838 ; F. MELLERAY, « Brèves observations sur les « petites » sources du droit administratif », *AJDA* 2019, p. 917 ; G. EVEILLARD, « La transaction », *RFDA* 2018, p. 829 et s.

²⁸¹ Ch. ROUX, « Les nouvelles « tables » du service public – à propos des cantines scolaires », *DA* 2019, n° 2, p. 3.

²⁸² C. GALLO, *La décision conditionnelle en droit administratif français*, Dalloz, 2019, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses » ; P. LEVALLOIS, *L'établissement public marchand - Recherche sur l'avenir de l'entreprise en forme d'établissement public*, Dalloz, 2021, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses » : ces deux thèses comportent environ une quarantaine de jugements de tribunaux administratifs ou d'arrêts de cours administratives d'appel.

²⁸³ A. MINET, *La perte de chance en droit administratif*, LGDJ, 2014, coll. « Bibliothèque de droit public ».

²⁸⁴ I. HASQUENOPH, *Contrats publics et concurrence*, Dalloz, 2021, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses ».

²⁸⁵ J. BOUSQUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif*, LGDJ, 2019, coll. « Bibliothèque de droit public ».

²⁸⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I et II, LGDJ, 15^{ème} éd., 2001, coll. « Précis Domat », ss-coll. « Public » ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, LGDJ, 13^{ème} éd., 2008, coll. « Précis Domat », ss-coll. « Public ».

diffusion de la jurisprudence des tribunaux et des cours. Dans les rubriques dénommées « Veille de jurisprudence » et « Jurisprudence commentée », les solutions des juridictions contrôlées ne sont jamais négligées. Si l'espace accordé aux décisions des tribunaux et des cours est parfois moins important que celui occupé par celles du Conseil d'État, la situation inverse se produit parfois. En outre, l'*AJDA* ou le *JCP A* publient très régulièrement des conclusions sur ou des commentaires sous des décisions des tribunaux et des cours. De même, les revues juridiques plus spécialisées font honneur aux solutions rendues par les juridictions contrôlées. Dans sa *Chronique de jurisprudence commentée*, le *Bulletin de Jurisprudence de Droit de l'Urbanisme* référence par exemple de nombreux jugements et arrêts de tribunaux et de cours.

D'autre part, en ce qui concerne les avocats, les pratiques n'ont pas tellement évolué. De longue date, les requérants et leur conseil utilisent les décisions des juridictions contrôlées pour construire leur défense. Ils y recherchent notamment le jugement ou l'arrêt qui permettra de corroborer leur argumentation. Néanmoins, l'ouverture de l'accès aux décisions des juridictions contrôlées aura probablement pour effet d'accentuer cette pratique. Frédéric Alhama considère ainsi qu'en raison de l'« open data » des décisions de justice, « *les avocats seront par exemple tentés, si l'on nous passe l'expression, d'aller à la pêche aux précédents favorables aux prétentions de leurs clients* »²⁸⁷. De même, Pascale Deumier estime que la jurisprudence des juridictions contrôlées sera une « *nouvelle source d'arguments* »²⁸⁸. Les avocats auront donc probablement tendance à utiliser davantage encore les solutions des juridictions contrôlées.

Enfin, l'accès aux décisions des juridictions contrôlées a conduit les différents juges administratifs à y porter une plus grande attention. La référence aux décisions des juridictions contrôlées dans les conclusions des rapporteurs publics révèle que leurs auteurs les consultent. C'est ainsi le cas dans les conclusions rendues par les rapporteurs publics officiants dans les juridictions contrôlées. Ils font souvent référence aux décisions rendues par leur juridiction²⁸⁹ ou par leur cour administrative d'appel²⁹⁰ pour déterminer la solution applicable. De même, les rapporteurs publics consultent régulièrement les décisions rendues par les autres juridictions contrôlées. L'on peut ainsi constater dans les conclusions de Renaud Thielé que le rapporteur public de la Cour administrative d'appel de Marseille recourt à plusieurs arrêts de différentes cours pour déterminer « *le cadre juridique des soumissionnements publics* »²⁹¹. Les décisions des juridictions contrôlées sont également citées dans certaines conclusions de rapporteurs

²⁸⁷ F. ALHAMA, « Vers une plus grande accessibilité des décisions rendues par les juridictions administratives », *RFDA* 2019, p. 701.

²⁸⁸ P. DEUMIER, « Open Data - Une autre jurisprudence ? », *JCP Gén.*, mars 2020, doct. n° 277, p. 473.

²⁸⁹ R. REYMOND-KELLAL, concl. sur TA Lyon, 15 octobre 2020, *Commune de Saint-Didier-sur-Chalaronne*, n° 1901512-2001903, *BJCL* 2021/1, p. 41 et s. : Romain Reymond-Kellal, rapporteur public au Tribunal administratif de Lyon, utilise une solution dégagée par sa juridiction pour affiner son raisonnement juridique relatif au contrôle du juge sur les actions d'intérêt communautaire. Voir également S. MARCHAL, concl. sur TA Amiens, 4 février 2021, *Regroupement des organismes de sauvegarde de l'Oise*, n° 1901791, *AJDA* 2021, p. 1040 et s.

²⁹⁰ A. BREILLON, concl. sur TA Paris, 21 avril 2021, *M. R.*, n° 1823994/2-2, *AJDA* 2021, p. 1345 : Anne Breillon, rapporteure publique au Tribunal administratif de Paris, se base en partie sur un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris pour engager pour la première fois la responsabilité de l'État du fait de la violation du droit de l'Union européenne par le Conseil d'État. Voir aussi M. BRUNET, concl. sur TA Poitiers, 15 décembre 2020, *Société Ryanair et société Airport Marketing services c/ Syndicat mixte des aéroports de Charente*, n° 1900269, *AJDA* 2021, p. 401 ; D. LABOUYSSE, concl. sur TA Nantes, 22 mars 2019, *M. He.*, n° 181373, *AJDA* 2019, p. 1407.

²⁹¹ R. THIELÉ, concl. sur CAA Marseille, 11 janvier 2021, *Société Eveha*, n° 19MA0013, *AJDA* 2021, p. 685.

publics du Conseil d'État, même si les occurrences sont plus rares. Par exemple, pour proposer que le caractère abusif d'une demande s'apprécie « à l'aune du comportement du demandeur, avec, en arrière-plan, la question de savoir si celle-ci avait pour objet d'entraver la bonne marche de l'administration »²⁹², Anne Iljic explique que c'est ce qui « semble ressortir de [ses] recherches dans la jurisprudence des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel »²⁹³.

La diffusion des décisions des juridictions contrôlées à l'extérieur comme à l'intérieur de la juridiction administrative a ainsi permis aux différents professionnels du droit d'aller les consulter. À cet égard, selon Hada Messoudi, « l'open data interne permet l'amélioration du dialogue des juges »²⁹⁴. Des magistrats administratifs contrôlés lui ont en outre confié que désormais, il existe « une forme de “respiration commune” ou d'“enrichissement mutuel”, chaque juge pouvant enrichir sa vision par ce que font ses collègues d'autres tribunaux ou au contraire s'en démarquer »²⁹⁵.

6. L'augmentation de la diffusion de ces dernières décisions en raison de l'open data vous semble-t-elle augurer une plus grande importance accordée à cette « jurisprudence », y compris dans le sens de son autonomie par rapport à celle du Conseil d'État ?

L'« open data » des décisions de justice aura nécessairement pour conséquence d'accorder une plus grande importance et une plus grande attention aux décisions rendues par les juridictions contrôlées. D'une part, cela permettra de constater la richesse et l'étendue du pouvoir jurisprudentiel dont les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel disposent. Un tel constat conduit d'autre part à renouveler la conception de l'élaboration de la jurisprudence administrative.

D'une part, l'accès exhaustif aux décisions des juridictions contrôlées permet de prendre conscience de l'étendue du pouvoir jurisprudentiel des tribunaux et des cours. Ces dernières disposent, en théorie, du même pouvoir créateur que celui qu'exerce le Conseil d'État. Ce pouvoir trouve en effet sa source dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. Dominique d'Ambra, dans sa thèse relative à *L'objet de la fonction juridictionnelle* définit la fonction juridictionnelle de la manière suivante : selon lui, le rôle du juge est de « trancher, selon une procédure déterminée, les litiges qui lui sont soumis »²⁹⁶. Il doit en outre le faire conformément au droit applicable. En cela, la fonction juridictionnelle « consiste (...) à dire le droit dans un cas particulier, à déclarer s'il y a eu ou non violation de la règle de droit »²⁹⁷. La résolution du litige implique donc d'identifier préalablement la règle textuelle applicable au litige. Cette

²⁹² A. ILJIC, concl. sur CE, 14 novembre 2018, *Ministre de la Culture c/ Société pour la protection des paysages et l'esthétique de France*, n°s 420055 et 422500, disponible sur *ArianeWeb*, p. 2.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ H. MESSOUDI, « Open data et amélioration du dialogue des juges au sein de la juridiction administrative ? », *Revue générale du droit*, disponible sur : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2018/08/27/open-data-et-amelioration-du-dialogue-des-juges-au-sein-de-la-juridiction-administrative/>.

²⁹⁵ H. MESSOUDI, « La dématérialisation de la communication des décisions du juge administratif », *op. cit.*, p. 35.

²⁹⁶ D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher des litiges*, Thèse, Strasbourg III, 1991, p. 25.

²⁹⁷ *Ibid.*

recherche du droit applicable implique, au terme de l'article 4 du Code civil, l'exercice d'un pouvoir d'interprétation ou de création, de telle sorte que le pouvoir créateur du juge est intrinsèquement lié à la fonction juridictionnelle.

L'« open data » des décisions de justice permet d'apprécier la réalité d'un tel pouvoir créateur des juridictions contrôlées. Elles répondent à des problèmes juridiques nouveaux, qui naissent de l'entrée en vigueur de législations nouvelles, de l'apparition de faits nouveaux, ou d'argumentations nouvelles développées par les requérants. Le Tribunal administratif de Paris a notamment créé trois nouveaux cas de responsabilité de l'État que les requérants cherchaient à faire consacrer. Il a ainsi accepté d'engager la responsabilité de l'État du fait de la violation manifeste du droit de l'Union européenne par le Conseil d'État²⁹⁸, du fait de lois inconstitutionnelles²⁹⁹, ou encore du fait de la carence de l'État dans le respect de ses objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre³⁰⁰. À propos de ce dernier cas de responsabilité, le Tribunal administratif de Paris a également accepté d'indemniser un nouveau préjudice, le préjudice écologique.

Les juridictions contrôlées sont également susceptibles de faire évoluer la règle de droit textuelle ou jurisprudentielle. Elles peuvent ainsi se livrer à une interprétation *contra legem* du texte, ou opérer un revirement de jurisprudence. Peu après la réforme de 1953, le Tribunal administratif de Lille³⁰¹ et le Tribunal administratif de Nantes en 1958³⁰², puis le Tribunal administratif de Bordeaux au début de l'année 1961³⁰³, ont remis en cause la règle issue de la décision *Bondurand* rendue par le Conseil d'État en 1954³⁰⁴ refusant d'admettre l'indemnisation d'un préjudice moral. Le Tribunal administratif de Lille a estimé que le dommage moral dont la veuve Cousinard « *et ses enfants ont souffert* »³⁰⁵ était susceptible d'être indemnisé tandis que le Tribunal administratif de Bordeaux a affirmé que « *l'inquiétude et (...) l'angoisse exceptionnelles que les époux Meunier ont personnellement éprouvées* »³⁰⁶ du fait de la maladie prolongée de leurs enfants, contractée en raison d'un vaccin obligatoire, ouvraient droit à réparation.

Outre le fait que les juridictions contrôlées innovent régulièrement, il convient de noter que les tribunaux et les cours tranchent définitivement la très grande majorité des litiges. En 2020³⁰⁷, les tribunaux administratifs ont statué sur 200 411 requêtes et les cours administratives d'appel

²⁹⁸ TA Paris, 21 avril 2021, *M. R.*, n° 1823994/2-2, *AJDA* 2021, p. 1345, concl. A. BREILLON.

²⁹⁹ TA Paris, 7 février 2017, *Société Paris Clichy*, n° 1505725/3-1, *AJDA* 2017, p. 698, concl. F. DORÉ.

³⁰⁰ TA Paris, 3 février 2021, *Association Oxfam France, Association Notre affaire à tous, Association Fondation pour la nature et l'homme, Association Greenpeace France*, n°s 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, *AJDA* 2021, p. 239 ; *Ibid.*, p. 709, chron. H. GALI ; *D. 2021*, p. 240, obs. J.-M. PASTOR ; *AJCT* 2021, p. 255, obs. M. MOLINER-DUBOST.

³⁰¹ TA Lille, 28 février 1958, *Dame veuve Cousinard, Rec.*, p. 689 ; *AJDA* 1958, II, p. 105, concl. D. DELEVALLÉ.

³⁰² TA Nantes, 14 mars 1958, *Epoux Rigollet, Rec.*, p. 699.

³⁰³ TA Bordeaux, 15 février 1961, *Meunier, AJDA* 1961, II, p. 361, concl. E.-P. LUCE.

³⁰⁴ CE, Ass., 24 novembre 1961, *Ministre des travaux publics c/ Consorts Letisserand, Rec.*, p. 661 ; *S. 1962*, p. 82, concl. C. HEUMANN, note VIGNES ; *RDP* 1962, p. 330, note M. WALINE ; *JCP Gén.*, 1962, II, n° 12425, note E.-P. LUCE ; *AJDA* 1962, p. 22, chron. M. GALABERT, M. GENTOT.

³⁰⁵ TA Lille, 28 février 1958, *Dame veuve Cousinard, op. cit.*

³⁰⁶ TA Bordeaux, 15 février 1961, *Meunier, op. cit.*

³⁰⁷ Rapport public annuel du Conseil d'État, 2020, p. 57.

se sont prononcées sur 30 455 affaires. Le Conseil d'État a statué, en appel et en cassation, sur 6 520 litiges. Les tribunaux administratifs ont donc réglé définitivement 84,8 % des litiges introduits devant eux. Une fois les cours administratives d'appel intervenues, cette proportion d'affaires définitivement tranchées par les juridictions contrôlées est portée à 96,75 %. Le Conseil d'État ne contrôle donc, en définitive, que 3,25 % des jugements et arrêts rendus par les tribunaux et les cours. Dès lors, si les juridictions contrôlées innovent, et que leurs solutions sont définitives, ou qu'elles sont confirmées par le Conseil d'État, leur contribution à l'élaboration de la jurisprudence est quantitativement considérable. Pour cette raison, il convient d'accorder une certaine importance aux décisions rendues par les juridictions contrôlées. Elles permettent de mieux connaître les règles de droit applicables.

D'autre part, certains auteurs, notamment privatistes, considèrent que l'« open data » des décisions de justice consacre l'existence d'une autre source de jurisprudence. Pascale Deumier considère ainsi que l'« open data » des décisions de justice et leur exploitation par les outils de justice prédictive permettent de révéler l'existence d'une « *jurisprudence du fond* »³⁰⁸ laquelle porte sur les appréciations au fond qui sont abandonnées par le juge de cassation aux juridictions contrôlées, et qui est formée par une « *façon habituelle de juger, lorsqu'elle existe* »³⁰⁹.

Cette autonomie de la jurisprudence des juridictions administratives contrôlées n'existe cependant pas dans la jurisprudence administrative. Des règles de fond peuvent certes se dégager de l'accumulation des décisions des juridictions contrôlées. Par exemple, l'étude des jugements et arrêts des tribunaux et des cours montre que les juges tiennent compte de certaines circonstances pour déterminer le montant de l'amende pour recours abusif. Néanmoins, la compétence du Conseil d'État, qui n'est pas qu'un juge de cassation, lui permet également de statuer sur le fond des litiges de telle sorte qu'il participe également à l'élaboration de ces règles de fond. Il ne semble donc pas approprié de parler de jurisprudences autonomes dans la mesure où les juges administratifs contrôlés et le Conseil d'État statuent tous en fait et en droit, et qu'ils se prononcent sur les mêmes matières et les mêmes règles de droit applicables. Envisager une autonomie reviendrait en réalité à accepter qu'il existe plusieurs jurisprudences et donc plusieurs règles de droit applicables, ce qui aurait pour conséquence de rompre l'égalité des justiciables devant la loi et son interprétation.

L'« open data » des décisions de justice invite surtout à renouveler l'approche doctrinale de l'élaboration de la jurisprudence selon laquelle le Conseil d'État en a seul la maîtrise. Les nombreuses innovations des juridictions contrôlées impliquent de les prendre en considération dans le processus d'élaboration de la jurisprudence administrative et de tenter de comprendre comment de l'ensemble des innovations dégagées par les juridictions administratives, se dégagent des règles de droit. Il n'y a donc pas plusieurs jurisprudences parmi lesquelles primerait celle du Conseil d'État, mais une seule jurisprudence administrative à la création de laquelle toutes les juridictions de l'ordre contribuent. Parce qu'il implique de remettre en question l'approche traditionnelle du phénomène jurisprudentiel pour y inclure les décisions des juridictions contrôlées, l'« open data » des décisions de justice a pour inévitable conséquence de leur accorder une plus grande importance.

³⁰⁸ P. DEUMIER, « La justice prédictive et les sources du droit : la jurisprudence du fond », in *La justice prédictive*, Dalloz, 2018, coll. « Archives de Philosophie du Droit », t. 60, p. 51.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 52.

7. En contrepoint, quelle pourrait être l'évolution du rôle du Conseil d'État ?

La nouvelle approche du processus jurisprudentiel, selon laquelle toutes les juridictions administratives contribuent à l'élaboration d'une seule et même jurisprudence administrative, conduit à repenser le rôle du Conseil d'État. Il convient, au préalable, de faire deux remarques.

Tout d'abord, au regard de la quantité d'innovations dégagées par les tribunaux et les cours, l'autorité juridictionnelle du Conseil d'État apparaît insuffisante pour qu'il impose sa propre vision jurisprudentielle à l'ensemble de l'ordre juridictionnel.

En effet, à rebours de la conception dominante, il convient de comprendre que les juridictions contrôlées sont toujours libres d'aller à l'encontre des solutions dégagées par le Conseil d'État. Ce dernier n'est susceptible d'imposer sa volonté que de manière limitée. La Haute juridiction ne peut faire primer sa vision que lorsqu'elle casse un jugement ou un arrêt de tribunal administratif ou de cour administrative d'appel et qu'elle règle ensuite définitivement le litige en fait et en droit. Il en va ainsi lorsqu'elle met en œuvre l'article L. 821-2 du Code de justice administrative qui lui permet de casser un jugement ou un arrêt de juridiction contrôlée et de régler l'affaire au fond lorsque la bonne administration de la justice le justifie. Elle impose encore sa vision lorsqu'après une première cassation avec renvoi, la juridiction contrôlée manifeste son désaccord avec la solution du Conseil d'État. Le Conseil peut casser à nouveau le jugement ou l'arrêt de la juridiction contrôlée et régler définitivement le litige en appliquant la solution jurisprudentielle qu'il estime la plus adaptée. Toutefois, l'autorité du Conseil ne joue que pour la juridiction dont la solution a été invalidée et que pour l'affaire au sujet de laquelle le tribunal ou la cour avait dégagé cette innovation. Toutes les autres juridictions contrôlées sont, en théorie, libres d'adopter des positions autres que celle du Conseil d'État. De même, la juridiction contrôlée dont le jugement ou l'arrêt a été censuré est libre de ne pas suivre la Haute juridiction dans les litiges ultérieurs dont elle sera saisie. Il convient dès lors de relativiser la portée de la sanction du Conseil d'État. Les cas d'inapplication des solutions de la Haute juridiction sont, en pratique, rares mais pas impossibles. L'indemnisation du préjudice moral par les tribunaux administratifs constitue de nouveau un exemple significatif. Une telle réparation a été admise par les tribunaux administratifs à la fin des 1950 alors que le Conseil d'État avait fermement rappelé cette impossibilité en 1954.

En outre, comme cela a été indiqué, la Haute juridiction n'est pas toujours saisie des jugements et des arrêts rendus par les juridictions contrôlées. En réalité, elle ne contrôle qu'une infime partie d'entre eux. Il en découle premièrement qu'il est impossible pour le Conseil d'État de vérifier que toutes les juridictions contrôlées appliquent correctement les solutions qu'il a antérieurement dégagées. De cette manière, les éventuelles indisciplines des tribunaux et des cours ne sont pas toujours censurées. Le Conseil ne dispose ainsi pas des moyens d'imposer aux juridictions contrôlées l'application de ses solutions.

Deuxièmement, le caractère aléatoire de la saisine du Conseil d'État permet aux juridictions contrôlées d'élaborer des solutions jurisprudentielles qui ne sont jamais évaluées par la Haute juridiction ou qui le sont des années après qu'elles ont été conçues. Dans le premier cas, la jurisprudence est composée des jugements et arrêts des juridictions contrôlées sur lesquels le Conseil d'État n'a pas imprimé sa marque. Dans le second cas, il est possible que de l'accumulation des solutions définitivement rendues par les juridictions contrôlées sur le même sujet aient découlé des règles jurisprudentielles stables et appliquées uniformément dans l'ensemble de l'ordre juridictionnel. Il est alors délicat pour le Conseil d'État de remettre en

cause cette jurisprudence forgée par les tribunaux et les cours si celle-ci résulte de l'adhésion de toutes les juridictions contrôlées à une seule et même solution prétorienne. Par exemple, à propos de la responsabilité pour faute de l'État en raison des conditions de détention portant atteinte à la dignité humaine des détenus, le Conseil d'État n'est intervenu que cinq ans après la première décision de la juridiction contrôlée qui créait ce nouveau cas de responsabilité. Or entre l'innovation du Tribunal administratif de Rouen en 2008³¹⁰ et la saisine du juge de cassation³¹¹, les juridictions contrôlées ont précisé les conditions matérielles permettant de constater une atteinte à la dignité humaine³¹², la présomption de la nature morale du préjudice subi³¹³, ou que les contraintes pesant sur le service public pénitentiaire ne pouvaient exonérer l'administration de sa faute³¹⁴. Ainsi, « *de cet écheveau textuel et juridictionnel, il ne restait plus au Conseil d'État qu'à venir consacrer les principes et le régime de responsabilité dégagés par ce contentieux qui s'annonçait massif* »³¹⁵, ce qui fut « *chose faite* »³¹⁶ en 2013. Il apparaît ainsi que, lorsqu'il intervient longtemps après la première décision juridictionnelle innovante, le Conseil d'État ne dispose pas de beaucoup de marge de manœuvre quant à la confirmation de la règle jurisprudentielle. Le caractère aléatoire de la saisine du Conseil permet en réalité de mesurer à quel point les décisions du Conseil d'État demeurent largement minoritaires dans l'ordre juridictionnel. Si l'ensemble des juridictions contrôlées s'accordent sur l'application d'une solution prétorienne, que le Conseil d'État n'a pas validée ou qu'il n'a pas évaluée, il est raisonnable de penser que l'accumulation de ces décisions aura pour conséquence de modifier la position du Conseil d'État ou de l'encourager à la valider.

Si le Conseil d'État n'est pas en mesure d'imposer à l'ensemble de l'ordre juridictionnel l'application de la jurisprudence qu'il a élaborée, il s'agit ensuite de constater que les différents juges administratifs peuvent trancher définitivement des litiges sur le fondement de solutions jurisprudentielles différentes.

Ces divergences existent. Les juridictions contrôlées sont susceptibles de rendre des jugements ou des arrêts définitifs qui vont à l'encontre de la position du Conseil d'État. Il arrive également très souvent que les tribunaux et les cours se contredisent entre eux. Par exemple, les Cours

³¹⁰ TA Rouen, 27 mars 2008, *Donat*, n° 0602590.

³¹¹ CE, Sect., 6 décembre 2013, *Thévenot*, n° 363290, *AJDA* 2014, p. 237, concl. D. HEDARY ; *AJ Pénal* 2014, p. 143, obs. E. PECHILLON.

³¹² La taille de la cellule, la présence de nuisibles, l'état des installations électriques (CAA Marseille, 15 décembre 2011, n° 11MA02831) ; la suroccupation, la température dans les cellules (CAA Douai, 7 janvier 2013, n° 12DA01478, *D.* 2013, p. 1304, obs. J.-P. CERE, M. HERZOG-EVANS, E. PECHILLON) ; la présence d'humidité (TA Orléans, 14 juin 2012, n° 1200333) ; l'insuffisance de ventilation (CAA Lyon, 31 mars 2011, n° 10LY01580) ; l'état des installations sanitaires (CAA Douai, 10 juillet 2012, n° 11DA01405) ; ou encore la possibilité pour les personnes détenues de passer du temps hors de leur cellule (CAA Nantes, 24 mai 2012, n° 11NT02851).

³¹³ CAA Douai, 12 novembre 2009, *Garde des sceaux, ministre de la justice*, n° 09DA00782, *AJDA* 2010, p. 42, chron. J. LEPERS ; *AJ Pénal* 2010, p. 91, obs. E. PECHILLON.

³¹⁴ CAA Douai, ord., 26 avril 2012, n° 11DA01130, 11DA00455, 11DA01120, 11DA01096 et 11DA01105 ; CAA Douai, ord., 20 juillet 2012, n° 11DA01527 ; CAA Bordeaux, 18 octobre 2011, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés*, n° 11BX00159, *AJDA* 2012, p. 63.

³¹⁵ J. SHCMITZ, « Responsabilité de l'État en raison des conditions de détention », *AJDA* 2017 p. 637, obs. sous CE, 13 janvier 2017, *M. Cédric C.*, n° 389711.

³¹⁶ *Ibid.*

administratives d'appel de Lyon³¹⁷ et de Bordeaux³¹⁸ étaient en désaccord sur le fait de savoir si les effets de l'ordonnance de cristallisation des moyens prononcée par le président du tribunal administratif sur le fondement de l'article R.600-4 du code de l'urbanisme perduraient en appel. Or ces divergences ne sont pas tolérables car elles sont de nature à rompre l'égalité des justiciables devant la loi et devant son interprétation. Le principe d'égalité commanderait que les motifs des solutions définitives que les juridictions administratives rendent soient uniformes et que la loi soit interprétée ou complétée partout de la même façon. Le justiciable introduisant une requête devant le Tribunal administratif de Bordeaux serait, en effet, tout à fait légitime à espérer que lui soit appliquée la solution, plus favorable, dégagée par le Tribunal administratif de Strasbourg pour un litige similaire. Il aurait, à cet égard, des raisons d'être insatisfait si le Tribunal administratif de Bordeaux s'en écartait car « rien n'ébranle plus le sentiment du droit chez le peuple que la diversité des solutions données par les tribunaux à des situations similaires »³¹⁹.

L'harmonisation de ces solutions divergentes apparaît donc impérieuse. De ce point de vue, l'intervention du Conseil d'État devient nécessaire. Si le Conseil d'État n'est pas en mesure d'imposer aux juridictions contrôlées l'application des règles qu'il a élaborées, l'intérêt du justiciable commande que les juridictions administratives appliquent les mêmes règles de droit. Or le Conseil d'État compose un échelon juridictionnel à lui tout seul et n'est contrôlé par aucune autre juridiction de l'ordre. Il est donc le seul à ne pouvoir être contredit par une juridiction équivalente ou supérieure. Du fait de cette position unique, les solutions du Conseil sont les seules dans l'ordre juridictionnel à pouvoir constituer des références sur le fondement desquelles l'égalité des justiciables peut être assurée par l'ensemble des juridictions administratives. Si elles appliquent toutes la solution du Conseil, il n'y a pas de risque que cette solution soit invalidée. En conséquence, bien que l'autorité du Conseil ne suffise pas, par elle-même, à imposer l'application des règles qu'il a élaborées, les juridictions contrôlées sont fortement encouragées à les mettre en œuvre au regard de l'intérêt du justiciable et du principe d'égalité.

En effet, Jacques Maury précisait qu'une fois que la juridiction suprême intervient sur une innovation ou bien qu'elle innove elle-même, les juridictions contrôlées ne peuvent plus s'écarter de cette solution sauf à « mal faire »³²⁰. Toutefois, cela ne signifie pas que la décision de la juridiction suprême devient obligatoire (sauf dans le cas d'un second pourvoi). Cela signifie qu'au regard de la situation du justiciable, il n'y a plus d'autre choix que de s'aligner sur cette solution, sauf à créer des inégalités de traitement ou allonger considérablement les délais de justice. Le juge est libre de ne pas appliquer cette solution mais une obstination déraisonnable d'inapplication ne fera pas de lui un « bon juge ». L'indépendance des juridictions suppose ainsi une liberté de s'écarter d'une solution déjà rendue. Mais cet écart doit être pesé et l'inégalité de traitement (en cas de jugement définitif) ou l'allongement du délai de

³¹⁷ CAA Lyon, 13 juin 2017, n° 15LY02543.

³¹⁸ CAA Bordeaux, 30 novembre 2017, *Confédération pour les entrepreneurs et la préservation du pays du Bassin d'Arcachon*, n° 15BX01869, *AJDA 2018*, p. 235, concl. N. NORMAND ; *RDI 2018*, p. 118, obs. P. SOLER-COUTEAUX.

³¹⁹ Ch.-N. FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale », in *Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé. Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz et Sirey, 1960, p. 155.

³²⁰ J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le droit privé au milieu du XXème siècle : études offertes à Georges Ripert*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, t. 1, p. 49.

justice (en cas de voie de recours) qu'il provoque doit être proportionné à ce qui motive la divergence.

La position du Conseil d'État lui permet donc de mettre fin aux divergences et d'harmoniser la jurisprudence créée par l'ensemble des juridictions administratives. Il résulte de toutes ces remarques que le rôle jurisprudentiel du Conseil d'État n'est plus le même. Lorsqu'il était l'unique juridiction administrative, le Conseil d'État disposait naturellement d'un monopole prétorien. La création des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel a, dans un premier temps, conduit la doctrine organique et universitaire à considérer que le Conseil d'État conservait son monopole. L'égalité des justiciables devant la loi était alors assurée par l'application disciplinée et mécanique de la jurisprudence du Conseil d'État par les juridictions contrôlées. Le rôle prétorien du Conseil était donc de produire la jurisprudence administrative, appliquée uniformément par les juridictions administratives. Toutefois, l'« open data » des décisions de justice permet de constater que les tribunaux et les cours sont également à l'origine de nombreuses innovations. Ces dernières sont potentiellement contradictoires. Dès lors, le rôle du Conseil n'est plus de produire la jurisprudence. Toutes les juridictions administratives y concourent. Son rôle est désormais d'identifier, au sein de cette nébuleuse d'innovations naturellement contradictoires, la règle qui lui semble la plus pertinente. Il y parvient certes en proposant des solutions jurisprudentielles, mais également et fréquemment, en arbitrant entre les différentes positions jurisprudentielles adoptées par les juridictions contrôlées. La jurisprudence administrative n'est donc plus le fruit d'une juridiction unique mais celui d'une harmonisation ou d'un arbitrage entre des solutions souvent divergentes.

À cet égard, le rôle du Conseil d'État se rapproche aujourd'hui nettement de celui de la Cour de cassation. Cette dernière a été créée afin d'assurer l'unité d'interprétation de la loi appliquée par les juges judiciaires sur l'ensemble du territoire. Initialement, cela signifiait que la loi, que l'on ne considérait pas comme pouvant être lacunaire, ne pouvait laisser place à des divergences de compréhension et donc d'interprétation. La Cour de cassation avait donc pour fonction de livrer la véritable interprétation du texte. Toutefois, il a ensuite été reconnu que l'interprétation de la loi par le juge était nécessaire. Il lui a même été imposé, en cas de silence, de la combler. La Cour de cassation a donc très vite eu pour fonction d'unifier les interprétations divergentes de la loi auxquelles se livraient les multiples juridictions judiciaires contrôlées. De la même façon, dans l'ordre juridictionnel administratif, la multiplication des juridictions administratives a nécessairement eu pour conséquence de modifier le rôle du Conseil d'État. Celui-ci doit plus que jamais se soucier de garantir une unité jurisprudentielle qu'il assurait auparavant de fait grâce à son monopole juridictionnel et jurisprudentiel. Le prestige du Conseil, qu'il tirait de son œuvre prétorienne, a néanmoins conduit ses membres et ses admirateurs à craindre et donc à réfuter une telle évolution. L'« open data » des décisions de justice devrait désormais permettre d'en prendre pleinement la mesure.

HISTOIRE DU DROIT

Réponse au questionnaire proposé par le Groupe de réflexion sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence

Jean-Louis HALPERIN

Professeur à l'Ecole nationale supérieure Ulm

Janvier 2022

Dans quelle mesure la notion et le rôle de la jurisprudence ont-ils évolué au cours du temps et sous l'influence de quels facteurs (pratiques, politiques, technologiques, etc.) ?

L'évolution des usages du mot « jurisprudence » est révélatrice des transformations du rôle reconnu aux précédents judiciaires, qui sont pris en considération en France dès la naissance du Parlement au XIII^e siècle (comme en témoignent au siècle suivant les *Questiones* de Jean Le Coq regroupant plus de 300 arrêts en latin rendus par le Parlement entre 1382 et 1396) et donnent lieu à des publications manuscrites, puis imprimées (le *Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France* de Jean Papon, publié en 1556, est souvent considéré comme la première tentative de réunir en français des décisions de diverses cours) qui servaient aux avocats, voire aux juges. Après les ouvrages de nombreux arrêtistes des Cours souveraines au XVII^e siècle (par exemple, à Toulouse), c'est au XVIII^e siècle que le sens romain de jurisprudence, comme science du droit, est de plus en plus concurrencé par l'expression nouvelle de « jurisprudence des arrêts » qui fait référence aux précédents et à leur autorité.

En dépit de l'absence de motivation depuis le XIV^e siècle de la plupart des arrêts et des grandes imperfections des recueils privés d'arrêts (la comparaison, qui n'est pas aisée, avec les archives fait apparaître de nombreuses erreurs de date, de fait, voire de droit), les recueils privés, fondés sur les plaidoiries des avocats, se multiplient et l'avènement des répertoires alphabétiques de jurisprudence dans les dernières décennies de l'Ancien Régime (Denisart, Guyot, Prost de Royer, cf. Serge Dauchy et Véronique Demars-Sion, *Les recueils d'arrêt et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2005) marque la volonté de sélectionner les arrêts qui ont véritablement une portée normative en infléchissant le traitement d'une « question de droit ». Parallèlement la publication des réquisitoires et plaidoyers de Daguesseau (quand il était avocat général au Parlement) donne l'exemple d'argumentations susceptibles de suppléer en partie l'absence de motivation. Au début du règne de Louis XVI, la *Gazette des tribunaux* publie de courts articles sur un certain nombre de procès, en s'appuyant assez souvent sur un résumé des conclusions de l'avocat général comme sur les plaidoiries des avocats. L'absence de motivation, y compris des arrêts du Conseil du roi (avec par ailleurs un tout petit nombre d'arrêts de cassation) limitait néanmoins la portée de ces précédents publiés.

Le facteur politique s'avère décisif avec la Révolution : la Constituante impose la motivation obligatoire des décisions de justice (loi des 16-24 août 1790) et crée le Tribunal de cassation (loi des 27 novembre – 1^{er} décembre 1790). Ce dernier parvient à rendre plus de 20 000 décisions pendant les dix années de la révolution, suscitant leur diffusion, d'abord par des placards imprimés, puis dans le *Bulletin* (après un premier essai en 1796 et un vrai démarrage en 1798). Dès la Révolution, des journaux judiciaires (assez instables et dont la diffusion est difficile à mesurer) publient des décisions du Tribunal de cassation et d'autres juridictions (notamment parisiennes), ouvrant la voie aux grandes collections de jurisprudence qui apparaissent avant même la codification ou son achèvement : le *Journal du Palais* (1802), le *Recueil des lois et arrêts* de Sirey (1802) et le *Journal des audiences* de Denevers (1807, transformé par Dalloz à partir de 1816). L'autorité de la jurisprudence est consacrée par Portalis dans le *Discours préliminaire* (1801), en dépit du maintien chez les législateurs de nombreuses résistances jusqu'à la suppression du référé législatif et l'attribution du dernier mot aux chambres réunies de la Cour de cassation par la loi du 1^{er} avril 1837.

Spécialement, quelle place a pu tenir la diffusion des décisions de justice dans l'évolution de ce rôle, en ce compris les progrès des sciences et techniques, notamment l'invention de l'imprimerie ?

La diffusion des décisions de justice à l'initiative d'avocats ou de juges composant des recueils n'a pas attendu l'imprimerie. Plusieurs de ces recueils ont circulé (du moins dans des cercles étroits grâce à des copies) sous forme de manuscrits : il en est ainsi des *Questiones* de Jean Le Coq dès le XIV^e siècle (dont un manuscrit est conservé au British Museum, tandis que d'autres ont servi à des impressions au XVI^e siècle, comme celle réalisée par Dumoulin), ou les *Decisiones Parlamenti Dalphinali* de Guy Pape rédigées au milieu du XV^e siècle et faisant l'objet d'éditions imprimées dès la fin du XV^e siècle (parmi les premiers incunables en droit). L'imprimerie a sans aucun doute favorisé la multiplication de ces recueils d'arrêts, de même qu'elle a notablement augmenté le nombre d'exemplaires diffusés (même si certains sont restés à l'état de manuscrits utilisés par les juges, comme l'ont montré Serge Dauchy et Véronique Demars-Sion pour le Parlement de Flandre avec la publication de la *Jurisprudence du Parlement de Flandre de Georges de Ghewiet*, Bruxelles, Service public fédéral Justice, 2008).

Après les premiers efforts de systématisation (et de renvois) dans les répertoires (notamment du fait de la continuation de celui de Guyot par Merlin au début du XIX^e siècle), ce sont les nouveaux recueils de la première moitié du XIX^e siècle (*Journal du Palais*, Sirey, Dalloz, *Gazette des tribunaux* depuis 1825) qui ont permis de mettre au point des techniques de recueil (auprès des juridictions, sans doute dans les archives pour les décisions les plus anciennes ou des arrêts de rejet non publiés, dans les bulletins de la Cour de cassation qui ne sont pas exhaustifs et, de manière fragmentaire, dans ceux de quelques cours d'appel), de traitement et d'indexation de ces décisions (cf. la thèse de Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789 - 1914)*, Université de Bordeaux, 2014).

Les avocats, et particulièrement ceux aux Conseils comme Sirey et Dalloz, avaient accès à une riche documentation qu’ils ont su traiter (à commencer pour alimenter les mémoires de leurs clients) de manière assez rigoureuse (il y a relativement peu d’erreurs) et ensuite transformer en un produit commercial auprès d’une masse de praticiens. La *Jurisprudence générale* ou *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence* des frères Dalloz, à partir de 1845 (après un premier essai de 1824 à 1832, cf. Thibault de Ravel d’Esclapon, *Désiré Dalloz*, Dalloz, 2020), est la réussite la plus éclatante de cette entreprise qui, en mêlant références législatives et doctrinales, donnait aux juristes l’accès à un grand nombre de décisions (en notes ou avec des renvois au Recueil périodique) sur toutes les questions. Le perfectionnement des techniques de diffusion de la jurisprudence ne se comprend pas sans ces progrès de la presse spécialisée.

Quelle place par ailleurs a-t-on pu réserver aux décisions des juridictions du fond dans la construction de la jurisprudence ?

Depuis la création du Tribunal de cassation, devenu Cour en 1804, ses décisions ont occupé la première place dans les recueils de jurisprudence. Toutefois, les arrêts des Cours d’appel représentent aussi une part importante de ces recueils. Ils étaient notamment cités à propos des questions sur lesquelles la Cour de cassation ne s’était pas encore prononcée : par exemple, à propos de la possibilité d’adopter ou non son enfant naturel, de légitimer ou non un enfant incestueux après obtention d’une dispense autorisant le mariage des parents, de renverser la charge de la preuve au profit des personnes victimes d’accidents de transport... Finalement consacrées par des arrêts de la Cour de cassation (qui pouvaient être aussi bien des arrêts de rejet que de cassation), ces solutions jurisprudentielles sont parties des juridictions du fond et se sont souvent imposées par un courant majoritaire avant même un grand arrêt de la Cour de cassation : l’obligation de sécurité dans le transport de personnes est bien établie par les Cours d’appel au tournant du XIX^e et du XX^e siècle avant Civ. 21 novembre 1911 *Compagnie générale transatlantique c. Zbidi Hamida Mahmoud*. La *Gazette des tribunaux* est un exemple un peu à part d’une publication quotidienne rendant compte de décisions des juridictions parisiennes (ou des autres ressorts) dont beaucoup n’ont pas donné lieu à un contentieux devant la Cour de cassation. Les recueils d’arrêts de Cours d’appel publiés de manière épisodique informaient également les membres des barreaux locaux des précédents des juridictions du fond.

Dans cette construction, comment évaluez-vous la part respective du rôle de la pratique (par exemple avec la création des répertoires de jurisprudence) et le rôle de la doctrine universitaire (on peut ici penser, par exemple, à l’apparition et au développement des « notes d’arrêt » ou des ouvrages de « grands arrêts ») ?

Il faut tenir compte de la précocité des recueils de jurisprudence en France, les premiers ayant débuté avant même le Code civil et leur développement systématique se situant dans le premier tiers du XIX^e siècle, avant même la consécration de l’autorité de la Cour de cassation par la loi du 1^{er} avril 1837. Sur ce terrain, la France est très en avance sur les autres pays européens, qu’il s’agisse de l’Allemagne (où, du fait de la division politique, il faut attendre la publication des *Seuffert’s Archiv* à partir de 1847 pour voir naître une collection d’arrêts des

différentes cours d'appel des États allemands) ou de l'Angleterre (où c'est seulement en 1865 que les *Official Law Reports*, publiés par une société de juges et d'avocats, viennent prendre la place des « *nominate reports* », recueils sans périodicité et souvent sans méthode réalisés par un avocat). La configuration française se caractérise par l'association de la codification et d'une jurisprudence très développée, elle est très liée à la pratique qui faisait l'admiration de tous à l'étranger, y compris de Savigny.

De l'apparition plus tardive des notes d'arrêt (avec notamment le rôle de Labbé à partir des années 1880) et des *Grands arrêts de la jurisprudence civile* de Capitant et Colin (1934, comme un supplément à leur manuel et précédemment en 1924 sous l'autorité de Capitant et Lambert les *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*), on a longtemps conclu à l'absence de reconnaissance de la jurisprudence par la doctrine antérieure aux années 1880. L'École serait restée étrangère au Palais, centrée sur l'exégèse des codes et la théorie, sans égard pour la pratique. Depuis plusieurs années, cette perspective ancienne est abandonnée : il suffit de lire les grands commentaires du Code civil tout au long du XIX^e siècle pour constater qu'ils sont remplis (plus ou moins selon le style des auteurs) de citations d'arrêts de la Cour de cassation et des Cours d'appel avec des renvois systématiques aux recueils de jurisprudence. Alfons Bürge (*Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2^e éd., 1995, p. 246-292) a montré la coexistence, parfois chez les mêmes auteurs, de sentiments réticents à l'égard de la jurisprudence (la dénonciation des arrêts qui « étouffent le droit », la crainte des « jurisconsultes à dictionnaire ») et de la prise en considération de la jurisprudence comme une interprétation à la fois authentique et doctrinale des énoncés normatifs. Avec la préface par Ledru-Rollin de la troisième édition du *Journal du Palais* en 1837, la création par Cabantous à Dijon d'un cours de jurisprudence en 1843 et les débuts de la *Revue pratique de législation* en 1851 (qui incorpore des revues de la jurisprudence), la jurisprudence a déjà gagné une place de premier rang dans les travaux de la doctrine. Ce sont les nouvelles orientations de la doctrine (de Labbé à Saleilles, Gény, puis Lambert et Capitant) qui ont donné l'impression d'une « découverte » de la jurisprudence, alors que leurs travaux avaient plutôt pour but d'essayer (en vain d'après moi) de guider la jurisprudence.

Quel usage les praticiens comme les universitaires ont-ils pu faire des décisions des juges du fond ?

Pour toutes les questions qui n'étaient pas réglées (ou pas réglées définitivement) par des arrêts de la Cour de cassation, les universitaires n'hésitaient pas, dans la présentation des arguments pro et contra de leur interprétation des textes normatifs, à citer des décisions des juges du fond. L'exemple du droit international privé et de la jurisprudence sur l'article 3 du Code Napoléon est significatif de cette attitude. On fait remonter d'ordinaire la bilatéralisation de cet article à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 juin 1814, arrêt qui n'est pas mis en avant par Foelix dans son *Traité* (1^{re} éd. en 1843, 2^e éd. en 1847) citant d'autres arrêts de cours d'appel et même du tribunal de première instance de Paris à travers la *Gazette des tribunaux*. Plus tard, dans les années 1880, c'en est en se référant à quelques arrêts de cours d'appel, ainsi qu'à la jurisprudence belge, que des auteurs de la doctrine ont exploré la piste de la responsabilité contractuelle comme fondement de l'obligation de l'employeur à l'égard des salariés en cas d'accident du travail.

Au regard de ces différents éléments, quel regard portez-vous sur l'évolution possible de la notion de jurisprudence à l'ère du développement de l'_open data_ des décisions de justice ?

Si les supports (passage des recueils papier à Légifrance, puis à l'open data) se sont transformés, le travail (déjà important au XIX^e siècle) de recherche et de sélection des arrêts par les praticiens n'a, selon moi, pas fondamentalement changé de nature. D'une manière qui n'est pas si différente de celle des praticiens de *common law*, l'avocat cherche les précédents qui pourraient venir au secours de son argumentation. Il me semble que c'est plutôt pour les juges et pour les enseignants-chercheurs en droit que l'open-data appelle d'autres perspectives sur la jurisprudence. Les magistrats, à condition d'en avoir le temps, peuvent avoir un éventail beaucoup plus large de décisions à comparer et éventuellement à imiter. Les mouvements jurisprudentiels peuvent être perçus plus rapidement et susciter davantage d'inflexions, sinon des revirements, de la jurisprudence. Pour les enseignants-chercheurs, qui n'ont pas de procès à trancher et disposent de davantage de temps pour analyser la jurisprudence avec un regard « modérément externe », la sélection des décisions prises en compte (qui était déjà un travail de construction de la jurisprudence, comme l'ont montré de différentes manières Évelyne Serverin ou Philippe Jestaz) pourrait résulter d'un dépouillement systématique sur chaque problématique étudiée et sur un traitement à la fois quantitatif et sociologique. De notre modeste point de vue d'historien du droit, les thèses de droit privé ou public ne s'interrogent guère sur les moyens qui ont amené leurs auteurs à citer tel ou tel corpus de décisions, comme si la jurisprudence était une « donnée brute » dont l'appréhension quantitative et qualitative ne posait aucun problème. Il y aurait à réfléchir, dans l'enseignement juridique, à intégrer l'apprentissage des techniques empruntées aux humanités numériques pour former les futurs praticiens et universitaires à l'usage de l'open data... avant que l'intelligence artificielle n'impose des algorithmes pour prédire les jurisprudences futures.

Quelques jalons pour une histoire de la jurisprudence par les œuvres qui la recueillent (XVI^e-XX^e siècle)

Carine JALLAMION

Professeure agrégée à l'Université de Montpellier

Janvier 2022

Nous savons que le commencement de l'histoire de la jurisprudence se situe à Rome : dans l'Antiquité romaine la *iurisprudentia* est la science du droit, une science maîtrisée par des experts qui portent le nom de jurisconsultes, jurisprudents ou encore *iurisperiti* (habiles en droit). Ils sont des « juristes, qui par leurs connaissances juridiques, donnent des consultations (...), conseillent les parties lors de la rédaction d'un acte juridique ou conseillent les magistrats dans leurs fonctions »³²¹. Ils sont donc des savants à l'origine de la *iurisprudentia*, soit la science du droit³²² mais une science particulière qui ne se veut pas la reproduction de la philosophie grecque³²³, une science à la fois propre à Rome et aux juristes³²⁴, une science « autonome » qui s'appuie sur « l'équité, la bonne foi et l'honnêteté »³²⁵. Ainsi, « ignorant l'esprit de système, leur génie [s'épanouit] dans l'analyse et la technicité »³²⁶. Leur rôle est alors essentiel, comme le rappelle A. Schiavone, pour qui « les juristes à Rome ne furent (...) pas seulement des savants, ou des spécialistes du droit. Pour une grande part de leur histoire, ils en furent aussi les plus importants constructeurs et producteurs ». Ce n'est donc pas un hasard si « la période de plus grand développement de la culture juridique antique - de la fin du II^e s. av. J.-C. aux premières décennies du III^e siècle de notre ère, avant la crise - [coïncide] (...) presque totalement avec l'époque de [leur] pleine affirmation »³²⁷.

La science des jurisconsultes ou jurisprudents est fixée au VI^e siècle dans le Digeste. Cette partie essentielle de la compilation justinienne s'ouvre par un livre premier consacré à la justice et au droit qui reprend plusieurs définitions d'Ulpian, lesquelles présentent les jurisconsultes comme des « prêtres car [ils vouent] un culte à la justice et [professent] la connaissance du bon et de l'équitable »³²⁸. La jurisprudence est quant à elle définie comme « la connaissance des choses divines et humaines, la science de ce qui est juste et injuste »³²⁹.

³²¹ J.-Ph. Dunand et P. Pichonnaz, v° « Iurisconsulti », *Lexique de droit romain*, Bruylant, Schultess Éditions romandes, 2^e éd., 2010, p. 82.

³²² Le *Gaffiot* traduit le terme *prudentia* comme la connaissance, la sagesse, le savoir-faire, le discernement.

³²³ « Pas question de s'appuyer sur un dogme philosophique pour en tirer des corollaires juridiques », écrit C. Lovisi. « Décidément le droit romain était et resta pragmatique. Les besoins de la pratique répugnaient à l'enfermement dans un système. Les juristes se méfiaient des généralisations et ne se laissaient pas séduire par la conséquence strictement logique d'un principe général », *Introduction historique au droit*, Cours Dalloz, 5^e éd., 2016, p. 42.

³²⁴ A. Schiavone remarque que le terme de « juriste » est un mot inconnu des langues anciennes, à l'exception du latin : *Ius, L'invention du droit en Occident*, Belin, 2008, p. 14.

³²⁵ B. Schmidlin, v° « *Iurisprudentia* », *Dictionnaire de l'Antiquité*, J. Leclant dir., PUF, Quadriga, 2005, p. 1163

³²⁶ C. Lovisi, *Introduction historique au droit...*, *op. cit.*, p. 42.

³²⁷ A. Schiavone, *Ius, l'invention du droit en Occident...*, *op. cit.*, p. 52.

³²⁸ « Cuius merito quis nos sacerdotes appellet : iustitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur », Ulpian 1 *Inst.*, *Dig.* 1.1.1.

³²⁹ Ulpian 1 *Reg.*, *Dig.* 1.1.10 : « Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi », le fragment se divisant ensuite en deux paragraphes, l'un consacré au droit, l'autre à la jurisprudence : « § 1. Iuris praecepta

Comme on le sait cet héritage est ensuite « redécouvert » au Moyen âge. Le terme *iurisprudentia* reparait alors dans les sources romaines³³⁰, et à ses côtés le mot de doctrine apparait aussi³³¹, en lien avec le terme latin *doctrina* qui désigne l'enseignement, la formation théorique, par opposition à l'*usus*, la pratique. Ce mot de doctrine vient du verbe *docere*, enseigner, auquel se rattache aussi le mot de « docteur ». C'est ainsi que sont désignés au XIIe siècle les glossateurs qui enseignent le droit romain, par exemple les quatre élèves d'Irnerius, celui qui à la fin du siècle précédent a commencé des lectures du Digeste à Bologne, quatre élèves qui perpétuent l'enseignement de leur maître et que l'on appelle les « quatre docteurs » de Bologne. Et l'on sait encore que c'est l'opinion commune des docteurs, la *communis opinio doctorum*, qui forme au Moyen âge la matière du *jus commune*³³². Ainsi même si le vocabulaire est loin d'être fixé, l'on voit déjà ce terme de doctrine désigner une réflexion sur le droit en lien avec l'enseignement.

De son côté le mot de jurisprudence est avancé par des praticiens, et on le trouve notamment dans le titre de plusieurs ouvrages écrits en français³³³ et publiés à compter du XVIe siècle, dans le contexte de la Renaissance, pour exposer les décisions des cours dont ils dépendent et les réflexions qu'elles leur inspirent³³⁴. L'on peut ainsi citer parmi les premiers³³⁵ l'ouvrage de Guy de la Roche, *Les Institutes impériales de Justinien, jointes avec la jurisprudence française* en 1580³³⁶. Dans ces ouvrages et lorsque les auteurs prennent la peine de définir ce qu'ils entendent par « jurisprudence »³³⁷, l'on comprend qu'il s'agit de science du droit au sens romain du terme, comme on peut par exemple le lire chez Hélo, avocat au parlement de Paris et auteur de *La jurisprudence française conférée avec le droit romain* (1663), pour qui elle est comme une « vertu de l'entendement par laquelle l'homme connaît les choses divines et humaines », non pas « purement pour les considérer [car] c'est le propre de la

sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. § 2. Iurisprudentia est divinarum, atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia ».

³³⁰ Voir J. Krynen, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution », *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, p. 163 et s.

³³¹ En 1165 selon le *Dictionnaire historique de la langue française*.

³³² J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, Coll. Droit fondamental, 7^e éd., 2017, n° 82 et 93.

³³³ Il faut ici rappeler l'article 111 de l'Ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 qui impose la rédaction des arrêts des cours souveraines et des actes de procédure en « langage maternel français ». Voir aussi l'article de C. Magnien-Simonin qui resitue l'Ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 dans un mouvement plus ample : « Défense et illustration de la langue et de la nation françaises par les juristes de la fin du XVIe siècle », *Revue française d'Histoire des idées politiques*, vol. 36, no. 2, 2012, p. 309-325.

³³⁴ D'autant que, comme le rappelle J.-M. Carbasse, dès le Moyen âge « les mots apportés par le *Corpus Juris Civilis* sont étudiés en eux-mêmes et pour eux-mêmes, comme s'ils étaient revêtus d'une valeur à la fois intemporelle et universelle, comme si le droit romain n'était pas le produit d'une longue histoire – celle du peuple romain – mais bien le *Droit tout court* », *Manuel d'introduction historique au droit...*, *op. cit.*, n° 98.

³³⁵ D'après une recherche dans le catalogue général de la BNF.

³³⁶ G. de La Roche, *Les Institutes impériales de Justinien, jointes avec la jurisprudence française*, Paris, 1580, 894 p.

³³⁷ Tous les ouvrages ne prennent pas le soin de définir le terme, loin s'en faut. Ainsi l'ouvrage de P. J. Brillouin, *Dictionnaire des arrêts ou Jurisprudence universelle des parlements de France*, ne contient pas de notice consacrée au terme : il contient plutôt une notice « Jurisconsulte », qui renvoie au mot « Droit ». Voir l'édition à Paris chez Guillaume Cavelier, 1711, t. II, p. 531.

Philosophie, mais pour connaître ce qui est juste ou injuste dans ces choses-là »³³⁸. La définition est ici directement inspirée du Digeste et l'on y devine aussi, sous la plume d'un praticien, un lien avec l'activité de juger, lequel est plus explicite encore chez d'autres auteurs comme Colombet, conseiller au Parlement de Paris et auteur d'un *Abrégé de la jurisprudence romaine, avec son rapport à ce qui est de notre usage* (1671), pour qui la jurisprudence est une « Science, par laquelle on apprend à connaître ce qui est juste et raisonnable, et à la séparer et distinguer de ce qui est injuste et déraisonnable, pour pouvoir avec quelque certitude exercer la justice »³³⁹.

Ainsi voit-on apparaître quelques années plus tard l'expression de « jurisprudence du palais », par exemple en 1676 dans l'ouvrage de Jovet, avocat au parlement de Paris, qui publie *La jurisprudence du Palais réduite en maximes, tirées et compilées du droit et des arrêts, des ordonnances et de la coutume de Paris*³⁴⁰. Pour l'auteur cette « jurisprudence du Palais » correspond aux interprétations du Parlement de Paris sur différentes questions, énoncées sous une forme concise et classées par ordre³⁴¹. Apparaît aussi l'expression synonyme plus commune encore de « jurisprudence des arrêts »³⁴².

Le mot de jurisprudence désigne alors tout à la fois la science et la pratique. Doit-on s'en étonner ? Comme le rappelle J.-L. Gazzaniga, au XVI^e siècle les plus grands juristes – Dumoulin, d'Argentré, Loysel, Pithou, Loyseau – sont tous des praticiens. Ils exposent leurs réflexions, leur jurisprudence au sens de science du droit ou celle de la Cour à laquelle ils appartiennent, en lien avec leur activité d'avocat ou de magistrat. Le mouvement s'accroît au XVII^e siècle avec le déclin des facultés de droit. Ainsi peu à peu « la doctrine se réfugie au Palais » et ce sont alors les avocats et magistrats, lesquels sont appelés jurisconsultes, qui représentent au XVII^e et XVIII^e siècle la « science du droit »³⁴³. Et ce sont aussi les règles envisagées dans leur dimension appliquée qui forment la jurisprudence, plus que le savoir issu de l'université, glissement de sens que la jurisprudence antique – attachée à la méthode casuistique et orientée vers la pratique - n'interdisait pas.

À la fin du XVII^e siècle l'on voit aussi quelques auteurs utiliser le seul terme « jurisprudence » comme Toubeau dans ses *Institutes de droit consulaire ou la Jurisprudence*

³³⁸ F. Hélo, *La jurisprudence française conférée avec le droit romain sur les Institutes de l'Empereur Justinien*, à Paris, chez Estienne Loyson, 1663, p. 5.

³³⁹ L'auteur renvoyant ensuite à la citation d'Ulpien au Digeste : « c'est-à-dire rendre à chacun ce qui lui appartient, et maintenir chacun en son devoir » : C. Colombet, *Abrégé de la jurisprudence romaine, divisé en sept parties, à l'imitation des Pancartes de Justinian, avec son rapport à ce qui est de notre usage*, à Paris chez François Clousier, 1671, 4^e éd., p. 7-8.

³⁴⁰ A Paris chez Jean Guignard, 462 p.

³⁴¹ Pour donner un exemple l'auteur débute par cette maxime : « L'âge de vingt-cinq ans est la majorité naturelle que l'on appelle parfaite et légitime, requise tant par le Droit civil, que par le Droit français, à l'effet de s'obliger valablement, savoir d'une obligation tendant à l'aliénation des propres », l'auteur développant ensuite la règle et citant des arrêts rendus par le Parlement de Paris sur cette question. *Ibid.*, p. 1-2.

³⁴² Voir P.-N. Duval de la Lissandrière, *L'ancien clerc du palais, réformé suivant les nouvelles ordonnances et la jurisprudence des arrêts*, à Paris chez J. Le Febvre, 1702 ; et H. de Boniface, *Questions notables et maximes du droit, tirées de l'usage des textes, du sentiment des docteurs, et de la jurisprudence des arrêts*, Grenoble, A. Giroud, 1702.

³⁴³ J.-L. Gazzaniga, « Quand les avocats formaient les juristes et la doctrine », *Études d'histoire de la profession d'avocat, Défendre par la parole et par l'écrit*, Presses de l'Université de Toulouse I Capitole, 2004, p. 157-168, n°2 et 3. Sur l'évolution du sens du terme depuis Rome jusqu'à la fin de l'Ancien droit, voir aussi P.-N. Barénot, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, Thèse Droit Bordeaux, 2014, p. 15-20.

des marchands (1682)³⁴⁴. Il en va de même sous la plume du législateur. Quelques années plus tôt l'édit de Saint-Germain pris par le roi Louis XIV en 1679 pour réformer les études de droit a aussi fait référence à la « jurisprudence française », sans autre précision³⁴⁵, pour mentionner la jurisprudence des arrêts³⁴⁶. En 1731 le chancelier d'Aguesseau, dans le préambule de l'ordonnance sur les donations qui vient unifier le droit en cette matière, cite également plusieurs fois le mot de « jurisprudence », pour désigner la jurisprudence des arrêts³⁴⁷.

Au milieu du XVIII^e siècle de Ferrière, auteur du *Dictionnaire de droit et de pratique*, peut ainsi distinguer la « jurisprudence » - « la connaissance des choses divines et humaines » comme « l'usage qui s'observe dans une jurisprudence, sur certains points de procédure ou sur certaines questions » - de la « jurisprudence des arrêts » - « l'induction que l'on tire de plusieurs Arrêts qui ont jugé une question de la même manière, dans la même espèce »³⁴⁸. Puis à la fin du siècle tous ces sens se trouvent finalement confondus sous le seul terme de « Jurisprudence », comme dans *l'Encyclopédie* (1765)³⁴⁹.

La jurisprudence au sens des décisions de justice, de l'autorité qui y est attachée et des réflexions plus ou moins savantes qu'elle inspire est ainsi nommée. Pour savoir exactement ce qu'elle est, il convient de s'intéresser alors aux ouvrages imprimés qui la recueillent, d'abord dans l'ancien droit (I) puis à compter de la Révolution française et des Codes (II), afin de comprendre comment cette jurisprudence est portée à la connaissance du public et comment elle est mise à profit, par les praticiens et plus encore par la doctrine.

³⁴⁴ L'auteur précise qu'il s'est appuyé tant sur les ordonnances que sur les arrêts, afin de « rapporter les choses comme elles ont été dites, jugées et ordonnées », J. Toubeau, *Les Institutes du droit consulaire, ou la Jurisprudence des marchands*, à Paris chez Jean Guignard, 1682, Préface. On retrouve le même terme dans le même sens par exemple chez A. Laisné, *La Nouvelle jurisprudence sur le fait des chasses, contenant l'explication de l'ordonnance de 1669, avec les arrêts et jugements rendus sur chaque article*, à Paris chez G. Quinet, 1685.

³⁴⁵ Édit portant règlement pour l'étude du droit canonique et civil, art. 14 : « Et afin de ne rien omettre de ce qui peut servir à la parfaite instruction de ceux qui entreront dans les Charges de Judicature ; Nous voulons que le Droit Français contenu dans nos Ordonnances et dans les Coutumes, soit publiquement enseigné. Et à cet effet, Nous nommerons des Professeurs qui expliqueront les Principes de la Jurisprudence Française... ».

³⁴⁶ Ch. Chêne cite, à la suite de l'édit de Saint-Germain, une déclaration royale datant du 16 juillet 1681 pour les universités de Toulouse et de Montpellier où il est précisé que doivent être enseignés « les principaux arrêts qui sont intervenus servant de préjugés », « Arrêtistes et enseignement languedocien sous l'Ancien régime », *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVII^e-XVIII^e siècles)*, S. Dauchy et V. Demars-Sion dir., La Mémoire du Droit, 2005, p. 139.

³⁴⁷ « Notre amour pour la justice (...), et le désir que nous avons de la faire respecter également dans tous nos États, ne nous permettent pas de tolérer plus longtemps une diversité de jurisprudence qui produit de si grands inconvénients... » ; « Avant que d'y établir des règles invariables, nous avons jugé à propos de nous faire informer exactement (...) des différentes jurisprudences » ; encore les « magistrats (...) nous ont proposé souvent de préférer la jurisprudence la plus simple ». Il s'agit donc de « rétablir dans les différentes matières de la jurisprudence où l'on observe les mêmes lois, cette uniformité parfaite... », Ordonnance sur les donations, Versailles, février 1731, Isambert, *Recueil général des anciennes lois française*, t. XXI, p. 343 et s.

³⁴⁸ C. J. de Ferrière, v^o « Jurisprudence » et v^o « Jurisprudence des arrêts », *Dictionnaire de droit et de pratique*, 1749, 3^e éd., à Paris chez Brunet, t. II, p. 135-136.

³⁴⁹ La « jurisprudence » y est présentée comme la « science du droit, tant public que privé, c'est-à-dire la connaissance de tout ce qui est juste et injuste ». Mais la notice poursuit : « On entend aussi par le terme de *Jurisprudence* les principes que l'on suit en matière de Droit dans chaque pays ou dans chaque tribunal ; l'habitude où l'on est de juger de telle ou telle manière une question, & une suite de jugements uniformes sur une même question qui forment un usage ». Ainsi résume la notice « la *Jurisprudence* a donc proprement deux objets, l'un qui a la connaissance du Droit, l'autre qui consiste à en faire l'application », *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, v^o « Jurisprudence », 1765, vol. IX, p. 81.

I. La jurisprudence dans l'ancien droit

Pour comprendre la jurisprudence sous l'ancien droit – du XVI^e siècle où circulent les recueils imprimés jusqu'en 1789 – l'on peut présenter deux questions : celle des recueils de jurisprudence (A) puis celle de l'autorité de la jurisprudence des arrêts (B).

A. Les recueils d'arrêts de l'ancien droit

Les recueils d'arrêts apparaissent avec l'imprimerie, dans la deuxième moitié du XVI^e siècle³⁵⁰. Ils sont l'œuvre de praticiens, avocats ou magistrats, qui ont alors seuls accès aux décisions de justice. Ainsi dans le recueil de Jean de Catellan figurent essentiellement des arrêts du Parlement de Toulouse qu'il a contribué à rendre en tant que juge. C'est d'ailleurs pour cela qu'il a pu les recueillir³⁵¹.

Dans un premier temps les praticiens ont constitué de tels recueils « sans dessein de publication » écrit J. Hilaire, pour leur usage personnel, afin de garder la mémoire des décisions de la Cour à laquelle ils sont attachés et de voir quelle jurisprudence peut s'en dégager. Ils recueillent alors généralement les seuls arrêts les plus importants : ceux qui portent sur des questions de droit fréquentes ou controversées³⁵². Ces recueils privés prennent initialement la forme de manuscrits que vont, à partir du XVI^e siècle, publier leurs héritiers, comme le fait par exemple le neveu de Jean de Catellan, conseiller au Parlement de Toulouse, qui publie l'ouvrage après la mort de son auteur non sans avoir hésité à le garder « en manuscrit dans l'obscurité d'un Cabinet, pour servir seulement d'instruction particulière et domestique »³⁵³. Comme le rappelle J. Poumarède les publications des recueils se font alors souvent à l'initiative de libraires-imprimeurs³⁵⁴ qui voient dans de tels ouvrages un marché prometteur, tant de tels recueils pouvant intéresser nombre de juristes, entrant dans la profession comme plus expérimentés. L'on sait en effet à quel point les juristes ont le goût des livres de droit. Ainsi au XV^e siècle les imprimeurs se sont-ils beaucoup installés dans les villes universitaires, comme à Paris qui dès 1470 possède sa première imprimerie, au collège de la Sorbonne³⁵⁵.

Les recueils d'arrêts prennent donc leur essor avec l'imprimerie et se multiplient dans la seconde moitié du XVI^e siècle – d'où la formule rappelée par Meynial d'après laquelle « l'art de l'imprimerie semble n'avoir été inventé que pour l'usage des collecteurs d'arrêts »³⁵⁶. Les

³⁵⁰ Voir de manière générale sur la question J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit*, Flammarion, Coll. Champs université, 3^e éd., 2009, p. 264 et s.

³⁵¹ J. de Catellan, *Arrests remarquables du Parlement de Toulouse*, 1756, à Toulouse chez le Sieur Caranove, préface.

³⁵² J. Hilaire, « Questions autour de la jurisprudence des arrêts », *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)...*, *op. cit.*, p. 24.

³⁵³ Voir encore l'exemple du recueil de J. de Catellan qui a été publié après la mort de son auteur par son neveu, François de Catellan : J. de Catellan, *Arrests remarquables du Parlement de Toulouse*, 1756, à Toulouse chez le Sieur Caranove, 2 vol.

³⁵⁴ J. Poumarède, « Les arrestographes toulousains », *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)...*, *op. cit.*, p. 79.

³⁵⁵ J. Garrisson, *Royauté, Renaissance et Réforme*, Seuil, 1991, p. 36-43.

³⁵⁶ E. Meynial, « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes », *Le Code civil, livre du centenaire*, Paris 1904, rééd. Dalloz, 2004, p. 180.

libraires-imprimeurs ont en effet su solliciter les praticiens – ou leurs descendants - dont les manuscrits circulaient, les libraires parisiens et lyonnais s'étant montrés ici particulièrement dynamiques, en publiant des recueils émanant d'autres cours souveraines que celle de leur province³⁵⁷.

La large diffusion des recueils d'arrêts – permise par l'imprimerie – s'explique alors par le grand nombre de juristes intéressés par de tels ouvrages, du fait de l'usage qu'ils peuvent en avoir. Les recueils sont ainsi indispensables pour la formation des jeunes juristes (1°) comme pour rendre accessible à tous la connaissance du droit dans un ressort (2°).

1° Des recueils pour la formation des jeunes juristes.

Les recueils sont d'abord destinés à la formation de jeunes juristes. À l'époque moderne il n'y a pas d'université dans chaque ville et même quand il y en a une, le droit s'apprend aussi voire surtout auprès de praticiens³⁵⁸. Outre l'imprimerie qui permet leur large diffusion, il faut aussi relever que le succès de tels recueils auprès de jeunes praticiens s'explique par le fait qu'ils sont rédigés en français. Il faut en effet rappeler l'importance des écrits en français, accessibles à tous, alors que les cours à l'Université sont en latin³⁵⁹. Il en va de même pour faciliter l'apprentissage du droit par le livre, comme s'en justifie en 1706 de Barbeyrac lorsqu'il traduit en français l'ouvrage de Pufendorf, *Du droit de la nature et des gens* : les « jeunes gens qui se destinent à l'étude » lisent le latin mais ne le maîtrisent suffisamment pour pouvoir consulter « avec plaisir et fruit un ouvrage du style de celui de [Pufendorf] ». L'on entend « toujours mieux sa langue maternelle, poursuit Barbeyrac, et il est bon de ne pas partager son esprit entre l'attention que l'on doit avoir aux choses mêmes, et celle que l'on est obligé de donner à l'intelligence des termes dans lesquels elles sont exprimées »³⁶⁰.

C'est pour la même raison - faciliter la formation des jeunes juristes - que Louis XIV a pris en avril 1679 l'édit de Saint-Germain « portant règlement pour l'étude du droit canonique et civil », qui décide en son article 14 de l'enseignement d'un droit français « en français »³⁶¹, enseignement qui doit comprendre, outre les ordonnances et la coutume, « les principes de la jurisprudence française », « pour la parfaite instruction de ceux qui entreront dans les charges

³⁵⁷ J. Poumarède, « Les arrestographes toulousains »..., *op. cit.*, p. 75-76.

³⁵⁸ Voir J.-L. Gazzaniga, « Quand les avocats formaient les juristes et la doctrine »..., *op. cit.*, p. 157-168.

³⁵⁹ Voir L. Depambour-Tarride, « Droit et Académie au XVIIe siècle. Réflexions sur une absence », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1987, p. 8-22.

³⁶⁰ S. von Pufendorf, *Du droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, trad. J. Barbeyrac, à Amsterdam chez Gerard Kuyper, 1706, p. LXXXV.

³⁶¹ Pour reprendre l'expression de C. Lovisi, *Introduction historique au droit*..., *op. cit.*, p. 267 et s.

de judicature »³⁶². Il s'agit bien alors de la « jurisprudence des arrêts »³⁶³, laquelle était déjà au cœur de la formation des jeunes juristes, l'édit de 1679 venant consacrer un tel apprentissage³⁶⁴.

Les professeurs de droit français vont donc pouvoir utiliser les recueils d'arrêts – il faut insister ici sur le fait qu'ils disposent de ce seul instrument pour connaître la jurisprudence - afin de répondre au vœu royal et d'intégrer la jurisprudence dans leurs enseignements³⁶⁵. Ainsi à Toulouse François de Boutaric entend-il enseigner « les coutumes, les ordonnances de nos rois, la jurisprudence des arrêts, la matière des fiefs et une infinité d'autres entièrement inconnue du droit romain »³⁶⁶. Il prend soin de définir cette « jurisprudence des arrêts » comme « la manière de juger, la manière dont les parlements et autres cours supérieures ont expliqué, ou interprété quelques endroits des lois romaines ou des coutumes »³⁶⁷.

2° Des recueils pour connaître le droit dans le ressort d'un parlement

Mais les recueils d'arrêts imprimés ne sont pas utiles qu'aux plus jeunes praticiens. Le succès d'édition qu'ils représentent s'explique aussi parce qu'ils sont alors le seul moyen de connaître le droit - et non pas seulement la jurisprudence - tel qu'il est appliqué, interprété dans le ressort d'un parlement. Or connaître ces interprétations est essentiel, particulièrement après la rédaction des coutumes car là où celles-ci n'évoluent plus, les juges vont venir continuer à les interpréter, comme ils le font dans le Midi de la France avec le droit romain, d'où des variantes locales suivant le ressort parlementaire. Les arrêts des parlements prennent d'autant plus de liberté à l'égard du droit applicable que les parlementaires ont le pouvoir de juger en équité et de rendre des arrêts de règlement³⁶⁸. Il est donc indispensable de connaître leur jurisprudence et de pouvoir consulter, malgré leurs défauts³⁶⁹, les recueils d'arrêts.

³⁶² Ce sont les premiers mots de l'article 14. De manière plus générale le roi explique dans le préambule de l'édit vouloir « donner à ceux qui se destinent à ce ministère, [faire régner la justice], les moyens d'acquérir la Doctrine et la capacité nécessaires, en leur imposant la nécessité de s'instruire, tant des canons de l'Église et des lois romaines, que du droit français ». Le texte figure dans les collections classiques d'ordonnances royales mais il est aussi accessible sur Gallica, tel qu'enregistré au Parlement de Paris le 8 mai 1679.

³⁶³ Ch. Chêne cite une déclaration royale datant du 16 juillet 1681 pour les universités de Toulouse et de Montpellier où il est précisé que doivent être enseignés « les principaux arrêts qui sont intervenus servant de préjugés », « Arrêtistes et enseignement languedocien sous l'Ancien régime »..., *op. cit.*, p. 139. L'on peut également citer le Professeur de droit français F. de Boutaric qui indique que le droit français se compose, entre autres, de la « jurisprudence des arrêts », *Les Institutes de l'Empereur Justinien conférées avec le droit français*, A Toulouse chez Gaspard Hénault et Jean-François Forest, 1740, Préface, p. XIV.

³⁶⁴ S. Dauchy, « Introduction », *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*, S. Dauchy et V. Demars-Sion dir., La Mémoire du Droit, 2005, p. 13.

³⁶⁵ Voir N. Derasse, « La mise en valeur des recueils d'arrêts et des dictionnaires de jurisprudence à travers les préfaces », *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*..., *op. cit.*, p. 65.

³⁶⁶ F. de Boutaric, *Les Institutes de l'Empereur Justinien conférées avec le droit français*..., *op. cit.*, Préface, p. XIV.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 7. Voir Ch. Chêne, « Arrêtistes et enseignement languedocien sous l'Ancien régime »..., *op. cit.*, p. 143-145.

³⁶⁸ Voir J. Krynen, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution », *op. cit.*, p. 161-197.

³⁶⁹ Voir S. Dauchy, « Introduction »..., *op. cit.*, p. 14 et s.

Plus dans le détail, les recueils d'arrêts sont consultés car ils prétendent révéler les motifs des décisions de justice, lesquelles ne sont alors pas motivées³⁷⁰. S'il faut ici faire preuve de prudence on peut souligner que certains recueils d'arrêts ont été écrits par des magistrats qui ont participé aux arrêts comme juges, et qui étaient donc à même d'en donner les motifs : c'est par exemple le cas dans les *Questions notables de droict* de Claude Leprestre (1645) qui était conseiller de la cinquième chambre des enquêtes du Parlement de Paris³⁷¹ ou comme nous l'avons vu du recueil de Jean de Catellan à Toulouse. Les arrêts recueillis apparaissent alors plus complets que les archives judiciaires : dans les arrêts du Parlement de Paris au XVIIIe siècle on trouve essentiellement les faits et les quelques arguments de la seule partie qui a gagné le procès, tandis que les arrêts reproduisent les motifs quand ils ont pu les connaître ou les reconstruisent à partir des arguments de la partie qui a gagné le procès, considérant que ce sont ceux qui ont davantage convaincu les juges³⁷². Ainsi les recueils d'arrêts, par cette révélation des motifs plus ou moins exacte, font apparaître la jurisprudence, plus que les arrêts eux-mêmes, d'où l'existence, peut-on dire, d'une « jurisprudence des arrêtistes »³⁷³.

Également les praticiens cherchent dans les recueils d'arrêts des arguments dont ils pourront s'inspirer dans des espèces similaires³⁷⁴, ou des raisonnements qui seraient l'expression de la science de grands magistrats³⁷⁵.

Les praticiens cherchent enfin dans ces recueils non pas tous les arrêts rendus par un parlement, ce qui ne les aurait guère aidés, mais des décisions choisies, signalées et présentées comme importantes³⁷⁶, d'où le fait que l'on trouve, après les recueils d'arrêts des XVIe et XVIIIe

³⁷⁰ Sur ce point voir V. Demars-Sion qui explique que les parlementaires « ne peuvent ni ne veulent » motiver leurs arrêts. « Ils ne le peuvent pas, à peine d'enfreindre l'usage de non-motivation consacré par le *Style* du Parlement, et ils ne le veulent pas, pour ne pas porter atteinte à une liberté d'appréciation à laquelle ils sont farouchement attachés et pour préserver leur totale indépendance tant à l'égard des plaideurs qu'à l'égard du roi. Pourtant ils souhaitent que leurs décisions, et les raisons qui les ont guidées, soient connues car une telle publicité contribue à asseoir leur autorité. Dans ces conditions on comprend la faveur dont ils témoignent pour des ouvrages qui assurent cette publicité sans qu'ils soient pour autant liés », « Les recueils d'arrêts et les dictionnaires ou répertoires de jurisprudence à l'épreuve de la pratique : l'exemple des mariages à la Gaulmine », *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*..., *op. cit.*, p. 310-311.

³⁷¹ G. Leyte, « Le Prestre, Claude », *Dictionnaire historique des juristes français*, P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen dir., PUF, Coll. Quadrige, 2^e éd., 2015, p. 648.

³⁷² J. Hilaire, « Questions autour de la jurisprudence des arrêts »..., *op. cit.*, p. 28.

³⁷³ Selon l'expression de S. Dauchy, « Introduction »..., *op. cit.*, p. 18-19. Voir aussi, dans le même ouvrage, J. Hilaire, « Questions autour de la jurisprudence des arrêts »..., *op. cit.*, p. 23 et p. 38 ; et V. Demars-Sion, « Les recueils d'arrêts et les dictionnaires ou répertoires de jurisprudence à l'épreuve de la pratique : l'exemple des mariages à la Gaulmine », p. 298.

³⁷⁴ Comme le remarque V. Demars-Sion, plus encore que la solution, c'est l'argumentation des parties qui intéresse les arrêtistes car il apparaît que le but des ouvrages n'est pas tant de dégager un précédent que de fournir des arguments susceptibles d'être utilisés dans des espèces similaires. Les arrêtistes « privilégient la discussion sur la décision », *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*..., *op. cit.*, p. 311.

³⁷⁵ Voir Ch. Chêne, « Arrêtistes et enseignement languedocien sous l'Ancien régime »..., *op. cit.*, p. 141.

³⁷⁶ J. Hilaire, « Questions autour de la jurisprudence des arrêts », *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*..., *op. cit.*, p. 30.

siècles, des dictionnaires de jurisprudence³⁷⁷ et des recueils non plus locaux mais généraux³⁷⁸. Dans ces ouvrages le texte de l'arrêt n'est généralement plus présenté seul mais au contraire inséré dans un ensemble à vocation pédagogique. Les arrêts sont ainsi classés par thèmes et par ordre chronologique, et le texte de l'arrêt est précédé d'une brève introduction qui présente la question posée, parfois même le résumé de la réponse apportée par la cour³⁷⁹. De plus le texte de l'arrêt, dont la solution est plus ou moins développée, est complété par des commentaires. De tels commentaires existaient déjà lorsque les recueils étaient encore des manuscrits privés, l'auteur ayant ajouté après les quelques lignes consacrées à l'arrêt ses propres réflexions, du fait de l'absence de motivation des arrêts³⁸⁰. Puis dans les rééditions successives c'est une discussion doctrinale de plus en plus longue qui suit l'arrêt, d'où un sommaire de plus en plus détaillé et une évolution de la position de l'arrêt dans cette discussion qui ne devient plus qu'un cas d'espèce, selon la méthode des droits savants. Ainsi peu à peu l'opinion de l'arrêstiste surpasse la citation de l'arrêt comme l'explique J. Hilaire³⁸¹, et la jurisprudence devient alors la clé de l'autorité du droit coutumier comme du droit romain³⁸².

Ce mouvement se poursuit dans les recueils du XVIIIe siècle qui sont le plus souvent des rééditions complétées, enrichies, de recueils plus anciens, et qui accumulent le nombre de références sans nouvel arrêt original³⁸³. L'essentiel est donc la longue discussion doctrinale, la jurisprudence des arrêts se trouvant alors intégrée à la jurisprudence, d'où le fait qu'à la fin du XVIIIe siècle le terme « jurisprudence » a absorbé celui de « jurisprudence des arrêts »³⁸⁴. L'on peut y voir une évolution de la science du droit, de la méthode casuistique à la théorisation et systématisation. L'on peut y voir aussi l'évolution des sources du droit, où l'arrêt n'apparaît déjà plus que comme l'application de la règle, ce qu'il sera à partir de la Révolution française³⁸⁵.

Au XVIIIe siècle cette accumulation d'arrêts et de références est critiquée car la citation d'un grand nombre de décisions, jugeant dans des sens opposés, ne permet pas de connaître le sens général de la jurisprudence³⁸⁶. D'un autre côté c'est grâce à la publication et à la circulation de tant d'arrêts qu'apparaissent entre eux, d'un ressort à l'autre, des incohérences, lesquelles sont dénoncées et préparent l'unification du droit français³⁸⁷.

³⁷⁷ Pour distinguer les différentes générations de recueils d'arrêts, les préfaces où l'auteur expose sa méthode et son ambition sont un précieux guide. Voir N. Derasse, « La mise en valeur des recueils d'arrêts et des dictionnaires de jurisprudence à travers les préfaces »..., *op. cit.*, p. 41-68.

³⁷⁸ On peut citer le *Journal du Palais* qui paraît de 1660 à 1755 mais sans régularité, ou encore le *Journal des Audiences* à partir de 1646, ou encore la *Gazette des Tribunaux*, publiée plus régulièrement de 1775 à 1789.

³⁷⁹ S. Dauchy, « Introduction »..., *op. cit.*, p. 17.

³⁸⁰ J. Hilaire, « Questions autour de la jurisprudence des arrêts »..., *op. cit.*, p. 25 et p. 38.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 35. ; voir aussi V. Demars-Sion, « Les recueils d'arrêts et les dictionnaires ou répertoires de jurisprudence à l'épreuve de la pratique : l'exemple des mariages à la Gaulmine »..., *op. cit.*, p. 286.

³⁸² Voir G. Guyon, « Les décisionnaires bordelais, praticiens des deux droits (XVe-XVIIIe siècles), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*... », *op. cit.*, p. 107-110.

³⁸³ Voir V. Demars-Sion, « Les recueils d'arrêts et les dictionnaires ou répertoires de jurisprudence à l'épreuve de la pratique : l'exemple des mariages à la Gaulmine »..., *op. cit.*, p. 330.

³⁸⁴ Voir infra, la définition donnée par l'*Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, v° « Jurisprudence », 1765, vol. IX, p. 81.

³⁸⁵ Voir les analyses de V. Demars-Sion qui observe qu'au terme de l'évolution, les décisions judiciaires se sont effacées devant les lois : « Les recueils d'arrêts et les dictionnaires ou répertoires de jurisprudence à l'épreuve de la pratique : l'exemple des mariages à la Gaulmine »..., *op. cit.*, p. 340-342.

³⁸⁶ J. Hilaire, « Questions autour de la jurisprudence des arrêts »..., *op. cit.*, p. 29.

³⁸⁷ S. Dauchy, « Introduction »..., *op. cit.*, p. 19.

L'impression des recueils d'arrêts a donc fourni un instrument indispensable pour la connaissance des arrêts et pour la réflexion sur cette jurisprudence. Reste encore la question de l'autorité des décisions de justice : est-il possible dans l'ancien droit d'en dégager une jurisprudence ?

B. La question de l'autorité de la jurisprudence

L'autorité des arrêts des parlements ne va pas de soi, pour une raison ancienne venue du droit romain qui est l'interdiction de s'appuyer sur des précédents. Figure en effet dans le Code de Justinien l'idée que les juges doivent se déterminer non à partir d'exemples mais à partir des lois, *non exemplis sed legibus iudicandum est*³⁸⁸. Les espèces ne sont jamais exactement les mêmes, il ne faut donc pas reproduire par une sorte de paresse ce qui a déjà été jugé dans ce qui paraît être la même espèce.

Cette idée romaine est encore renforcée dans l'ancien droit français par l'absence de motivation des jugements et arrêts qui empêche de connaître les raisons d'après lesquelles les juges se sont déterminés, ce qui rend a priori difficile toute inspiration³⁸⁹. Encore les parlements peuvent juger en équité, ce qui aboutit nécessairement à une très grande diversité d'arrêts, y compris sur les mêmes questions³⁹⁰. Enfin les arrêts ont parfois été recueillis de manière peu fiable et nombreuses sont tout au long de l'ancien droit les critiques, plus ou moins justifiées, contre les recueils d'arrêts, de valeur inégale il est vrai³⁹¹. Il apparaît malgré ce que les arrêts des parlements ont une autorité certaine (1°), contrairement aux jugements des juridictions inférieures, sauf exception (2°).

1° L' « autorité » des arrêts des cours souveraines

Dans l'ancien droit une suite d'arrêts jugeant dans le même sens la même question de droit a une autorité certaine qui est celle de l'usage, qui est alors source aux côtés de la coutume³⁹². Il s'agit à ce moment-là, en jugeant dans le même sens qu'un arrêt précédent, moins de suivre un exemple qu'une coutume³⁹³. De tels arrêts qui s'inscrivent dans une continuité – et eux seuls – font « autorité », tel est le terme qui s'impose comme l'explique par exemple Claude-Joseph de Ferrière dans son *Dictionnaire*³⁹⁴. L'idée est ensuite développée dans *l'Encyclopédie méthodique* éditée par Panckoucke en 1782, à la série *Jurisprudence* : « Les arrêts qui ont été rendus par des cours sur des espèces particulières, ne peuvent servir que de raison dans d'autres cours : encore est-il rare qu'ils puissent absolument être regardés comme des motifs de décision, parce qu'il n'arrive pas souvent que les circonstances de fait soient les mêmes : les juges se déterminent quelquefois sur des motifs qu'on ne doit point étendre d'un

³⁸⁸ *Code de Justinien* 7.45.13. Voir Ch. Chêne, « Arrêtistes et enseignement languedocien sous l'Ancien régime »..., *op. cit.*, p. 141.

³⁸⁹ Voir J. Hilaire, « Questions autour de la jurisprudence des arrêts »..., *op. cit.*, p. 22.

³⁹⁰ Voir J. Krynen, « Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi, en France, avant la Révolution », *op. cit.*, p. 164 et s.

³⁹¹ Voir S. Dauchy, « Introduction »..., *op. cit.*, p. 14-15. E. Meynial s'en fait encore l'écho au début du XXe siècle : « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes »..., *op. cit.*, p. 182 et s.

³⁹² Voir J. Hilaire, « Questions autour de la jurisprudence des arrêts »..., *op. cit.*, p. 35.

³⁹³ Voir Ch. Chêne, « Arrêtistes et enseignement languedocien sous l'Ancien régime »..., *op. cit.*, p. 141.

³⁹⁴ C.-J. de Ferrière, v° « Jurisprudence des arrêts », *Dictionnaire de droit et de pratique*..., *op. cit.*, p. 136.

cas à un autre : on ignore ordinairement les raisons de la décision ; d'ailleurs les arrêtistes ne sont pas toujours fidèles à rendre compte des faits et des moyens des parties, comme on le reconnaît quelquefois par l'opposition qui se trouve entre ceux qui rapportent les mêmes arrêts. La jurisprudence est quelquefois différente, non seulement entre les parlements, mais encore entre les chambres du même parlement. Cependant il faut convenir que quand il y a une suite d'arrêts, qui paraissent avoir été rendus dans la même espèce, et qui ont jugé une question de la même manière, cette suite de jugements uniformes fait un usage qui est le meilleur interprète des lois »³⁹⁵.

Puis avec l'évolution des recueils d'arrêts à partir de la deuxième moitié du XVII^e siècle, où la discussion doctrinale prend le pas sur le texte de l'arrêt lui-même et où les références à des arrêts – sans qu'ils soient cités – se multiplient, les praticiens cherchent à s'appuyer sur de nouvelles autorités : un arrêt même isolé mais aussi ancien que possible, un arrêt rendu par un nom prestigieux resté dans la mémoire du Palais³⁹⁶, le praticien recherchant alors moins une coutume qu'une opinion³⁹⁷.

Il est encore d'autres situations où les arrêts des parlements sont dotés d'une autorité plus grande : ainsi des arrêts de règlement car ils sont motivés³⁹⁸, ou des arrêts qui viennent compléter, faire évoluer, une coutume rédigée devenue ancienne³⁹⁹.

Pour de tels arrêts on peut ainsi parler de « jurisprudence ». Louis XIV le pensait, qui en 1667 interdit aux parlements, désormais cours supérieures et non souveraines, d'interpréter les ordonnances (mais pas les coutumes) et ordonne qu'en ce cas on en réfère à lui⁴⁰⁰. C'est pourtant Louis XIV qui décide aussi, en 1679, d'intégrer l'étude de la jurisprudence des arrêts dans le droit français, ce qui montre qu'il veut en faire un moyen de connaissance plutôt qu'un instrument de pouvoir. Plus tard, ce sont aussi les discussions relatives au Tribunal de cassation qui viendront confirmer l'existence de diverses jurisprudences sous l'ancien droit⁴⁰¹.

2° Les jugements des juridictions inférieures.

La question se pose également de savoir si une autorité pouvait être reconnue aux jugements des juridictions inférieures aux parlements. Par principe les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence portent sur les arrêts des cours souveraines, celles dont les interprétations s'imposent en dernier ressort, hors la justice « retenue » du roi. Comme le rappelle par exemple F. de Boutaric, seuls les parlements peuvent « faire des règlements dans l'étendue de leur ressort ». Au contraire « un juge inférieur ne peut que connaître de la contestation qui est portée devant lui, il ne peut que prononcer sur les différends des parties

³⁹⁵ *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, v° « Arrêts », 1782, vol. I, p. 468.

³⁹⁶ J. Poumarède, « Les arrestographes toulousains », *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)...*, *op. cit.*, p. 87.

³⁹⁷ Ch. Chêne, « Arrêtistes et enseignement languedocien sous l'Ancien régime »..., *op. cit.*, p. 142.

³⁹⁸ J. Hilaire, « Questions autour de la jurisprudence des arrêts »..., *op. cit.*, p. 31.

³⁹⁹ Voir M. Petitjean, « Regards sur l'arrestographie bourguignonne », *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)...*, *op. cit.*, p. 92-94.

⁴⁰⁰ Voir le titre premier, « De l'observation des ordonnances », de l'ordonnance civile de 1667 : Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 18, p. 105-106.

⁴⁰¹ Voir J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987, p. 55.

plaignantes : s'il portait ses vues plus loin, quelque juste d'ailleurs que fût son Jugement, il serait cassé par attentat »⁴⁰².

Néanmoins dans l'approche de la jurisprudence qui est celle de l'ancien droit, en relation avec l'usage et la coutume, les jugements des juridictions royales inférieures peuvent aussi être considérés, particulièrement quand s'est introduite au sein d'une juridiction une jurisprudence particulière portant sur certains points de la coutume locale. Une procédure spéciale est alors prévue pour prendre connaissance avec exactitude de la jurisprudence d'une juridiction inférieure : l'acte de notoriété. Un tel acte est d'abord demandé par une cour souveraine qui « veut instruire sa religion sur un usage, ou sur l'interprétation de quelque article de coutume ». Il est ensuite établi par le juge du bailliage ou de la sénéchaussée, après en avoir conféré avec les officiers et après avoir entendu les avocats et procureurs du siège. De Ferrière qui expose cette procédure fait la liste des précautions à prendre : ainsi les avocats doivent être ouïs de vive voix à l'audience et l'acte de notoriété doit-il encore faire mention des jugements sur lesquels il est établi, « autrement il dépendrait des juges inférieurs et des avocats de changer à leur gré les lois, et les usages de leur juridiction, et de se rendre par ce moyen les maîtres de la Jurisprudence ». Recueilli dans ce but et suivant cette procédure rigoureuse l'acte de notoriété est alors « d'un grand poids », résume de Ferrière, « quoique les juges souverains ne soient pas astreints de s'y soumettre »⁴⁰³.

* * * * *

Ce bref parcours dans l'ancien droit permet de saisir que lorsqu'il s'agit de juger, le juge se livre toujours à la même opération : il cherche comment la même espèce a été auparavant tranchée. Au Moyen âge, le juge cherche la solution coutumière. Quand il le fait à l'époque moderne, c'est davantage pour éclairer sa raison mais la quête reste la même et l'imprimerie, par la diffusion qu'elle rend possible, est venue considérablement faciliter cette double quête. En matière de coutume le juge a pu consulter les coutumes rédigées et imprimées. En matière de jurisprudence le juge et l'avocat ont pu, grâce aux arrêts collectés, imprimés, expliqués, diffusés, disposer de guides les éclairant et sur lesquels ils ont pu s'appuyer. Il nous semble ainsi que c'est de cette habitude intellectuelle ancienne – cette quête du précédent au sens commun du terme – que naît l'autorité de la jurisprudence : autorité de telle cour dont les arrêts sont de grande qualité, ou plutôt autorité des arrêts recueillis par un praticien soucieux de collecter rigoureusement les décisions qu'il cite et de les éclairer de manière utile et savante. Carbonnier l'écrit encore au XXe siècle : « Il y a là un aspect de la grande loi de continuité, d'imitation, sans laquelle le droit serait inexplicable : en présence d'une question de droit qui se reproduit fréquemment, les tribunaux prennent plus ou moins vite l'habitude de juger de semblable manière ». Telle est, écrit-il, la jurisprudence⁴⁰⁴.

En rendant les arrêts accessibles à la connaissance des praticiens, les recueils d'arrêts imprimés ont ainsi permis l'existence de la jurisprudence, à un moment particulier, à compter du XVIe siècle, marqué par le rationalisme, la rigueur logique, l'humanisme et l'universalisme. L'on comprend que grâce au livre imprimé, tous ceux en quête du meilleur droit et de la meilleure justice ont pu s'inspirer d'exemples bien plus nombreux, anciens ou nouveaux, pris dans leur ressort ou dans des ressorts éloignés, d'exemples jugés les plus remarquables, puisés

⁴⁰² F. de Boutaric, *Les Institutes de l'Empereur Justinien conférées avec le droit français...*, op. cit., p. 7.

⁴⁰³ C.-J. de Ferrière, v° « Notoriété, acte de », *Dictionnaire de droit et de pratique...*, op. cit., p. 372-373.

⁴⁰⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I, *Introduction*, PUF, Coll. Quadrige, 2017, p. 267-268, n° 142.

dans les meilleurs recueils, identifiés au nombre de leurs rééditions⁴⁰⁵. L'apport du recueil d'arrêts imprimé dépasse donc largement l'histoire de la jurisprudence pour toucher tout le droit et la justice d'avant la Révolution.

Mais à la fin de l'ancien droit, l'image immédiate est celle de parlements qui se sont servis des arrêts pour s'opposer au roi et « interpréter » le droit à leur guise. La Révolution française veut alors détruire cet édifice ancien et institue, pour empêcher la diversité des jurisprudences, un Tribunal de cassation. L'idée de jurisprudence dans son double sens de décisions de justice et de suite de décisions conformes dotée d'une certaine autorité en sort nécessairement renouvelée.

II. La jurisprudence à partir de la Révolution et de la codification

Le Tribunal de cassation est institué pour mettre fin à la diversité des jurisprudences locales mais ses propres décisions feront-elles jurisprudence, telle est la question qui doit d'emblée être posée (A) avant de voir quels sont les recueils de jurisprudence et revues à partir du XIXe siècle, comment ils évoluent et le profit qu'en retirent les théoriciens du droit⁴⁰⁶, jusqu'à en transformer la matière (B).

A. Quelle autorité pour la jurisprudence de la Cour de cassation ?

La question de la jurisprudence des décisions du Tribunal de cassation se pose dès les discussions qui entourent l'institution de la juridiction (1°). Elle évolue tout au long du XIXe siècle, du fait du déclin du référé législatif surtout, jusqu'à ce qu'une autorité plus importante soit reconnue à la Cour de cassation (2°).

1° La création du Tribunal de cassation et la question de la jurisprudence

La Révolution française réforme en profondeur la justice, par la loi des 16-24 août 1790 qui, pour ce qui nous intéresse, met en place un référé législatif⁴⁰⁷, et par la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 qui crée le Tribunal de cassation.

Le droit émane désormais de la Nation : la loi votée par l'Assemblée nationale doit être la même pour tous, au nom de l'égalité, conformément à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁴⁰⁸. Le Tribunal de cassation est donc institué pour mettre fin à la formation de diverses jurisprudences locales comme elles pouvaient exister dans l'ancien droit.

⁴⁰⁵ Voir N. Derasse, « La mise en valeur des recueils d'arrêts et des dictionnaires de jurisprudence à travers les préfaces »..., *op. cit.*, p. 63-64.

⁴⁰⁶ J.-L. Halpérin écrit en effet qu'il ne faut pas « simplifier l'opposition entre théorie et pratique » car « de nombreux « théoriciens » sont en même temps avocats et commentent des arrêts », *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Coll. Quadriga, 1996, rééd. 2001, p. 79, n° 43.

⁴⁰⁷ Voir l'article 12 au Titre II de la loi.

⁴⁰⁸ Article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789 : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

Ceci est conforme aux vœux exprimés dans les cahiers de doléances⁴⁰⁹, et l'uniformité de la loi est alors pensée comme le complément indispensable de l'autorité de la loi. Il y a là un argument à la fois politique – dans le but de prévenir les divisions qui conduiraient au gouvernement fédératif – et juridique – car avant de préparer un code unique de lois civiles il faut faire disparaître les diversités de jurisprudence. Ainsi le Tribunal de cassation est-il placé auprès du Corps législatif et un référé législatif obligatoire est-il prévu en cas de conflit entre le tribunal de cassation et les juridictions du fond, le Tribunal de cassation devant également rendre compte de ses jugements au Corps législatif⁴¹⁰.

La question se pose alors de savoir quelle sera l'autorité des arrêts de ce Tribunal de cassation et s'il pourra avoir sa propre jurisprudence. L'on sait que lors des discussions conduites à ce sujet, certains comme Robespierre s'y sont farouchement opposés⁴¹¹. Le 18 novembre 1790 Robespierre prononce ainsi un discours lors duquel il affirme que « 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 »⁴¹². Mais son opinion n'est pas majoritaire et au contraire d'autres plus nombreux admettent la nécessité d'une jurisprudence du Tribunal de cassation pour maintenir l'uniformité de la loi. Ainsi comme le relève J.-L. Halpérin, « pour l'interprétation des lois l'assemblée est inspirée par un légalisme strict et un refus total de tout ce qui pourrait rappeler les arrêts de règlement ou les pratiques judiciaires de l'Ancien régime. Mais l'on recherche en même temps, par l'institution du Tribunal de cassation, l'uniformité des décisions. C'est sur la réalisation pratique de ces objectifs que les avis divergent : pour les uns il suffira d'appliquer littéralement la loi et il n'est plus besoin d'interprétation, pour les autres, moins confiants dans l'omniscience de la loi, le Tribunal de cassation sera bien sûr amené à éclairer quelques points obscurs, même s'il n'est pas question, bien entendu, de le laisser développer une œuvre prétorienne concurrente de la loi »⁴¹³.

Tout de même, en faveur d'une jurisprudence à venir du Tribunal de cassation, c'est encore J.-L. Halpérin qui observe que dès la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790 le Tribunal de cassation se voit doté de plusieurs atouts, pouvant permettre d'imposer ses conceptions aux juridictions ordinaires et permettant d'assurer l'autorité de ses jugements. L'on peut ici citer la motivation de ses décisions – obligation faite à tous les tribunaux⁴¹⁴ et qui est donc étendue au Tribunal de cassation – puisque suivant l'article 17 de la loi, les jugements du Tribunal doivent comprendre dans leur dispositif le texte de la loi sur laquelle ils sont appuyés. L'article 22 ordonne quant à lui l'impression des jugements de cassation et leur transcription sur les registres du tribunal dont le jugement est cassé, seule la loi était soumise à une publicité et des formalités

⁴⁰⁹ Ils se prononçaient pratiquement tous en faveur d'une unification de la législation, qui réclamaient aussi une justice indépendante et soumise à la loi et qui étaient peu favorables aux arrêts de règlement comme à la « jurisprudence des arrêts » : J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*..., *op. cit.*, p. 40.

⁴¹⁰ J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*..., *op. cit.*, p. 55 et 64.

⁴¹¹ Ainsi par un discours du 25 mai 1790, Robespierre propose de confier la cassation au Corps législatif, afin d'empêcher la renaissance d'une interprétation judiciaire souveraine, mais ce projet n'est finalement pas retenu : voir J.-L. Halpérin, *Ibid.*, p. 64.

⁴¹² Robespierre, *Œuvres*, éd. par G. Laurent puis par M. Bouloiseau, G. Lefebvre, A. Soboul, Paris, 1939-1967, 10 vol., p. 583, cité par J.-L. Halpérin, *Ibid.*, p. 71.

⁴¹³ J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*..., *op. cit.*, p. 73.

⁴¹⁴ Depuis la loi des 16-24 août 1790.

analogues. Ainsi, comme le remarque Boucher de la Richarderie, membre du Tribunal lors de son installation du tribunal, « la collection de ces jugements, rendue publique par la voie de l'impression, ramènera insensiblement tous les tribunaux à cette unité de principes, à cette uniformité de procédure qui éprouvaient tant de variation dans l'ancienne division de l'Empire »⁴¹⁵. En complément, le référé législatif n'est supposé intervenir que dans l'hypothèse, a priori rarissime, où il y aurait deux cassations successives⁴¹⁶.

Mais ce sont là des atouts dont le Tribunal de cassation ne va pas immédiatement se servir, les premiers temps étant plutôt à la réserve, comme le montrent encore les propos de Boucher de la Richarderie, qui rappelle que le tribunal est établi « auprès du Corps Législatif ». Même investis de la confiance du peuple, les nouveaux magistrats sont « uniquement chargés d'appliquer les lois, sans avoir la prétention de les faire ». Boucher rappelle encore le « joug d'une jurisprudence particulière aux cours souveraines »⁴¹⁷, ce qui paraît interdire au Tribunal de cassation toute jurisprudence propre⁴¹⁸.

Mais au-delà de ces premiers temps l'évolution générale voit l'autorité du Tribunal de cassation grandir, en raison du déclin du référé législatif, particulièrement à compter des deux dernières années du Directoire⁴¹⁹ et du fait principalement de la carence du Corps législatif qui refuse de plus en plus d'intervenir dans des affaires judiciaires. Ainsi ce ne sont plus tous les référés législatifs qui sont transmis au pouvoir législatif puisqu'ils sont désormais filtrés par le Ministre de la Justice, qui ne transmet plus que certains d'entre eux, quand il y a de « véritables doutes à éclaircir ». Également le Directoire en vient même à dénoncer comme un excès de pouvoir le fait pour les tribunaux de se dépouiller de leurs attributions judiciaires pour les confier au Corps législatif, sur le fondement de l'article 202 de la Constitution de l'an III qui interdit en effet au Corps législatif d'exercer aucune fonction judiciaire. Poursuivant la même politique, le tribunal de cassation annule plusieurs jugements de référé des tribunaux ordinaires, dénoncés par le Directoire. Encore le Tribunal de cassation refuse comme déni de justice ou suspension abusive du cours de la justice le référé avant dire droit, remarquant que la loi qui sera issue du référé ne pourra s'appliquer qu'à des espèces à venir et non à l'affaire en cours, la loi ne pouvant être rétroactive. Ainsi en pratique c'est surtout le Tribunal de cassation qui continue de transmettre des référés au Corps législatif, et non plus les tribunaux ordinaires. Mais même à ceux du Tribunal de cassation le Corps législatif répond rarement : sur les dix-huit nouveaux jugements de référé que le tribunal de cassation adresse au Corps législatif entre l'an IV et l'an VIII, le corps législatif ne vote qu'une seule loi interprétative, sur une affaire touchant la composition du tribunal. Ainsi comme le relève J.-L. Halpérin, le pouvoir d'interprétation de la loi du Tribunal de cassation s'en trouve immanquablement renforcé⁴²⁰.

2° L'autorité grandissante du Tribunal de cassation tout au long du XIXe siècle

⁴¹⁵ *Gazette des nouveaux tribunaux*, tome I, n° 17, p. 263, cité par J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)...*, op. cit., p. 87.

⁴¹⁶ J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)...*, op. cit., p. 87.

⁴¹⁷ *Gazette des nouveaux tribunaux*, Tome I, n° 17, p. 262-265 et *Journal des tribunaux*, I, n° 25, p. 390, cité par J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)...*, op. cit., p. 103.

⁴¹⁸ J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)...*, op. cit., p. 103-104.

⁴¹⁹ Ceci alors que la constitution de l'an III avait maintenu des liens étroits entre le Tribunal de cassation et les assemblées. Voir J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)...*, op. cit., p. 256.

⁴²⁰ J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)...*, op. cit., p. 256-261.

L'idée d'une jurisprudence du Tribunal devenu Cour de cassation en 1804 doit être envisagée à nouveau à partir de la codification. L'on sait que dans l'esprit de Portalis, la codification qui revient à « fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit », ne peut « descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière » et qu'ainsi « c'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ». Reprenant l'idée de l'ancien droit d'une jurisprudence qui s'impose comme usage, il se félicite donc « qu'il y ait des recueils et une tradition suivie d'usages, de maximes et de règles, pour qu'il y ait en quelque sorte nécessité de juger aujourd'hui comme on a jugé hier, et qu'il n'y ait d'autres variations dans les jugements publics, que celles qui sont amenées par le progrès des lumières par la force des circonstances »⁴²¹.

Portalis entend donc bien confier un pouvoir d'interprétation de la loi aux juges. Il marque ici sa différence avec les Révolutionnaires, du moins d'avant le Directoire, en critiquant le système du référé législatif : « sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois, et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de loi, ou que la loi existante leur paraissait obscure. Le tribunal de cassation a constamment réprimé cet abus comme un déni de justice ». L'on a vu en effet que le Directoire avait lui aussi considéré nombre de référés comme abusifs et que le Tribunal de cassation avait encore amplifié cette politique. Portalis ajoute que « lorsque le législateur intervient pour prononcer sur des affaires nées et vivement agitées entre particuliers, il n'est pas plus à l'abri des surprises que les tribunaux. On a moins à redouter l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable ». Il ajoute encore : « des lois intervenues sur des affaires privées seraient donc souvent suspectes de partialité, et toujours elles seraient rétroactives et injustes pour ceux dont le litige auraient précédé l'intervention de ces lois »⁴²². Ces vues de Portalis expliquent l'article 4 du Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

Mais ce pouvoir d'interprétation que Portalis confie aux juges, il l'encadre dans des limites. En effet il reconnaît aux juges « l'interprétation par voie de doctrine », qui « consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles ne sont pas réglées. Sans cette espèce d'interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office du juge ? ». En revanche il dénie aux juges le pouvoir d'interpréter « par la voie d'autorité », qui « consiste à résoudre les questions et les doutes par la voie de règlements ou de dispositions générales. Ce mode d'interprétation est le seul qui soit interdit au juge », martèle-t-il⁴²³. Portalis marque ainsi son hostilité aux arrêts de règlement : « le juge deviendrait législateur, s'il pouvait, par des règlements, statuer sur les questions qui s'offrent à son tribunal. Un jugement ne lie que les parties entre lesquelles il intervient. Un règlement lierait tous les justiciables et le tribunal lui-même. Il y aurait bientôt autant de législations que de ressorts ». Portalis s'y oppose pour deux raisons : le juge est « circonscrit dans ses vues comme il l'est dans son territoire ». Ainsi il n'est pas « dans une région assez haute pour délibérer des règlements et des lois », tandis que le législateur seul peut voir « les choses plus généralement et d'une manière plus étendue et plus vaste ». De plus « les pouvoirs

⁴²¹ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, in *Écrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 27.

⁴²² *Ibid.*, p. 29-30.

⁴²³ *Ibid.*, p. 29. Voir également p. 75 et s., les « Règles pour les juges ».

sont réglés ; aucun ne doit franchir ses limites »⁴²⁴. Ces vues de Portalis expliquent l'article 5 du Code civil : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

Mais comme le relève J.-L. Halpérin « toutes les conditions n'étaient [alors] pas réunies pour laisser une libre carrière à la jurisprudence des tribunaux »⁴²⁵. En 1807 est en effet instauré un référé au chef de l'État en cas de conflit persistant entre la Cour de cassation et les juridictions du fond. Adoptée sous la pression des constitutionnels et des libéraux, la loi du 30 juillet 1828 proposée par Portalis fils prévoit de donner le dernier mot à la dernière cour d'appel de renvoi, après deux pourvois en cassation successifs, le roi devant proposer pour l'avenir une loi interprétative aux chambres. Cette réforme illustre le sentiment persistant de méfiance à l'égard du Tribunal de cassation mais dans le même temps elle va trop à l'encontre du prestige grandissant de la Cour. Aussi la loi du 1^{er} avril 1837 tranche définitivement la controverse en décidant qu'en cas de seconde cassation dans la même affaire, la dernière cour d'appel de renvoi devra se conformer, sur le point de droit jugé, à la décision rendue par les chambres réunies de la Cour de cassation⁴²⁶. Au *Répertoire Dalloz*, les auteurs notent à partir de là l'existence d'une « doctrine de la Cour suprême », qui a « l'autorité de la loi » sur le point de droit consacré par les chambres réunies, et à laquelle « le tribunal de renvoi » - l'on notera le champ lexical de l'infériorité – est « tenu de se conformer exactement »⁴²⁷.

C'est au même moment que le terme de « jurisprudence » achève de perdre son sens ancien de science du droit pour ne plus désigner que les décisions de justice et leur autorité, et c'est encore au même moment que le titre « recueil de jurisprudence » tend à remplacer celui de « recueil d'arrêts »⁴²⁸. En 1827 Merlin dans son *Répertoire de jurisprudence* cite encore les deux sens de la jurisprudence mais ne développe que le sens de jurisprudence des arrêts⁴²⁹. Si l'on se tourne cette fois du côté des professeurs, en 1828 dans la deuxième édition de son *Cours de droit français*, Duranton rappelle le sens « primitif » du mot mais indique qu'il a évolué puisque les « vérités » qui constituent la science du droit « demandent fréquemment à être appliquées. Il faut, pour le faire avec succès, de la prudence (...), et c'est cette application des vérités de la science du droit qui forme ce qu'on appelle la jurisprudence »⁴³⁰. Dix ans plus tard Aubry et Rau dans leur *Cours de droit civil français* (1839) distinguent aussi un sens ancien et un sens actuel : « en droit romain le mot jurisprudence se prenait exclusivement pour désigner la science du droit. Chez nous, cette expression s'applique également à l'ensemble des

⁴²⁴ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 77.

⁴²⁵ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 52, n° 26.

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ Dalloz D. et A., v° « Cassation, Cour de cassation », *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, tome VII, 1847, p. 497.

⁴²⁸ Comme l'a observé L. Soula, « Les recueils d'arrêts des Cours d'appel, miroirs de la formation et de l'évolution de la jurisprudence au XIXe siècle », *Histoire, Théorie et pratique du droit, Études offertes à Michel Vidal*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2010, p. 989-1015.

⁴²⁹ Il se contente d'énoncer que la « jurisprudence » est la « science du droit », sans plus d'explication, alors que le sens actuel est développé comme « les principes qu'on suit en matière de droit dans alors que le sens actuel est développé comme « les principes qu'on suit en matière de droit dans chaque pays ou chaque tribunal, l'habitude où l'on est de juger de telle manière une question, et une suite de jugements uniformes qui forment un usage sur une même question ». Il s'agit de la reprise de la définition qui figurait déjà au *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de Guyot, 1780, chez Panckoucke et Dupuis, t. 33, p. 428 : Ph.-A. Merlin, v° « Jurisprudence », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1828, t. IX, p. 110.

⁴³⁰ A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1828, 2 éd., t. I, p. 8-9.

solutions, plus ou moins concordantes, données par les tribunaux aux questions de droit qui leur sont soumises (Jurisprudence des arrêts, *usus fori*). Telle est même aujourd'hui, l'acception habituelle de ce mot, acception qui tire son origine de la haute considération dont les décisions judiciaires ont toujours joui en France »⁴³¹. Ainsi le vocabulaire est-il alors fixé⁴³².

Quant à la loi de 1837, elle devait lentement produire ses effets en permettant finalement que s'impose une jurisprudence de la Cour de cassation. D'un côté tout au long du XIXe siècle la Cour de cassation élargit son contrôle, tandis que les cours d'appel, si elles ont longtemps maintenu une jurisprudence singulière dans certaines matières⁴³³, finissent peu à peu par se ranger aux interprétations de la Cour de cassation. Les recueils d'arrêts qui paraissent alors, suivis des revues, sont les instruments privilégiés de la connaissance non pas seulement des arrêts mais de la jurisprudence de la Cour de cassation.

B. Le renouvellement des recueils et commentaires de jurisprudence.

Avec le Tribunal de cassation et du fait de l'obligation de motivation des arrêts, lesquels devaient être systématiquement publiés⁴³⁴ s'est imposé peu à peu un « modèle de motivation », avec un visa de la loi puis un raisonnement articulé en « attendus », expliquant le sens de la loi visée et son application au litige⁴³⁵. Ce sont de tels arrêts, bien plus riches d'enseignement que ceux de l'ancien droit, qui entrent dans différents recueils qui paraissent dès le début du XIXe siècle. L'on peut alors tenter de suivre leur évolution et leurs enrichissements successifs, au point de voir en eux le « miroir privilégié de la réception de la jurisprudence »⁴³⁶, tout en tentant de mesurer l'influence de ces recueils et de la jurisprudence qu'ils contiennent auprès de la doctrine spécialement, dans le but de savoir qui fait la jurisprudence : l'arrêt à lui seul, sa publication dans un recueil ou le commentaire doctrinal qui peu à peu l'accompagne ?

Il faut alors signaler ici qu'il nous est apparu bien difficile de mesurer l'influence directe qu'ont pu avoir les recueils d'arrêts, revues et notes sur la doctrine mais au travers de certains auteurs il est possible d'affirmer un lien entre la part grandissante de la jurisprudence dans les études doctrinales et le fait que la doctrine dispose d'outils de plus en plus perfectionnés pour connaître la jurisprudence. L'on peut ainsi distinguer trois âges de la doctrine dans ses relations avec la jurisprudence, jusqu'à la première moitié du XXe siècle⁴³⁷. D'abord dans les années qui suivent le Code, la doctrine s'appuie sur la jurisprudence mais parmi d'autres sources et la jurisprudence n'intéresse alors les auteurs que quand elle vient au service du Code (1°). Puis au milieu du siècle, la doctrine admet le rôle créateur de la jurisprudence et la considère, aux côtés du Code (2°), jusqu'à en faire, au début du XXe siècle, son objet premier d'étude (3°). Sans

⁴³¹ Ch. Aubry et F.-Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, Strasbourg, 1839, t. I, p. 1-2.

⁴³² Sur l'évolution du vocabulaire voir F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 199, p. 106 et s. ; et sur l'évolution sémantique comme sur les nuances à apporter, voir P.-N. Barénot, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française...*, *op. cit.*, p. 230 et s.

⁴³³ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 53, n° 26.

⁴³⁴ Voir les articles 17 et 22 de la loi des 27 novembre-1er décembre 1790.

⁴³⁵ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 53-54, n° 27.

⁴³⁶ Selon l'expression de P.-N. Barénot, « La réception des arrêts des cours d'appel dans les recueils nationaux de jurisprudence au XIXe siècle », *Les cours d'appel, origines, histoire et enjeux contemporains*, Presses universitaires de Rennes, 2006, p. 117.

⁴³⁷ Pour d'autres découpages voir E. Meynial « Les recueils d'arrêts et les arrêlistes »..., *op. cit.*, p. 177 et s. ; et P.-N. Barénot, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française...*, *op. cit.*

forcer la démonstration, il est permis de penser qu'une telle évolution n'aurait pas été possible sans l'accès à la matière des arrêts transformés en jurisprudence par les recueils et revues constamment enrichis.

1° Le temps des recueils d'arrêts et de la jurisprudence au service du Code

Les recueils des arrêts du Tribunal puis de la Cour de cassation sont anciens. Il en existe pendant la Révolution puis est publié le *Bulletin officiel de la Cour de cassation* à partir de 1798, également le *Journal du Palais*⁴³⁸ depuis l'an 1801(jusqu'à sa fusion en 1865 avec le *Sirey*), également d'autres publications périodiques qui publient toutes les semaines ou tous les mois les principaux arrêts de la Cour de cassation puis des cours d'appel avec un classement chronologique et thématique à l'aide d'un chapeau introductif⁴³⁹. Parmi les premiers recueils l'on peut aussi citer le *Répertoire de jurisprudence* de Merlin de Douai (1754-1838), qui Procureur général près la Cour de cassation⁴⁴⁰, actualise le *Répertoire* de Guyot dont il avait déjà rédigé le quart des articles⁴⁴¹, et fait paraître trois nouvelles éditions entre 1807 et 1828. Les arrêts de la Cour de cassation y sont mêlés à bien d'autres références : code civil, droit romain, droit coutumier... Merlin collectionnant les arguments tirés de ces sources dans des centaines d'articles rangés par ordre alphabétique⁴⁴².

Mais il faut surtout citer ici les recueils de Jean-Baptiste Sirey et de Désiré Dalloz qui vont donner une connaissance plus étendue de la jurisprudence de la Cour de cassation surtout⁴⁴³, en développant des techniques d'analyse des jugements⁴⁴⁴. Sirey et Dalloz sont tous deux des praticiens qui s'intéressent à la science du droit. Jean-Baptiste Sirey (1762-1845) est le fils d'un greffier au présidial. Pendant la Révolution française il est le secrétaire de Merlin de Douai qui est alors Ministre de la Justice, entre 1795 et 1799. En 1799 il devient avocat et en 1806 il est inscrit au nombre des avocats à la Cour de cassation dont l'ordre vient de renaître. L'ambition de Guyot et Merlin de faire un *Dictionnaire de jurisprudence* lui donne l'idée de poursuivre la tradition séculaire des arrêtistes d'Ancien régime et il fonde alors le *Recueil général des lois et arrêts* qui sera connu sous le nom de *Recueil Sirey*⁴⁴⁵. Ce dernier comprend toutes les lois depuis 1789 et tous les arrêts importants du Tribunal puis de la Cour de cassation depuis 1791. Il s'enrichit ensuite des principales décisions des cours d'appel et des tribunaux, des principaux arrêts du Conseil d'État, des décisions des tribunaux étrangers intéressantes pour la France⁴⁴⁶. Quant à Désiré Dalloz (1795-1869), issu d'une famille de notaires, il entre comme

⁴³⁸ Un *Journal du Palais* avait déjà été publié sous l'ancien droit par Blondeau et Guéret, à compter de 1660 et jusqu'en 1755 mais sans rythme régulier.

⁴³⁹ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 54-55, n° 28.

⁴⁴⁰ Il est commissaire du gouvernement dès 1801, titre qui devient en mai 1804 celui de Procureur général près la Cour de cassation.

⁴⁴¹ J.-J. Clère, « Merlin Philippe-Antoine, dit Merlin de Douai », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 726.

⁴⁴² J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 57-58, n° 29.

⁴⁴³ Bien que Sirey et Dalloz soient des praticiens provinciaux. Voir sur ce point P.-N. Barénot, « La réception des arrêts des cours d'appel... », *op. cit.*, p. 118 et s.

⁴⁴⁴ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 55, n° 28.

⁴⁴⁵ J.-L. Halpérin écrit que Sirey a le premier l'idée d'une sélection de décisions présentées dans leur texte complet et avec des outils facilitant la consultation qu'il va peu à peu améliorer », « La place de la jurisprudence dans les revues juridiques en France au XIXe siècle », *Juristische Zeitschriften in Europa*, M. Stolleis et Th. Simon dir., Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2006, p. 372.

⁴⁴⁶ G. D. Guyon, « Sirey, Jean-Baptiste », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 935-936.

clerc chez un avoué en 1809 après avoir abandonné ses études, puis il quitte le Jura pour Paris où il devient secrétaire d'un avocat à la Cour de cassation, en même temps qu'il poursuit ses études de droit. En 1816 il devient directeur du *Journal des audiences de la Cour de cassation et des cours d'appel* fondé par Denevers. L'année suivante il devient avocat au barreau de Paris, puis en 1823 avocat à la Cour de cassation et au Conseil du roi⁴⁴⁷. C'est alors, à partir de 1824, qu'il entreprend la publication de sa *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle depuis l'origine de la Cour de cassation*, qui connaîtra une nouvelle édition en 1848 puis en 1859⁴⁴⁸.

Au même moment la doctrine au sens des professeurs de droit, si elle peut lire ces recueils, préfère se concentrer sur le Code. C'est alors l'époque, comme le rappelle Ph. Rémy, où « on enseigne les codes » plutôt que le droit⁴⁴⁹, les facultés ayant d'ailleurs été instituées quelques jours avant la promulgation du Code civil⁴⁵⁰. C'est ainsi toute une génération d'universitaires qui, s'ils utilisent la jurisprudence, ne lui accordent qu'une « fonction subordonnée », en la citant parmi un cortège d'autres références, à titre d'illustration et pour appuyer une opinion doctrinale⁴⁵¹. C'est notamment le cas chez Delvincourt (1762-1831), professeur à Paris puis Doyen, également chez Toullier (1752-1835), professeur de Droit à Rennes puis Doyen, ou encore chez Duranton (1783-1866), professeur à Paris, ou chez Valette (1805-1878), qui enseigne également à la Faculté de Droit de Paris, encore chez Aubry et Rau, ou chez Demolombe (1804-1888), avocat et professeur à la faculté de droit de Caen⁴⁵². Il apparaît ainsi que la première génération des exégètes de Delvincourt à Laurent en passant par Aubry et Rau, si elle utilise la jurisprudence, la cite comme argument, afin de compléter la loi, dont elle est la dimension pratique⁴⁵³. Dans le même temps d'autres praticiens comme Dupin⁴⁵⁴ ou Troplong mettent en garde contre la trop grande valeur que l'on accorde aux arrêts car des décisions fondées sur l'appréciation des faits ne doivent pas l'emporter sur la loi ou sur la force des principes⁴⁵⁵.

L'on peut ici et à titre d'illustration s'arrêter un instant sur les conceptions relatives à la jurisprudence d'Aubry et Rau. Charles Aubry (1803-1883) et Frédéric-Charles Rau (1803-1877) se sont associés pour réaliser un *Cours de droit civil français* considéré comme le « chef d'œuvre de la science française » au XIXe siècle. Ils ont tous les deux été professeurs à Strasbourg (Aubry dès 1833, Rau à partir de 1841), avant d'intégrer la Cour de cassation (Rau

⁴⁴⁷ Il deviendra le président de cet ordre en 1836.

⁴⁴⁸ C. Saphore, « Dalloz, Victor-Alexis-Désiré », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 301-303.

⁴⁴⁹ Ph. Rémy, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 1985, p. 91.

⁴⁵⁰ Ph. Rémy rappelant que le Code civil est promulgué le 30 ventôse an XII et le 22 du même mois sont nées les écoles de droit. Six mois plus tard Napoléon les organise par un décret du 4^e complémentaire an XII (21 septembre 1804). Comme le dit Ph. Rémy les Écoles de droit sont ainsi nées avec le Code et « on peut dire qu'elles sont nées pour l'enseignement du Code », *Ibid.*, p. 93.

⁴⁵¹ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 56, n° 28. E. Meynial considérait en 1904 que les ouvrages de doctrine du début du XIXe siècle connaissent fort peu les arrêts et les citent à peine, « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes »..., *op. cit.*, p. 182.

⁴⁵² J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 56-78, n° 29 à 42.

⁴⁵³ Voir Ph. Jestaz et Ch. Jamin qui voient comme trait commun chez les exégètes, entre autres, le « cantonnement de la jurisprudence », *La doctrine*, Dalloz Coll. Méthodes du droit, 2004, p. 91 et s.

⁴⁵⁴ Pour Dupin voir *De la jurisprudence des arrêts, à l'usage de ceux qui les font et de ceux qui les citent*, Paris, 1822.

⁴⁵⁵ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 56, n° 28.

dès 1870, Aubry en 1873). Leur œuvre commune est la traduction remaniée du manuel en allemand consacré au Code civil par Zachariae, professeur à Heidelberg. Aubry et Rau restent fidèles à son plan qui ne respecte pas l'ordre du Code civil, apportant ainsi une « véritable révolution dans la méthode d'exposition du Code civil » d'autant qu'ils veulent allier théorie et pratique et qu'ils combinent le texte du Code avec des notes volumineuses consacrées à la jurisprudence et à la doctrine⁴⁵⁶. À propos de la jurisprudence, ils l'étudient mais lui accordent un rôle mineur. Dans la préface de la première édition du *Cours de droit civil*, les auteurs s'expliquent sur l'ambition de l'ouvrage et le rôle de la jurisprudence : ils veulent « enchaîner d'une manière systématique les différentes matières qui forment l'objet du Droit civil français ; rattacher les dispositions de la loi à des principes certains ; présenter à l'occasion des questions controversées (...) l'indication des commentateurs (...) et celle des arrêts qui les ont décidées ; justifier et corroborer par des citations d'autorités puisées dans la jurisprudence et dans la doctrine, tous les points sur lesquels la loi a pu laisser quelques doutes »⁴⁵⁷. Dans un discours de 1857, le Doyen Aubry affirme encore que « la mission des professeurs » est de « protester contre toute innovation qui tendrait à substituer une volonté étrangère à celle du législateur ». Il veut bien rendre compte de « toute la loi, dans son esprit aussi bien que dans sa lettre, avec une large application de ses principes et le plus complet développement des conséquences qui en découlent, mais rien que la loi »⁴⁵⁸. Ainsi chez ces auteurs la jurisprudence ne vient-elle au soutien de la loi et en nous livrant à quelques sondages l'on a pu constater que dans leur *Cours*, les arrêts sont en effet simplement mentionnés en note par indication de la Cour et de leur date, avec la référence au Dalloz ou Sirey le plus souvent, voire dans une revue, sans que le texte de l'arrêt soit cité ou qu'il soit davantage expliqué⁴⁵⁹. Cette première approche de la jurisprudence se trouve ensuite dépassée au milieu du siècle, du fait de commentaires doctrinaux ajoutés aux arrêts et qui en signalent l'importance.

2° Au milieu du siècle, le temps de l'examen doctrinal des arrêts et de la jurisprudence aux côtés du Code

À compter des années 1830 les recueils d'arrêts s'enrichissent. Pour prendre l'exemple du *Recueil Sirey*, celui-ci commence à publier à compter de 1831 des notes afin de renvoyer à d'autres décisions ou afin de donner un complément d'information. La documentation à laquelle peuvent accéder les auteurs de ces recueils s'enrichit également en 1836, lorsque le procureur général Dupin publie ses réquisitoires⁴⁶⁰.

Ainsi dans l'édition de 1843 du *Recueil Sirey* revue et complétée par son gendre Devilleneuve, avocat, et par Carette, avocat également qui succède à Sirey en 1836 dans sa charge d'avocat aux Conseils, l'épître dédicatoire de Devilleneuve et Carette à Portalis fils, alors Premier président de la Cour de cassation, précise que l'ouvrage recueille les « oracles » de la « Cour suprême et régulatrice » dans le but « d'enrichir la science des hauts enseignements qu'elle renferme »⁴⁶¹. La préface expose l'ambition des auteurs : faire non pas « une simple et

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 65-66, n° 34.

⁴⁵⁷ Ch. Aubry et F.-Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, Strasbourg, 1839, t. I, préface, p. VI.

⁴⁵⁸ Cité par J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 66, n° 34.

⁴⁵⁹ Nous avons ainsi rapidement parcouru le tome premier sans sa première édition parue en 1839, puis dans la troisième édition datant de 1856, enfin dans la troisième édition datant de 1897. Bien sûr il faudrait ici pouvoir se livrer à une étude plus exhaustive.

⁴⁶⁰ J.-L. Halpérin, « La place de la jurisprudence dans les revues juridiques... », *op. cit.*, p. 375.

⁴⁶¹ *Recueil général des lois et arrêts*, Sirey, Devilleneuve et Carette, 1^{ère} série, 1^{er} volume, Paris, 1843, épître dédicatoire.

sèche compilation d'arrêts » car cela ne peut plus suffire « aux besoins de la science », à « une époque de renaissance et de progrès, en présence de la direction nouvelle donnée (...) aux études juridiques, et de l'active tendance des esprits à rechercher les notions positives et pratiques du droit ancien pour les faire servir à l'interprétation du droit nouveau ; en présence aussi des richesses immenses, encore trop peu explorées (...) que renferme la jurisprudence ». Il ne s'agit donc pas de faire un recueil accumulant les décisions « sans choix » ni « sans esprit critique » mais de retenir des arrêts qui sont des « monuments judiciaires », de ceux qui « consacrent une règle ou un principe de droit ». Le recueil a alors pour ambition de « comparer » ces arrêts et « les soumettre à un examen qui [devra permettre] d'en apprécier la véritable valeur »⁴⁶².

Cette ambition appelle un classement chronologique, lequel présente l'avantage « de conserver à chaque décision sa véritable place dans l'ordre du temps, à chaque période de jurisprudence sa physionomie particulière, sa couleur historique et locale, avantages qui disparaissent entièrement dans les collections alphabétiques ». Alors que les recueils de l'ancien droit étaient trop souvent « un dépôt d'arguments tenus en réserve pour les besoins de la pratique ou des plaideurs » - reproche en partie justifié, comme nous l'avons vu -, il s'agit désormais d'envisager la jurisprudence « au point de vue de l'histoire de la loi et de ses applications usuelles », ce qui n'est « autre chose au fond que la méthode expérimentale employée dans la science du droit », les auteurs faisant référence à Savigny et à l'école philosophique comme historique, tout en revendiquant en France un intérêt plus marqué pour la pratique⁴⁶³.

Il s'agit aussi de signaler sur chaque question les arrêts conformes et contraires, et quand une question a été jugée dans le même sens par un grand nombre d'arrêts, les auteurs précisent qu'ils citent des extraits des seuls arrêts les plus « disertement motivés », tandis que les autres sont simplement mentionnés à leur date⁴⁶⁴. Cela signifie que d'un seul coup d'œil, à la quantité de références citées et sans même aller consulter les arrêts, le lecteur pourra savoir si l'arrêt qu'il a sous les yeux correspond à une jurisprudence constante.

Outre le classement et l'appareil de références, dans ces recueils comme on le sait les lois et les arrêts importants vont être accompagnés de commentaires et de notes. Vers 1850 en effet apparaît la note d'arrêt, souvent œuvre d'un professeur - le concours national d'agrégation en droit est créé en 1855 -, qui s'efforce de dégager des principes abstraits des solutions jurisprudentielles.

Labbé, professeur de droit romain, est le premier à exceller dans cet exercice à compter de 1859⁴⁶⁵. Comme le relève N. Hakim⁴⁶⁶ son expérience de romaniste le conduit à adopter une méthode faisant la part belle à l'évolution historique ainsi qu'à certains principes essentiels tels que l'équité et l'analogie, qui lui permettent de dégager de nouvelles solutions juridiques. C'est à partir de cette méthode qu'il fait paraître de nombreuses notes d'arrêts, à la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1881-1887) ainsi qu'au *Journal du Palais* et au *Recueil Sirey*. Il y affirme son rôle de commentateur qui est de remonter aux principes, en recherchant « les raisons qui peuvent justifier la décision de la Cour suprême ». Il a enfin une haute idée de la

⁴⁶² *Ibid.*, préface, p. V-VI.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. VIII.

⁴⁶⁵ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 566, n° 28.

⁴⁶⁶ N. Hakim, « Labbé Joseph-Émile », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 573-574.

jurisprudence, en lien avec le droit romain - Meynial affirme que Labbé devient alors un *prudens*⁴⁶⁷.

La note d'arrêt manifeste ainsi, dans la deuxième moitié du XIXe siècle, un rapprochement entre l'École et le Palais qui avaient pu jusque-là sinon s'opposer du moins travailler isolément⁴⁶⁸. Pour G. Guyon, ce sont ces notes d'arrêt qui ont donné au recueil *Sirey* son caractère et sa renommée car elles ont tout de suite recueilli l'approbation des maîtres de l'École et leur influence s'est fait sentir sur les décisions ultérieures des plus hautes juridictions. Ces notes ont ainsi formé un « pont » entre la doctrine et la pratique, explique-t-il⁴⁶⁹.

Il faut tenter d'expliquer les raisons de cet enrichissement doctrinal de la jurisprudence et de son succès. L'on peut ici citer la critique du Code civil venue d'Allemagne, critique par l'histoire et la philosophie⁴⁷⁰, ce qui conduit à davantage considérer la jurisprudence. C'est aussi le moment où les Républicains qui sont au pouvoir à partir de 1879 introduisent plusieurs réformes par le biais de la loi⁴⁷¹. À la fin du XIXe siècle est également publié le BGB, Code allemand, qui accentue, par comparaison, le retard pris par la législation civile française⁴⁷². C'est encore, entre 1889 et 1896, le renforcement des structures universitaires⁴⁷³, la réforme des études de droit et du doctorat, l'importance de matières nouvelles telles que l'économie politique (enseignée à compter de 1877), le droit public (enseigné à partir de 1889), l'histoire du droit (à partir de 1880). Le droit civil continue d'être la matière principale mais à ses côtés le droit pénal et le droit commercial développent leur autonomie. Quant au droit public, il faut aussi signaler la place grandissante du droit administratif qui renouvelle l'intérêt porté à la jurisprudence, du fait de l'autorité croissante du Conseil d'État. Pour ce qui est de l'histoire du droit elle met en valeur la dimension sociale du droit. L'on peut encore citer le sectionnement du concours d'agrégation en 1896 qui augmente le poids des exigences scientifiques et qui annonce la séparation des carrières entre universitaires et « praticiens », avocats ou magistrats, les professeurs détenant peu à peu le quasi-monopole de la doctrine⁴⁷⁴. Esmein constate ainsi en 1896 que « les Facultés de droit sont (..) entrées en plein courant scientifique »⁴⁷⁵. La philosophie positiviste d'Auguste Comte, la sociologie naissance ont aussi alors une influence sur les disciplines juridiques⁴⁷⁶.

C'est le moment où les professeurs de droit⁴⁷⁷ veulent prendre l'initiative des changements et influencer les choix du législateur, comme en témoigne la création en 1901 de

⁴⁶⁷ E. Meynial, « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes »..., *op. cit.*, p. 202.

⁴⁶⁸ Comme le remarque E. Meynial au début du XXe siècle, *Ibid.*, p. 176. Voir aussi J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 56, n° 28.

⁴⁶⁹ G. D. Guyon, « Sirey, Jean-Baptiste », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 935-936.

⁴⁷⁰ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 72-73, n° 38.

⁴⁷¹ Ce sont en effet 250 articles du Code qui sont modifiés entre 1880 et 1914. On peut notamment citer la réintroduction du divorce par la loi du 27 juillet 1884. Voir J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 173, n° 113.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 173, n° 114.

⁴⁷³ Les facultés de droit deviennent ainsi plus nombreuses au fil du XIXe siècle. Voir Ph. Rémy, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit », *op. cit.*, p. 91 et s.

⁴⁷⁴ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 177-180, n° 117-120.

⁴⁷⁵ Ph. Rémy, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit », *op. cit.*, p. 95.

⁴⁷⁶ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 178, n° 118.

⁴⁷⁷ Sur leur montée en puissance voir Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 158 et s. Voir aussi P.-N. Barénot et N. Hakim, « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique contemporaine », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 251-297.

la Société d'études législatives, avec Glasson comme Président et Saleilles comme secrétaire général⁴⁷⁸. Les temps sont aussi à la révision du Code⁴⁷⁹ mais malgré des projets en ce sens, la révision du Code n'a pas lieu⁴⁸⁰. Dans le même temps la jurisprudence, faisant face à des questions nouvelles dont les réponses ne se trouvent plus dans le Code⁴⁸¹, commence à adapter le droit, par des solutions de plus en plus innovantes, particulièrement en matière de responsabilité.

Tout ce renouvellement des idées juridiques suscite aussi la publication de nouvelles revues qui entendent réserver une place à la jurisprudence. Des revues juridiques avaient été publiées depuis le début du siècle comme *La Thémis* de 1819 à 1926⁴⁸², la *Revue étrangère de législation et d'économie politique* (ou *Revue Foelix*, 1833-1850) et encore la *Revue de législation et de jurisprudence* (ou *Revue Wolowski*, 1834-1852) mais si elles consacraient une partie à la jurisprudence, elles n'étaient pas parvenues à concurrencer les recueils d'arrêts, d'autant qu'en 1845 les frères Dalloz avaient publié leur *Répertoire méthodique et alphabétique de doctrine et de jurisprudence* où se mêlent une « quantité impressionnante d'informations sur la théorie et la pratique judiciaire », ce qui selon J.-L. Halpérin illustre alors la position de force des praticiens face à des universitaires encore peu impliqués dans les revues juridiques⁴⁸³.

Un premier tournant s'amorce ensuite au milieu du siècle avec la parution à compter de 1851 de la *Revue critique de jurisprudence en matière civile*, fondée par des praticiens mais aussi des professeurs de droit, où la jurisprudence tient une place plus importante et fait l'objet de commentaires plus fournis⁴⁸⁴. L'on peut encore citer la *Revue pratique de droit français* en 1856. Cette dernière revue est fondée entre autres par Marcadé (1810-1854) et Demangeat (1820-1896), professeur de droit à Paris. Elle s'intéresse à la jurisprudence de la Cour de cassation comme du Conseil d'État, particulièrement à partir des années 1880 et au début du XXe siècle, cette revue présente tout à la fois des études doctrinales de grande qualité, également la recension d'ouvrages « des nouveaux théoriciens (comme Saleilles et Gény) », enfin « un examen doctrinal de la jurisprudence par des universitaires de talent »⁴⁸⁵.

Puis le principal tournant se produit dans les années 1870-1880 quand, à la suite de la guerre, les universitaires jouent les premiers rôles dans la création et le développement des revues⁴⁸⁶. Les revues qui paraissent alors sont le signe de leur montée en puissance et de la diversification des matières, comme le *Journal de droit international privé et de la jurisprudence comparée* fondé en 1874 par Clunet, avocat à Paris, avec le concours de Demangeat, à ce moment-là professeur honoraire à la faculté de droit de Paris et Conseiller à la

⁴⁷⁸ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 173, n° 114.

⁴⁷⁹ Voir dans ce contexte les réflexions d'E. Meynial sur les recueils d'arrêts, « Les recueils d'arrêts et les arrêstistes »..., *op. cit.*, p. 175-204.

⁴⁸⁰ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 173-174, n° 114.

⁴⁸¹ Ph. Rémy, « La part faite au juge », *Revue Pouvoirs*, Le Seuil, 2003-4, n° 107, p. 30. C'est aussi le facteur que met en avant A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 6.

⁴⁸² La revue fondée par Athanase Jourdan, l'un des principaux disciples français de Savigny, avec des tables détaillées de jurisprudence dès la première année et en 1820 un commentaire de Dalloz que plusieurs décisions portant sur des points controversés. Mais dès 1822 la revue délaisse la jurisprudence.

⁴⁸³ J.-L. Halpérin, « La place de la jurisprudence dans les revues juridiques... », *op. cit.*, p. 374-377.

⁴⁸⁴ Toutefois cette revue fusionne en 1853 avec la *Revue Wolowski* et la théorie domine à nouveau.

⁴⁸⁵ J.-L. Halpérin, « La place de la jurisprudence dans les revues juridiques... », *op. cit.*, p. 378-380.

⁴⁸⁶ F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique entre mythes et réalités, XIX-e-XXe siècles*, CNRS Ed., 2013, p. 141 et s.

Cour de cassation, et de Mancini, Professeur à l'Université de Rome et Président de l'Institut de Droit international. Dans le premier numéro de 1874 Demangeat présente les ambitions de la revue, expliquant que pour savoir ce qu'est le Droit international, la « première condition » est de connaître les décisions rendues par les tribunaux de chaque pays. Or observe-t-il, « les recueils généraux de jurisprudence qui sont publiés soit en France soit à l'étranger sont (...) tout à fait insuffisants pour arriver à ce résultat. Les recueils français, par exemple, outre qu'ils ne donnent pas les décisions des tribunaux étrangers, ne peuvent donner qu'un petit nombre de décisions des tribunaux français sur la matière spéciale qui nous occupe ». Il conclut : « Le *Journal du Droit international privé*, en relevant avec soin, au fur et à mesure qu'elles seront rendues, les décisions (...), émanées soit des tribunaux français soit des tribunaux étrangers, donnera le moyen de connaître toutes les règles réellement consacrées par une pratique constante, c'est-à-dire obligatoires comme règles de Droit, quoique non formulées dans un Code »⁴⁸⁷. L'on trouve également des revues comparables en droit commercial (les *Annales de droit commercial* fondées par Thaller en 1886-1887), en matière criminelle (le *Bulletin de la Société générale des Prisons* fondé en 1877 et qui propose une chronique de jurisprudence à partir de 1902), également en droit public (avec la *Revue générale du droit public* fondée par Esmein et la *Revue générale du droit international public*, toutes les deux fondées en 1894).

À leur côté paraissent alors de nouveaux recueils d'arrêts comme la *Gazette du Palais* à partir de 1881 ou les *Pandectes françaises* à partir de 1886 mais comme le remarque J.-L. Halpérin ces recueils, « sûrs de leur succès » n'ont pas renouvelé leur méthode ni leur mode de présentation. Ils sont notamment silencieux sur les critères de choix des décisions et ils ne peuvent ainsi répondre aux exigences scientifiques des universitaires de la fin du XIXe siècle et du début du XXe siècle : « Les professeurs, davantage tournés vers la réalité sociale du droit, ne peuvent plus se satisfaire de cette information brute recueillie de manière impressionniste », explique-t-il⁴⁸⁸.

C'est donc plutôt du fait des revues que des recueils de jurisprudence que l'intérêt des professeurs pour la jurisprudence augmente et qu'elle tient davantage de place dans leurs enseignements. C'est même « toute une réflexion théorique » qui s'engage sur la jurisprudence comme source du droit⁴⁸⁹, autour de Saleilles (1855-1912), professeur à Dijon puis à Paris, qui défend le rôle de la jurisprudence pour assouplir le droit civil, « prônant une interprétation judiciaire qui n'hésite pas à donner au texte (par exemple, à l'article 1134 du Code civil) un sens différent de celui qui était envisagé par ses rédacteurs », d'où sa formule « Au-delà du Code civil mais par le Code civil »⁴⁹⁰. L'on peut encore citer Gény (1861-1959), professeur de droit à Alger, Dijon et Nancy et auteur d'une théorie nouvelle des sources du droit, distinguant les sources formelles telles que la loi et la coutume, des autorités « sources productives de droit privé positif », telles que la jurisprudence⁴⁹¹ ; et Lambert (1856-1947), professeur de droit à Lyon⁴⁹²...

⁴⁸⁷ Ch. Demangeat, « Introduction », *Journal du droit international privé : recueil critique de doctrine, jurisprudence et législation, concernant les étrangers et les conflits de lois dans les différents pays*, janvier-février 1874, n° 1, p. 12 et 16.

⁴⁸⁸ J.-L. Halpérin, « La place de la jurisprudence dans les revues juridiques... », *op. cit.*, p. 381-382.

⁴⁸⁹ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 180 et s., n° 120 et s.

⁴⁹⁰ J.-L. Halpérin, « Saleilles Raymond », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 909.

⁴⁹¹ Voir N. Hakim, « Gény François », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 472.

⁴⁹² Voir N. Dockès-Lallement, « Lambert Edouard », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 596-597.

L'on peut ici s'arrêter particulièrement sur Adhémar Esmein qui publie en 1902, dans les premières pages du premier numéro de la *Revue trimestrielle de droit civil*, une étude consacrée à « La jurisprudence et la doctrine », où il expose très clairement les idées qui animent tous ces auteurs. Esmein constate qu'à son époque, la jurisprudence en est arrivée au point de former « un véritable système harmonique et consistant » d'interprétation du Code civil car « un tribunal, si modeste soit-il, ne se déjuge pas sans de graves motifs, et plus une Cour est élevée dans l'ordre judiciaire, plus elle tient à ses traditions et à sa jurisprudence. Cela explique bien la fixité dans la solution »⁴⁹³. Il rappelle ainsi la place grandissante prise par la jurisprudence, tout au long du XIXe siècle, dans les enseignements dispensés et cite comme étape importante « les annotations scientifiques et approfondies » de M. Labbé, sur les « arrêts importants, leur donnant une valeur et une portée qu'[ils] n'avaient jamais [eus] auparavant »⁴⁹⁴. Mais il faut, dit-il que « la doctrine aille plus loin »⁴⁹⁵, en étudiant la jurisprudence « autant que le Code civil lui-même », car « ce n'est pas, en effet, une législation morte que renferment les pages du Code civil. C'est un droit vivant (...) [qui] a subi et subira la loi naturelle de tout ce qui vit : il s'est transformé et se transformera encore ». « Or, ces transformations du droit civil, qui les a notées en même temps que consacrées ? C'est la jurisprudence ». Cette source doit donc être étudiée « directement et scientifiquement », par la méthode historique et il revient à la doctrine – « les théoriciens, les hommes d'études » - d'en faire la « synthèse », d'en « former et démontrer » l'« harmonie générale », d'en « construire l'édifice »⁴⁹⁶. Un tel programme annonce la part plus importante encore prise par la jurisprudence dans les études doctrinales au début du XXe siècle.

3° Au tournant du siècle, la jurisprudence avant le Code

Les recueils de jurisprudence complétés de commentaires doctrinaux et les revues qui paraissent à compter des années 1880 vont constituer un instrument de travail pour une troisième génération d'auteurs qui renouvellent encore les méthodes d'enseignement du droit en donnant à la jurisprudence la première place, avant même le Code. Sans aucune prétention à l'exhaustivité l'on peut ici citer Planiol (1853-1931), agrégé en 1880, professeur à Paris à compter de 1887⁴⁹⁷. Auteur de nombreuses notes de jurisprudence - plus de 200 parues au Dalloz -, il entend donner toute sa place à la réalité et met au premier plan la jurisprudence⁴⁹⁸, « droit coutumier de formation récente »⁴⁹⁹.

L'on peut surtout ici citer Louis Josserand (1868-1941), professeur à Lyon puis conseiller à la Cour de cassation⁵⁰⁰. Celui qui définit le droit comme « la règle sociale obligatoire »⁵⁰¹ indique dans son *Cours de droit civil* que la doctrine de son temps⁵⁰² « ne

⁴⁹³ A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 8-9.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 11. Voir également deux ans plus tard E. Meynial, « Les recueils d'arrêts et les arrêtiistes »..., *op. cit.*, p. 196 et s.

⁴⁹⁵ A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 11.

⁴⁹⁶ A. Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 12-13 et 15-16.

⁴⁹⁷ Avec des nuances tout de même : voir J.-L. Halpérin, « Planiol Marcel-Fernand », *op. cit.*, p. 823-825.

⁴⁹⁸ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 185-186, n° 123.

⁴⁹⁹ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 1901, t. I, p. IX.

⁵⁰⁰ Voir C. Fillon, « Josserand Louis-Etienne », *Dictionnaire historique des juristes français*, *op. cit.*, p. 560-562.

⁵⁰¹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 3^e éd., 1938, p. 2, n° 1.

⁵⁰² « Depuis un quart de siècle » écrit-il, dans la Troisième édition datant de 1938, L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 3^e éd., 1938, p. 73, n° 94.

considère plus le Code civil comme un oracle » et « attache de moins en moins d'importance, en tant qu'instruments d'interprétation de la loi, aux travaux préparatoires ». Plutôt elle « envisage le droit comme science sociale », d'où le fait que cette doctrine se soit rapprochée de plus en plus de la jurisprudence. Citant, ce qui est une chance pour en mesurer l'influence, les instruments de travail qu'ont été les recueils de jurisprudence complétés des notes par des professeurs, particulièrement de Labbé, ainsi que les revues comme la *Revue trimestrielle de droit civil*, Josserand indique – et nous ajoutons que grâce à ces instruments cela est désormais possible – « que la jurisprudence est la matière première sur laquelle doivent travailler l'écrivain et le professeur ; il leur appartient de l'étudier, de la systématiser et aussi de la guider : par la jurisprudence, mais au-delà de la jurisprudence, telle doit être leur devise »⁵⁰³.

Philippe Rémy observe alors que cette époque est plus encore que la précédente celle des grandes constructions prétorienne, en matière de responsabilité du fait des choses, d'abus de droit, d'enrichissement sans cause, de personnalité morale... Ces constructions s'abritent sous des textes mais c'est pour faire dire à ces textes ce que le juge veut : « la loi est devenue la bouche du juge »⁵⁰⁴, conclut-il, voyant l'aboutissement de ce mouvement avec *Les grands arrêts* de Capitant en 1934⁵⁰⁵, là encore signalés et enrichis par la doctrine.

C'est alors le même vaste mouvement, d'un intérêt pratique à une vocation scientifique, que l'on va rencontrer pour les recueils des décisions des juges du fond, qui cependant ne peuvent avoir qu'une autorité pratique, malgré l'intérêt que leur porte de plus en plus la doctrine.

C. L'autorité des décisions des juges du fond : une jurisprudence pratique.

À l'heure de la publication prochaine de l'ensemble des décisions de justice, il nous a semblé pertinent de présenter la question de l'accès et de l'autorité des jugements et arrêts de cours d'appel à part plutôt qu'au fil des développements précédents.

À ce sujet il faut commencer par rappeler qu'en principe la question d'une jurisprudence des juridictions du fond ne devrait pas se poser, puisque le Tribunal de cassation a été institué pour empêcher les jurisprudences locales qui existaient sous l'ancien droit et pour leur substituer une jurisprudence unifiée.

Il faut pourtant également partir du constat que les recueils d'arrêts de cours d'appel existent tout au long du XIXe et du XXe siècle. L. Soula en dénombre ainsi 800 entre 1805 et 1918 – avec un pic dans les années 1850-1870 – pour vingt-six cours d'appel avec toutefois des publications par intermittence⁵⁰⁶. Comment expliquer leur existence ?

L. Soula montre que de tels recueils existent souvent pour des cours qui ont pris la suite d'anciens parlements. Ainsi sur vingt-trois recueils qui ont été régulièrement publiés, dix-neuf recueillent les arrêts de cours d'appel qui ont succédé à des parlements⁵⁰⁷, signe de l'existence

⁵⁰³ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 3^e éd., 1938, p. 73-75, n° 94. Sur la pensée de Josserand à l'égard de la jurisprudence, voir aussi J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 188-190, n° 126 ; et Ph. Rémy, « La part faite au juge », *op. cit.*, p. 31.

⁵⁰⁴ Ph. Rémy, « La part faite au juge », *op. cit.*, p. 31.

⁵⁰⁵ H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 1934, 571 p.

⁵⁰⁶ L. Soula, « Les recueils d'arrêts des Cours d'appel... », *op. cit.*, p. 989 et s.

⁵⁰⁷ *Ibid.*

d'une certaine « tradition judiciaire » locale⁵⁰⁸. Ceci est confirmé, par exemple par l'avant-propos de la *Jurisprudence complète des cours royales d'Agen, Montpellier, Nîmes, Pau et Toulouse*, où il est expliqué que les « cinq cours royales » dont les décisions sont publiées « embrassent, dans leurs ressorts, ceux des anciens parlements de Toulouse et de Pau, dont les jurisprudences présentaient de nombreuses analogies. Leur doctrine sert encore de règle dans une foule de questions usuelles », de sorte qu'« il existe entre les Cours et Tribunaux des anciens ressorts de ces parlements, un lien commun et des relations nécessaires. Sur plusieurs points capitaux, un arrêt de l'une de ces cours doit exercer une grande influence auprès des autres »⁵⁰⁹.

Les recueils de jurisprudence locale de la première moitié du XIXe siècle sont ainsi avant tout des outils de travail destinés à l'information des praticiens : des avocats qui y trouveront des arguments, et des magistrats, notamment du juge de paix, qui pourront mieux concilier les parties – en leur lisant un arrêt déjà rendu dans une espèce semblable – et rédiger leurs jugements⁵¹⁰. Il s'agit aussi de connaître la jurisprudence de la Cour locale et les recueils sont alors le seul moyen, à une époque où les arrêts des cours d'appel ont une grande importance. En effet entre 1828 et 1837 comme nous l'avons dit, en cas de conflit entre la Cour de cassation et les juridictions du fond, c'est la dernière cour d'appel de renvoi qui a le dernier mot. Également l'autorité des cours d'appel est encore grande, dans la tradition des parlements d'Ancien régime, aussi en raison du faible nombre de pourvois et du caractère limité des ouvertures à cassation, enfin du fait de l'esprit d'indépendance des magistrats qui ne reconnaissent pas immédiatement d'autorité supérieure à la Cour de cassation. Les auteurs des recueils font ainsi référence à la « souveraineté des arrêts » de leur cour pour justifier l'existence d'un recueil et augmenter le nombre d'abonnés⁵¹¹.

De leur côté, les recueils nationaux de jurisprudence intègrent aussi à compter des années 1810⁵¹² des arrêts de cours d'appel surtout, mais à titre documentaire. Il ne s'agit pas de présenter au lecteur une jurisprudence mais plutôt une documentation qui vient compléter les arrêts de la Cour de cassation. P.-N. Barénot y voit deux raisons : une première matérielle car les recueils nationaux ne peuvent publier que quelques arrêts émanant de cours d'appel, et une autre raison, principale, qui tient à ce que la jurisprudence des cours d'appel est alors perçue comme un danger pour l'unification du droit⁵¹³. La place des arrêts de cours d'appel va

⁵⁰⁸ Signalons même la publication en 1831 d'un recueil d'arrêts inédits du Parlement de Toulouse, ouvrage commandité par un avocat et qui correspond alors à un réel besoin pour régler les problèmes d'interprétation qui se posent, la jurisprudence étant encore loin d'être fixée par la Cour de cassation. Voir J. Poumarède, « Les arrestographes toulousains »..., *op. cit.*, p. 89.

⁵⁰⁹ *Jurisprudence complète des cours royales d'Agen, Montpellier, Nîmes, Pau et Toulouse (...) rédigée par une société d'avocats*, à Toulouse chez Grasset et Corne, 1827, p. 5.

⁵¹⁰ Voir sur les ouvrages à destination des juges de paix A. Pélicand, « Des juges de paix à la recherche d'un « guide sûr dans le dédale de nos lois et des fonctions multipliées ». Nouveaux marchés et stratégies éditoriales au XIXe siècle », *L'histoire de l'édition juridique (XVIIe-XXIe siècle)*, R. Carvais et J.-L. Halpérin dir., LGDJ, Coll. Contextes, 2021, p. 95 et s.

⁵¹¹ L. Soula, « Les recueils d'arrêts des Cours d'appel... », *op. cit.*, p. 989 et s.

⁵¹² Les arrêts de cours d'appel se trouvent alors dans une partie distincte, comme dans le *Sirey* à compter de 1808 : E. Meynial, « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes »..., *op. cit.*, p. 179.

⁵¹³ P.-N. Barénot, « La réception des arrêts des cours d'appel... », *op. cit.*, p. 121 et s.

néanmoins aller en grandissant, particulièrement à compter de la Restauration⁵¹⁴ même si leur utilité dans les recueils nationaux demeure la même.

Ensuite dans les années 1840-1850 les recueils d'arrêts locaux se maintiennent, car la réforme de 1837 n'entraîne pas immédiatement une uniformité de jurisprudence⁵¹⁵, et dans le même temps ils s'enrichissent. Comme les recueils nationaux de jurisprudence ils sont en quête de science et les arrêts y sont donc complétés de commentaires et de notes qui sont essentiellement le fait de praticiens qui s'intéressent à la science du droit. Les arrêts ne sont plus présentés de manière isolée en tant que solutions individuelles, l'appareil « doctrinal » revenant à les intégrer dans un ensemble, les auteurs de ces recueils s'efforçant de dégager la direction générale des arrêts, tout en comparant ces tendances avec la loi, la doctrine, les arrêts d'autres cours... Ainsi, alors que les arrêts sont de plus en plus nombreux, cet apport doctrinal est fort utile pour repérer des tendances dans la jurisprudence, pour saisir l'opinion d'une juridiction et tenter de prévoir l'évolution de la jurisprudence. L'on voit également au sein des recueils nationaux les arrêts de cours d'appel commentés par des magistrats locaux, comme entre 1864 et 1869 le président Réquier de la Cour impériale d'Agen qui signe plusieurs notes au *Recueil Dalloz*, sur des arrêts qui émanent de sa propre juridiction⁵¹⁶.

Cette approche scientifique conduite par des praticiens est alors si utile que les recueils sont plus nombreux entre 1850 et 1870⁵¹⁷. Les avocats Génie et Pujol, auteurs de la *Jurisprudence de la Cour royale de Montpellier ou recueil des arrêts notables rendus par cette cour* revendiquent ainsi pour la jurisprudence de leur cour « une supériorité qui manque à la loi » puisque la loi reste immobile alors que « la jurisprudence, toujours active, se mêle au mouvement social »⁵¹⁸. Dans les recueils nationaux de la même manière, les arrêts des cours d'appel apparaissent à l'avant-garde des problèmes juridiques émergents et des innovations jurisprudentielles. Aussi sont-ils de plus en plus souvent cités et font désormais partie de la jurisprudence nationale, ce qui s'explique aussi par le fait que les tensions entre les cours d'appel et la Cour de cassation sont désormais moins vives et ce qui peut s'expliquer encore par la grande épuration de 1883 qui fait que c'est une magistrature « plus technicienne et professionnalisée » qui s'empare des nouvelles questions au tournant du XXe siècle, à un moment enfin où les particularismes locaux, pour ce qui est du droit, se sont effacés⁵¹⁹.

Ainsi l'attention d'une doctrine soucieuse de saisir le réel ne peut se détourner des recueils des décisions des juridictions du fond et leur intérêt scientifique va croissant. Pour autant de telles décisions, si elles peuvent aux yeux des praticiens locaux qui les étudient constituer une jurisprudence locale et donc pratique, ne sont pas dotées d'une grande autorité aux yeux de la doctrine. Pour les universitaires il y a en effet, dans la définition même de la jurisprudence, un

⁵¹⁴ Meynial le rappelle au début du XXe siècle : « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes »..., *op. cit.*, p. 184 et s. ; voir aussi P.-N. Barénot, « La réception des arrêts des cours d'appel... », *op. cit.*, p. 124 et s.

⁵¹⁵ Voir L. Soula, « L'indépendance jurisprudentielle des cours d'appel au XIXe siècle », *Les cours d'appel, origines, histoire et enjeux contemporains*, Presses universitaires de Rennes, 2006, p. 77-96. Nous l'avons également constaté dans nos travaux consacrés à l'étude de la jurisprudence arbitrale : « La jurisprudence française et l'arbitrage de 1843 à 1958 : de la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage commercial international », 1^{ère} partie, *Revue de l'arbitrage*, 2015, n° 3, p. 743, n° 6 et s.

⁵¹⁶ P.-N. Barénot note que les exemples sont nombreux : « La réception des arrêts des cours d'appel... », *op. cit.*, p. 125, sp. note 23.

⁵¹⁷ L. Soula, « Les recueils d'arrêts des Cours d'appel... », *op. cit.*, p. 989 et s.

⁵¹⁸ Cité par L. Soula, *Ibid.*

⁵¹⁹ P.-N. Barénot, « La réception des arrêts des cours d'appel... », *op. cit.*, p. 126-128.

obstacle, qu'exprime par exemple Carbonnier. La jurisprudence « se forme avec des jugements, par la répétition et la hiérarchie », écrit-il. Ce ne sont pas alors les jugements qui font jurisprudence mais en eux les points de droit, les propositions de droit qui ont déterminé le juge, les motifs par lesquels le juge fait connaître son interprétation de la règle de droit ou sa manière de construire le droit en dehors d'elle. Or comme les juges du fond ont une appréciation souveraine des faits, les éléments de fait sont plus nombreux dans leurs décisions⁵²⁰. Également comme l'écrit cette fois Catala, « la jurisprudence de la Cour d'appel est vouée à s'éteindre au souffle de la hiérarchie »⁵²¹.

* * * * *

Quel recul peut avoir un historien du droit sur tout cela ? Dans cette perspective historique menée sur cinq siècles, deux questions se mêlent : celle de l'accès à l'information constituée par les décisions des cours et celle de l'autorité, à la fois institutionnelle et savante qui est reconnue aux décisions de justice. Il apparaît alors que l'accès à l'information - la matière brute de l'arrêt - n'est pas encore la connaissance et ce sont bien les auteurs des recueils, praticiens s'intéressant à la science du droit qui en transformant la matière brute, en sélectionnant, classant, présentant, analysant les arrêts, ont permis la connaissance de la jurisprudence, dans l'ancien droit comme après la Révolution et la codification. Mais la connaissance n'est pas encore la compréhension profonde et cette compréhension du pourquoi de la valeur d'un arrêt, sa situation dans le vaste ensemble des sources du droit, c'est la doctrine qui l'a procurée, à partir de tous les arrêts pour mieux signaler l'importance de ceux rendus par la Cour de cassation, tandis que les décisions des juges du fond forment une jurisprudence à l'autorité davantage pratique.

Avec beaucoup de prudence nous pouvons alors avancer l'idée que la publication systématique de toutes les décisions de justice amplifiera ces phénomènes. L'ensemble des décisions conserveront une utilité pratique : elles seront la source d'autant d'arguments, et traitée par l'intelligence artificielle elles révéleront quelle cour, peut-être quel juge se déterminent dans tel ou tel sens, ce qui renforcera l'autorité pratique constatée au sujet des arrêts de cours d'appel. Bien sûr l'on pourra aussi mieux identifier les questions sur lesquelles il n'y a pas de pourvoi en cassation et les arrêts de cours d'appel qui en deviendront d'autant plus importants.

Tout ceci ne manquera pas d'intéresser aussi la doctrine qui de son côté devra toujours - aidée sans doute par l'intelligence artificielle - continuer de signaler dans la masse ce qui mérite intérêt, surtout expliquer pourquoi, et déceler dans les liens de corrélation révélée par l'intelligence artificielle d'éventuels liens de causalité.

On peut enfin imaginer que les arrêts de la Cour de cassation, parce qu'ils interviennent au plus haut niveau, ne deviendront pas moins importants du fait de la publication systématique de l'ensemble des décisions de justice, et que les jugements et arrêts des juges du fond pourront être mobilisés par la doctrine pour les expliquer mieux encore.

⁵²⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I, *Introduction*, op. cit., p. 268, n° 142.

⁵²¹ P. Catala, « Jurisprudence ou jurisprudence des cours ? », *La Cour d'appel d'Aix-en-Provence. Colloque des 11 et 12 décembre 1992*, Laboratoire d'épistémologie juridique, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1994, p. 67.

THÉORIE DU DROIT

Réponses au questionnaire sur la jurisprudence et la diffusion des décisions judiciaires.

Emmanuel JEULAND

Professeur agrégé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Janvier 2022

Le questionnaire comporte un ensemble de préconceptions partagées portant sur une sorte de théorie du droit officiel qui évolue finalement assez lentement : selon cette connaissance commune, on peut raisonner à partir des sources du droit, la loi, au sens large d'énoncé normatif écrit, continue d'être première notamment dans l'esprit des juges judiciaires, la jurisprudence est créatrice selon la doctrine mais pas trop selon les juges même si cela paraît maintenant évident pour la Cour de cassation et l'open data peut permettre de mieux connaître des jurisprudences dites concrètes ou locales (de première instance, d'appel) sans pour autant être la panacée.

Je propose de faire un pas de côté, de bousculer la théorie générale « officielle » et de voir les choses autrement en essayant de ne pas rester prisonnier des mythes : mythes du syllogisme judiciaire, du légicentrisme devenu régulocentriste, du juge bouche de la loi, de la théorie des sources du droit, de la hiérarchie des normes, du juge à distance de ses émotions et contre mythes du juge créateur de droit, de la doctrine du précédent, de la jurisprudence concrète, du principe de proportionnalité proche de l'équité, de la justice prédictive comme factualisation du droit, du gouvernement des juges, etc. Voir autrement ne veut pas dire que la théorie générale officielle a tort (régulocentriste mâtinée d'un pouvoir créateur du juge) mais peut-être qu'elle est trop imposante, tout autant d'ailleurs que la contre théorie officielle, qui se veut plus réaliste (M. Troper, Ch. Jamin) faisant du juge celui qui crée seul la norme lorsqu'il interprète un énoncé législatif ou réglementaire. Ce pas de côté « relationniste » que je suggère (approche du droit à partir des rapports de droit, v. dernièrement « Theories of Legal Relations », in *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, online 2021) peut aboutir à confirmer des lieux communs mais il aura au moins permis un détour, une suspension de la réflexion.

Une expression importante est absente du questionnaire, celle de droit privé, comme s'il s'agissait de réfléchir à la jurisprudence en général alors qu'elle concerne des rapports particuliers qui sont privés en matière judiciaire. Or, il s'agit bien là du cœur de métier de la Cour de cassation issue de la Chambre des Parties qui existait au sein du Conseil du roi sous l'ancien régime (transformée après la Révolution, v. Zénati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 45 et s.). Il s'agit de dire le droit dans le cadre des rapports de droit privé. Il faut d'ailleurs préciser qu'il ne s'agit pas avant tout de dire le droit à partir de règles extérieures (législatives

ou règlementaires) au rapport de droit privé mais surtout et par essence de rechercher l'équilibre et les limites de ce rapport. Le droit, selon les romains, ne procède pas de la règle écrite mais c'est la règle qui procède du droit (F. Zénati, op. cit., p. 149 citant contra Carbonnier in Flexible droit, 1995, LGDJ, p. 101 qui pensait que la règle était à l'origine du droit, ce que critique E. Le Roy en faisant référence à plusieurs sociétés non occidentales ; « Le tripode juridique, Variations anthropologiques sur un thème de flexible droit, L'Année sociologique 2007/2 (Vol. 57), pp. 341 à 351, accessible sur Cairn : <https://www.cairn.info/revue-l-annee-sociologique-2007-2-page-341.htm> qui distingue trois fondements au droit en anthropologie, les modèles de comportement que l'on doit imiter (coutumes voire jurisprudence), les systèmes durables de socialisation pouvant prendre la forme d'initiation – ce serait les rituels judiciaires en matière de justice - et les commandements du chef prenant la forme de règle, tout en indiquant qu'en dehors de l'occident la solution privilégiée du différend est de dégager une solution interne au groupe concerné soit par la coutume, soit par la jurisprudence et non pas une règle venant de l'extérieur des parties en cause comme un commandement : « Là où notre réflexe est de rechercher dans la loi la norme qui s'impose dans le règlement du différend, celle de l'animiste est d'en faire, par un principe de subsidiarité, une norme accessoire qui n'est convoquée qu'en l'absence de toute autre solution, comme étant le pire choix, porteur de malheur ... On pourrait signaler que la théorie confucéenne du *li* et du *fa* le confirme »). La règle (les codes comportent souvent des règles qui consacrent des jurisprudences) est un instrument (tel une équerre pour un architecte) parmi d'autres pour connaître le droit, même s'il est vrai que notre système juridique en a fait l'élément central (il est beaucoup plus évident en *common law* que la règle écrite ne soit qu'un élément parmi d'autres). La jurisprudence ne se contente pas d'appliquer des règles à une situation de fait mais permet de faire émerger une réponse à une incertitude juridique par le débat et l'opposition des positions (dialectique).

Ainsi, dans l'arrêt Césaréo (2006), on peut certes dire que la Cour de cassation a décidé d'interpréter autrement la notion de cause présente à l'article 1351 CC (devenu 1355 CC) après des siècles d'interprétation stricte. On peut surtout dire qu'elle a scruté un rapport litigieux quasi biblique ou mythique entre deux frères ayant hérité chacun de la moitié du patrimoine de leur père alors que l'un d'eux n'avait cessé de travailler pour ce dernier. Elle a aussi scruté l'évolution des rapports procéduraux et la nécessité de tenir compte davantage de l'efficacité au prix, s'il le fallait, du sacrifice de la vérité. De nombreux autres arguments (de droit comparé notamment) l'ont finalement convaincu que le procès entre les deux frères ne pouvait pas être rejoué sur un nouveau fondement juridique car il fallait concentrer tous ses moyens dans la même instance. Son travail a consisté à élever la difficulté procédurale à un niveau conceptuel (concernant la cause, l'instance, les moyens) et a recherché le meilleur équilibre et les limites du rapport d'instance dans ce cas précis. À partir de cet arrêt de principe, la Cour de cassation a développé une jurisprudence complète mettant notamment également à la charge du défendeur de concentrer ses moyens dans une même instance : il s'agissait à nouveau de rechercher les valeurs à l'œuvre et l'équilibre des charges entre le demandeur et le défendeur.

On pourrait définir le droit privé comme la branche du droit privé qui régule les rapports de droit privé, mais cela pose un problème logique puisque cela supposerait que les rapports de droit privé préexistent au droit privé qui vient précisément les réguler. Soit l'on considère que

ces rapports sont des faits régulés par le droit, soit l'on considère que ce sont de véritables composants du droit et qu'ils font donc partie du droit privé. Le droit privé est, selon cette approche, l'ensemble des rapports de droit privé et des normes qui leur sont applicables. Il importe, me semble-t-il, de maintenir une distinction ferme entre les rapports de droit privé et les rapports de droit public qui impliquent des prérogatives de puissance publique. Les rapports de droit privé génèrent une autonomie et donc une liberté des parties à partir de l'équilibre de leurs prérogatives.

Cela pose une difficulté pour le droit pénal qui vise les rapports entre des magistrats du parquet membres du pouvoir exécutif, des personnes poursuivies et des victimes. On peut tout de même le rattacher au droit privé (tout en précisant qu'il aurait pu être rattaché au droit public comme c'est le cas dans d'autres pays comme l'Italie par exemple) car il implique des personnes privées et des rapports entre personnes privées (auteurs d'infraction/victimes). Est, par ailleurs, en jeu la liberté de personnes privées dont on a vu qu'elle pouvait trouver son origine dans les rapports de droit privé. Priver quelqu'un de sa liberté c'est le privé de ses rapports juridiques, familiaux et sociaux, à l'exception des visites et des correspondances.

Un rapport de droit privé unit deux personnes dans l'exercice de leur activité privée sous l'égide d'un tiers de référence (un notaire pour un contrat, un officier d'état civil pour les liens de famille, la préfecture pour le lien de nationalité, etc.). Une personne publique peut être unie par un rapport de droit privé dans l'exercice d'une activité de droit privé (service public industriel ou commercial) ou assimilée (ex. accident de la circulation en raison de l'unification du contentieux par la loi Badinter). Une personne privée peut exercer une mission de service public qui peut conduire à la compétence du juge administratif. La qualification de la personne en cause n'est donc pas déterminante pour le rattachement de ses relations au droit privé ou au droit public.

Il importe de noter que le rapport de droit est un dispositif langagier et symbolique qui construit le rapport humain en impliquant des éléments rationnels et des éléments émotionnels. Il ne s'agit pas d'une abstraction détachée de ces éléments humains.

La fonction du juge judiciaire est de créer, de rendre viable ou de supprimer les rapports de droit privés problématiques (ex. le divorce contentieux mettant fin au lien conjugal, la réintégration dans le contrat de travail, la création du lien d'adoption, etc.) en dégagant le droit c'est-à-dire l'équilibre et les limites des rapports en cause. Il le fait notamment en s'aidant des normes fixées préalablement (en dehors du rapport dans les règles écrites ou des précédents ou au sein de ce rapport notamment dans les contrats) mais surtout en recherchant par intuition d'abord (selon Motulsky) voire en étant à l'écoute de ses émotions (voir plus loin) l'équilibre des rapports et des valeurs en cause et il peut même mettre à jour de nouvelles normes si le problème était nouveau et qu'il lui a apporté une solution après un débat conforme aux principes procéduraux.

On dit que le juge doit appliquer une règle de droit (art. 12 CPC) et ne peut juger en équité pour assurer l'égalité entre les justiciables, sachant qu'une règle est, par définition,

générale et abstraite. Ce n'est pas parce qu'il est prévu qu'il tranche le litige en appliquant une règle de droit que sa mission consiste seulement à mettre en œuvre un syllogisme judiciaire et à dégager une sanction. Le juge prend aussi en compte les faits de l'espèce, les valeurs en jeu, ses intuitions et ses affects. Or, la norme jurisprudentielle qui provient d'une décision, le jugement, n'est obligatoire que pour les parties en réalisant une application-interprétation-révélation du droit dans le cadre d'un rapport de droit particulier. Cependant, pour les mêmes raisons d'égalité et de prévisibilité, ce droit dégagé par le juge doit pouvoir servir à d'autres dans le même type de rapport de droit, devant le même tribunal, la même cour d'appel ou la Cour de cassation. Devant les juges du fond, on parle de jurisprudence concrète ou locale. Cette jurisprudence locale est d'autant plus importante que la jurisprudence sur un sujet se forge progressivement de la première instance à la Cour de cassation. Cela suppose que chaque juge soit indépendant, impartial et objectif, qu'il se soit précisément conformé à la procédure qui l'encadre : son interprétation-crédation proposée au terme d'un raisonnement exposé dans la motivation peut alors être reprise par un autre juge.

Il convient de préciser que le raisonnement judiciaire ou plutôt la méthode judiciaire ne suit pas nécessairement le modèle du syllogisme formel (condition de la règle dans la majeure, faits dans la mineure et effet de la règle dans la conclusion) car la logique en cause n'est pas formelle. On pourrait parler de syllogisme dialectique qui prend en compte l'argumentation des parties et la mise en œuvre du principe du contradictoire. Avec la prise de conscience de la part de l'émotion dans la méthode judiciaire (voir ci-dessous), il me paraît possible de faire appel à la notion d'enthymème, un syllogisme qui part de grands principes, de standard, de valeurs et aussi de règles, tient compte des faits probables et vraisemblables tels qu'ils sont appréciés par le juge, de l'équilibre à retrouver des rapports de droit privé en cause, de la logique des discours mais aussi des ressentis des magistrats pour parvenir à transformer les relations en cause.

À partir de cette grille de lecture générale, je vais essayer de répondre aux questions posées (sans suivre leur ordre).

Que recouvre selon vous aujourd'hui la notion de jurisprudence ? Spécialement, recouvre-t-elle seulement des décisions rendues par la Cour de cassation ou peut-on considérer d'ores et déjà qu'elle comprend les décisions rendues par les juges du fond et, si oui, lesquelles ?

Une définition possible consiste à dire que la jurisprudence regroupe tous les jugements. Une définition plus restreinte et plus précise, indique qu'une jurisprudence provient d'un jugement réalisant un véritable apport en matière juridique. Le champ de la jurisprudence est de toute façon vaste et comprend même les référés, mais se limite aux décisions judiciaires rendues publiquement et comportant une motivation et donc une forme de norme jurisprudentielle. Toutes les décisions mettant en œuvre des standards tels que l'intérêt de l'enfant ou la dangerosité ne paraissent pas pouvoir avoir de force normative en dehors de l'affaire en cause, sans parler des mesures d'instruction voire des mesures d'administration judiciaire qui ne sont pas des jugements. La Cour de cassation dégage elle-même les décisions

ayant un intérêt et donc une valeur normative (BRLC). Il y aurait ainsi une faible valeur aux arrêts non publiés au bulletin qui répètent, confirment ou sont décidés en fonction de l'espèce.

Le rôle disciplinaire de la Cour de cassation ne conduit pas nécessairement à des arrêts importants. Ce n'est pas le cas en *common law* des cours d'appel (courts of appeal) et des Cours suprêmes qui trient les affaires et choisissent celles qui permettent de faire évoluer la jurisprudence (et du coup rendent beaucoup moins de décisions). Il s'agit aussi pour la Cour de cassation de contribuer à clore un litige et donc, selon notre cadre général, à recomposer les rapports de droit privé. Les arrêts rendus en matière disciplinaire peuvent aussi créer du droit particulièrement en matière procédurale. Les nouveaux circuits mis en place à la Cour de cassation permettent sans doute de mieux approfondir les affaires susceptibles de modifier le droit.

Au-delà, si évolution il devait y avoir, que nous dirait-elle de la place de la jurisprudence parmi les autres sources du droit aujourd'hui ? Plus encore, que pourrait-elle nous indiquer de l'évolution du droit lui-même ?

Ces questions supposent admis le concept de source du droit voire celui de droit comme résultat de ces sources. Or, l'on sait que le terme de source du droit (v. Le A-J Arnaud (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, coll. Anthologie du droit, LGDJ, 2018, V° Source du droit) a émergé avec l'école historique du droit allemande qui considérait précisément que le droit trouvait sa source dans l'esprit du peuple, les coutumes puis dans les lois et les décisions du juge qui devait toujours déterminer le droit (obligation pour le juge de soulever d'office le droit applicable selon Puchta) car en l'absence de Code civil (en Allemagne au début du 19^e siècle), la dogmatique (ensemble structuré des concepts juridiques) devait permettre d'apporter une réponse unique à un problème de droit.

Parallèlement en France, le sens du terme de jurisprudence a évolué. Comme ailleurs en Europe, il était jusque-là synonyme de droit dégagé par une autorité qui pouvait être un jurisconsulte (un membre de la doctrine) ou un juge (v. F. Zénati, ouvrage précit.). Encore aujourd'hui le mot jurisprudence en anglais veut dire théorie du droit. En France, le mot jurisprudence se limite aux jugements rendus et particulièrement à ceux qui réalisent un apport juridique. D'emblée, le mot s'inscrit dans un système où le Code civil et les autres lois doivent primer sur des décisions du juge qui ne sont que des applications particulières de règles générales. Le mot anglais pour traduire le mot jurisprudence en français est *caselaw* et exprime l'idée d'un droit produit à partir de cas, une casuistique (allemand *Rechtsprechung*, le droit dit).

La création de la Cour de cassation s'inscrit dans cette perspective puisqu'il s'agissait à l'origine de faire respecter la loi en traçant une ligne de démarcation entre fait et droit : sa mission consistait à déterminer si la loi (y compris la réglementation) et donc le droit avait bien été respectée. Il s'agissait d'un contrôle législatif et d'une unification et non d'une création normative. Quoiqu'on en dise, on vit encore sur cette construction et, d'ailleurs, l'article 12 CPC sur l'office du juge fait référence à l'application des règles de droit. Le juge a pour mission d'appliquer la loi sous le contrôle de la Cour de cassation car seule la loi, étant l'expression de la volonté générale, est légitime. Le syllogisme judiciaire recommandé mais non imposé sous

la révolution est le pendant méthodologique de cette primauté de la loi (Sur le syllogisme v. J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice*, 2016, PUF, n°137 et 138, à la révolution, soit le juge peut mettre en œuvre un syllogisme correct soit il convient de procéder à un référé législatif par l'intermédiaire du juge de cassation). Certains auteurs contemporains défendent le syllogisme judiciaire (PY Gautier, « Éloge du syllogisme », JCP G 2015, n° 902) en le présentant parfois comme immémorial alors qu'il ne date que de Beccaria (au pénal, v. K. Castanier, *Le syllogisme judiciaire*, Thèse Rennes, 2021). On dit aussi qu'il s'agissait d'éviter de donner trop de pouvoir aux juges qui en avaient abusé sous l'ancien régime vis-à-vis du roi. Certains auteurs brandissent alors le thème du gouvernement des juges, ce qui est un anachronisme puisque ce thème ne nous est parvenu d'Amérique qu'au début du XX^e siècle (P-Y. Gautier, « Du nouveau gouvernement des juges », mélanges. Batteur, LGDJ, 2021). La primauté donnée à la loi qui exprimait la volonté générale imposait de présenter le travail judiciaire comme une pure œuvre d'application. Le terme d'application peut être défini comme une mise en œuvre d'un syllogisme judiciaire à partir d'une règle (conditions de la règle) se trouvant dans la majeure à une affaire donnée (les faits se trouvant dans la mineure) pour en tirer une sanction (conclusion du syllogisme, effet de la règle). C'est dans cette lignée mythique qu'il a été décidé en 1958 d'inscrire le judiciaire dans la constitution comme une autorité et non comme un pouvoir. À vrai dire, cet ensemble mythique pourrait continuer de se défendre car le droit est toujours une construction. Cependant, toutes les constructions ne se valent pas et il se peut que ce qui est en jeu dans les débats concernant la Cour de cassation aujourd'hui soit la déconstruction d'un système mythique qui serait devenu obsolète car trop éloignée de la réalité.

Il importe de rappeler que le pouvoir exécutif a pris le pas sur le pouvoir législatif sous la 5^e république et que les lois sont largement préfabriquées par le gouvernement quand ce ne sont pas des décrets qui règlent un sujet. Ainsi, le mythe de la loi fruit de la volonté générale ne paraît plus correspondre véritablement à une réalité. Si au lieu de parler de sources du droit, on examine les pouvoirs qui fixent le droit, le pouvoir exécutif paraît aujourd'hui très largement dominant (expliquant en partie les tensions importantes entre l'exécutif et le judiciaire). On peut d'ailleurs parler d'administrativisation (lorsqu'une matière passe du judiciaire au pouvoir exécutif) du droit judiciaire à travers les déjudiciarisation qui conduisent des personnes publiques ou privées à exercer le service public de la justice (ex. notaire pour le divorce par consentement mutuel, officier d'état civil pour le changement de prénom, etc.). La jurisprudence n'est pas, me semble-t-il, une source du droit comme si le droit était toujours extérieur à un cas (comme si, tel un fleuve, il avait une source ailleurs, en amont), c'est le lieu même du droit, de la recherche de l'équilibre dans un rapport de droit. Ce n'est que dans un second temps qu'une solution jurisprudentielle peut servir de point de repère dans une nouvelle affaire similaire.

Enfin, la notion de hiérarchie des normes sous-jacentes à celle de source ne vaut que pour le droit écrit (loi et règlement). La jurisprudence ne trouve pas véritablement sa place dans cette hiérarchie. La Cour de cassation joue un rôle constitutionnel et conventionnel en filtrant les QPC et en appliquant le droit européen et international. Les juges du fond, en dehors des QPC, n'appliquent pas directement le droit constitutionnel et ont tendance à appliquer davantage le droit qui leur est destiné, comme les règles du CPC, que le droit conventionnel. C'est ce qui explique, par exemple, que le principe de l'égalité des armes soit peu appliqué par les juges du fond et davantage par les cours supérieures, mais non le Conseil constitutionnel qui s'en tient au principe général d'égalité et à l'équilibre des droits. On a vu par ailleurs que la

jurisprudence s'applique à dégager l'équilibre et les limites des rapports de droit privé dont elle est saisie en s'inspirant éventuellement de précédents. Elle n'a pas alors à tenir compte d'une hiérarchie des normes sauf entre normes écrites en cas de conflit de normes. Du point de vue des relations entre normes, on ne peut guère parler de hiérarchie à propos de la jurisprudence, mais plutôt de circularité. La jurisprudence fait en quelque sorte tourner la roue du droit qui se dégage des cas tandis que le législatif et l'exécutif alimentent le flux des normes (l'exécutif joue aussi un rôle comme son nom l'indique en matière d'exécution des normes).

Au-delà de cette déconstruction de la question posée sur les sources, il convient aussi de discuter cette vision du droit conçu comme ensemble de règles. Le légicentrisme traditionnel en France a été renouvelé par un normativisme réaliste d'inspiration kelsénienne (M. Troper et son école v. son *Que-sais-je, la philosophie du droit*, 2018). Ce sont les publicistes qui développent le plus la théorie générale du droit depuis des décennies avec le but louable de développer le droit constitutionnel et ses modes de contrôle. Certains privatistes ont entrepris de critiquer cette vision verticale du droit en privilégiant la pratique judiciaire (ex. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013) tout en s'inscrivant dans un normativisme réaliste et un institutionnalisme traditionnel (depuis Hauriou dont Hébraud, en droit privé, est un disciple). Pour autant cette approche réaliste (développée par l'école fondée par M. Troper) qui estime que la norme ne naît qu'avec l'interprétation qu'en donne le juge (adaptée au droit constitutionnel), paraît mal adaptée au travail des juges judiciaires qui mêlent, selon les cas, application de la loi, interprétation nouvelle cachant mal une véritable création, balance des valeurs et des intérêts parvenant parfois à des solutions *contra legem* (ce que ne ferait pas un juge de *common law*) en particulier dans l'affaire du mariage incestueux jugé finalement conforme au droit en application du principe de proportionnalité (Chambre civile 1, 4 décembre 2013, 12-26.066, Publié).

S'il vous semble que la notion de jurisprudence a déjà pu évoluer depuis la fin du 19e siècle et le début du 20e siècle, comment expliqueriez-vous et caractériseriez-vous cette évolution ?

Pour la doctrine majoritaire exposée dans les ouvrages de théorie du droit et d'introduction au droit, il est admis que la jurisprudence est créatrice de droit (depuis Gény, qui reste cependant ambigu sur le sujet, voir F. Zénati, ouvrage précit. qui préfère parler de révélation du droit) et que tout jugement même de référé peut « faire jurisprudence » s'il est le premier dans son domaine. Cependant, lorsque l'on interroge les juges du fond eux-mêmes, ils continuent d'affirmer majoritairement (ex. dans un groupe de 30 magistrats dans un atelier à l'ENM) qu'ils sont là pour appliquer la loi même si elle leur laisse beaucoup de marges de manœuvres notamment lorsqu'elle comprend des standards (intérêt de l'enfant, dangerosité, etc.). Pour eux c'est une question de responsabilité et de protection. S'il se contente d'appliquer la loi (on se réfère parfois à la fameuse expression de Montesquieu citée hors contexte : s'il se contente d'être la bouche de la loi), ils ne sont pas coupables de résultats indésirables.

Ainsi, la jurisprudence de la Cour de cassation continue d'être au plus près des lois et peut parfois manquer d'audace (deux exemples récents : arrêt Halimi en matière pénale, arrêt Facebook en droit du travail n'allant pas au bout d'une étude *in concreto*) sauf quand, à l'inverse, elle se prononce *contra legem* (arrêt précité de 2013, mais là encore le respect du

principe conventionnel de proportionnalité peut être vu comme une « application » des textes, cet arrêt ne serait donc pas *contra legem* au sens large). L'évolution n'est donc pas radicale et notre système reste « légicentriste » ou plutôt « régulocentriste » en intégrant des règles et principes non législatifs issus des conventions internationales, de la constitution, des directives et des règlements européens et des décrets et arrêtés nationaux. On ne peut nier enfin que le développement de jurisprudences européennes de la CEDH et de la CJUE incite la Cour de cassation à concevoir sa jurisprudence autrement. Nous avons proposé il y a quelques années que les arrêts importants de la Cour de cassation soient pseudonymisés afin d'être mémorisés plus aisément comme les arrêts du Conseil d'État, de la CEDH et de la CJUE (avec Guillaume Simiand, Casanova à la Cour de cassation, JCP 2015, doctr. 876). À vrai dire, les commentateurs finissent toujours par donner un nom aux grands arrêts de la jurisprudence civile (Jand'heur, Fragonard, Carteret, etc.). L'anonymisation des arrêts devrait se faire de telle sorte que puissent émerger des pseudonymes permettant de désigner les grands arrêts.

Par ailleurs, une évolution récente me paraît particulièrement intéressante : la prise en compte des émotions du juge dans le raisonnement judiciaire (il s'agit d'ailleurs d'un retour car le sentiment du juge est à l'origine des jugements dans les droits anciens, v. Zénati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p.10). Le rapport de droit privé n'est pas une abstraction comme chez Savigny qui y voyait la rencontre entre deux volontés, soumise à une règle de droit. La notion de volonté ici (*Willkur*) est kantienne et fait partie des concepts qui existent a priori dans la conscience avant l'expérience. Cette notion de rapport de droit est donc abstraite, idéaliste et subjective. Elle suppose des sujets de droit préexistants pouvant exprimer leur volonté. Il ne s'agit pas non plus d'un rapport de fait entre les parties régulé par une règle de droit, on l'a vu en introduction. On peut dire que des actes de langage (le oui du mariage, la promesse précédant le contrat, etc.) créent des rapports entre les parties qui les lient car ils sont performatifs. Ainsi, le lien conjugal naît de l'échange des « oui » exprimés par les époux. De même, le nouveau rapport de droit entre les parties issu d'un jugement (ex. le rapport de droit issu du divorce qui remplace le lien conjugal) est créé par le jugement qui « dit le droit », autrement dit par un acte de langage performatif. Le rôle du tiers de référence (le juge) à l'égard du rapport de droit est précisément de procéder à une analyse de ces actes de langage pour en rechercher l'équilibre.

Cependant, cette approche paraît incomplète aujourd'hui car il est maintenant admis que la raison et l'émotion sont toujours intriquées et qu'une bonne décision suppose aussi la prise en compte des émotions. Un historien américain (Reddy *La traversée des sentiments*, trad. S. Renaut, Les Presses du Réel, Dijon, 2019) propose d'ailleurs de compléter les performatifs par des émotifs autrement dit des émotions qui ont un effet. Les règles de procédure permettent à un juge de pouvoir être en position d'indépendance et d'impartialité pour pouvoir ressentir « objectivement » les émotions lors de l'échange des arguments. L'open data des décisions de justice ne doit pas conduire à standardiser les jugements au mépris des singularités de chaque affaire. Les rapports processuels entre juges et parties constituent des cadres qui canalisent des émotions influant, au sein de la méthode judiciaire, sur l'application des règles de droit.

Partout en Occident, depuis deux siècles environ, s'est imposé le mythe du juge qui juge à distance de ses émotions (T. A. Maroney, (2011), "The Persistent Cultural Script of Judicial

Dispassion”, in: *California Law Review* 99,2, 629–681). Cependant, à la fin du 19^e siècle en Allemagne un débat a porté sur les émotions du juge dans le but de façonner un magistrat, homme et bourgeois, ayant une certaine culture de l’émotion (S. Schnädelbach, (2015), “The Jurist as Manager of Emotions: German Debates on Rechtsgefühl in the Late 19th and Early 20th Century as Sites of Negotiating the Juristic Treatment of Emotions”, in: *InterDisciplines: Journal of History and Sociology* 6,2, 47–73). Plus récemment, les neurosciences nous ont fait comprendre que la raison et l’émotion étaient indissociables dans un processus décisionnel. L’importance des émotions a maintenant été reconnue dans la justice alors que traditionnellement les juges étaient invités à s’endurcir et à se tenir à distance de leurs émotions. Ce thème a également trouvé sa place dans la formation des magistrats à l’ENM. Toutefois, le mot d’ordre aujourd’hui est de parvenir à gérer individuellement ses émotions quitte à appeler un numéro vert mis à la disposition des magistrats en cas de grand stress ou à discrètement quitter le tribunal à l’heure de midi pour aller faire une séance de relaxation (ex. fourni par un magistrat). L’émotion judiciaire est collective et objective lorsque les conditions procédurales sont réunies (impartialité, indépendance). Le terme d’émotion, assez évident en apparence, est en réalité complexe. Il s’agit d’un mouvement interne du corps, d’une perception interne, mais il ne doit pas être confondu avec le sentiment, la passion ou les affects. Les émotions ne sont pas universelles contrairement à ce que l’on croit généralement. Elles s’apprennent, enfant, au contact des adultes (*L. Feldman Barrett, How Emotions are Made: The Secret Life of the Brain, Houghton Mifflin Harcourt, 2017*). Aux yeux des anthropologues et des sociologues, certaines émotions existent dans certaines cultures mais pas dans d’autres (par exemples, la joie honteuse en Allemagne, la rumination en Chine tandis que la colère est ignorée des Inuits). Les neurosciences évoluent rapidement puisqu’on estime aujourd’hui qu’il n’y a pas de circuit séparé pour telle ou telle émotion et qu’il n’y a même pas de circuit neuronal spécifique pour la raison. Dans une des langues de Bali, il n’y pas de mots distincts pour la raison et l’émotion (cité par E. Feldman Barrett, précit.). L’émotion est le mot que l’on place sur un processus complexe qui implique un affect ressenti (plaisir, déplaisir ; le mot affect peut aussi avoir le sens de sentiment, le terme d’émotion a remplacé celui de passion à l’époque de Descartes), une anticipation (je vois une tache rouge, je pense au symbole du sang que j’ai mémorisé à partir d’expériences précédentes, j’anticipe la présence d’un blessé, enfin je simule la rencontre en me mettant physiquement en mesure de réagir) et enfin une réaction (sidération, fuite, combat, ou retour à la normale si le danger est passé). L’émotion s’inscrit enfin dans un cadre collectif : on exprime des émotions à l’égard des autres – un enfant en danger, se sachant seul, ne crie pas.

On comprend généralement les émotions de l’autre. Même si l’hypothèse des neurones miroirs est discutée, il existe une construction des émotions à partir des circuits neuronaux naturels. On peut parler de synchronisation des émotions entre plusieurs personnes, voire de contagion émotionnelle. L’expression des émotions a un effet performatif (ainsi dans certains cultes funéraires, les pleureuses rendent tristes), on peut alors parler « d’émotifs ». De même, le rituel judiciaire qui jouant sur les émotions peut avoir un effet corporel et contribuer ainsi à la modification des liens juridiques. Il apparaît, en effet, qu’à toutes les époques, mais selon des modalités différentes, les émotions doivent être exprimées par des rites collectifs qui peuvent être judiciaires (au cours de l’antiquité, le rite procédural pouvait consister à calmer la colère

d'un juge v. *Histoire des émotions*, dir. Vigarello, T. 1, 2016). Une des questions d'actualité est d'ailleurs le développement de la procédure numérique voire celle de l'audience en visioconférence, privée en tout ou partie d'aspects rituels. Le nouveau régime de la sensibilité intègre peut-être également la féminisation de la justice. Les courants féministes, notamment américains, prônent en effet une meilleure articulation entre émotion et raison dans un cadre relationnel (V. M. Nussbaum, *L'art d'être juste*, Climat 2015 trad. par S. Chavel de *Poetic Justice, the Literary Imagination and Public Life*).

Il existe de véritables régimes émotionnels qui sont les ensembles constitués des « émotifs » d'une époque et d'une culture données. Un régime émotionnel peut évoluer car la liberté émotionnelle de certains acteurs peut créer de nouveaux « émotifs » (W. Reddy, op. cit., p.159 s.). Un bel exemple de liberté émotionnelle est le cas d'une magistrate à l'exécution des peines qui, enchaînant les audiences, note par des abréviations ses ressentis émotionnels pour pouvoir ensuite prendre sa décision. De nombreuses décisions sont en réalité motivées par des éléments émotionnels (la peur que suscite un délinquant pour les citoyens motive le maintien en détention ; la crainte de violence sur des enfants motive leur placement, etc.). Certes, il ne s'agit pas toujours de décisions comportant un apport juridique susceptible de faire jurisprudence (même lorsqu'il n'y a pas d'apport juridique, un traitement statistique des décisions peut permettre de tirer des enseignements sur le plan factuel, ex. sur le montant des indemnisations ou le niveau des sanctions).

On peut ainsi supposer que nous sommes entrés dans un nouveau régime de l'émotion au sein de la justice. Le régime précédent impliquait de juger à froid, à distance de ses émotions. Le régime émotionnel de la révolution française a été celui du sentimentalisme authentique et il a contribué à la terreur : si l'authenticité des sentiments d'un citoyen à l'égard de la révolution était mise en défaut, il pouvait être guillotiné. En réaction, le régime émotionnel qui s'est mis en place depuis le début du 19^e siècle a impliqué une certaine modération et une mise à distance des émotions tout en promouvant une raison toute puissante (liée au développement du positivisme scientifique).

Pour autant, la prise en compte de l'émotion dans le raisonnement judiciaire comporte un risque d'inégalité entre les justiciables, ce que l'on peut appeler un jugement à l'émotion ou en équité (ex. le fameux juge Magnaud). Il faut alors distinguer entre le réalisme affectif (expression de Feldman Barret, précit.) et le processus émotionnel décrit ci-dessus. Un jugement affecté par le « réalisme affectif » est celui qui a été rédigé par un juge s'étant laissé aveugler par les émotions des autres et par ses propres préférences. Le travail du juge sur lui-même est un travail plus émotionnel que rationnel pour éviter ce « réalisme affectif ». Le travail de la raison correspond au moment de la décision et à celui de l'élaboration de la motivation. Mais un juge qui a faim peut confondre ce déplaisir avec le désagrément que lui procure une partie. Une enquête réalisée en Israël en 2010 auprès de juges chargés des libérations conditionnelles, a montré qu'avant l'heure du déjeuner, ils libéraient moins que l'après-midi. Où était l'erreur ? Ils interprétaient leur déplaisir provenant de leur envie de manger comme étant une mauvaise impression des détenus et pensaient qu'ils risquaient d'être dangereux (Feldman Barret, précit. V. son chapitre sur le droit). Le réalisme affectif peut aussi provenir

des traumatismes personnels du juge. On peut prendre l'exemple d'un juge aux affaires familiales qui aurait eu un père abuseur et qui croirait voir chez tous les pères qu'il rencontre dans son cabinet des abuseurs. Il s'agit d'éviter le jugement « à l'émotion ». L'erreur appelée « réalisme affectif » peut provenir aussi des pressions extérieures notamment managériale, médiatique et politique car le processus émotionnel est, on l'a vu, culturel et collectif.

Ainsi, les émotions des juges ne sont pas seulement individuelles mais collectives, elles s'expriment non seulement dans des collèges de juges mais, au-delà, au sein d'une juridiction et de la culture de la profession. La recherche de la qualité des décisions doit passer par l'amélioration des relations entre le ministère et les tribunaux et entre les différents gens de justice (avocats, greffiers, magistrats) comme l'a montré notamment l'étude menée par notre laboratoire (avec Ch. Boillot, *La qualité dans la mesure de la performance judiciaire*, IRJS, 2015 et avec L. Veyre, *Institutions juridictionnelles, vers un principe de coordination en matière d'administration de la justice*, PUF 2021) tout en tenant compte du fait que les émotions du juge sont collectives et objectives lorsque le cadre processuel est bien en place. Cela signifie que, si les conditions d'indépendance, d'impartialité et de contradiction sont réunies, tout juge placé dans la même situation devrait juger sensiblement la même chose (abstraction faite du réalisme affectif impliquant une grande vigilance). On peut donc imaginer que la motivation pourrait intégrer des éléments émotionnels du type « il est à craindre que ... » ou l'usage d'adverbe « dangereusement » ou de standard « non conforme au comportement de la personne raisonnable ». Or, il me semble que si les conditions sont réunies il peut exister une objectivité du jugement mêlant raison et émotion susceptible d'être pris en compte dans d'autres affaires. Il faut noter cependant que les jugements mettant en œuvre des standards (intérêt de l'enfant, dangerosité, personne raisonnable, etc.) supposant de prendre en compte des émotions ne sont pas ceux qui comportent le plus grand apport juridique.

Comment peut-on évaluer la part de la pratique et de la doctrine dans cette éventuelle évolution ?

La « doctrine » est partie prenante de ce débat sur la jurisprudence puisque son rôle en dépend, donc, il est bien difficile, en tant que membre de la doctrine, d'être impartial dans les réponses. Ce d'autant plus qu'à l'origine romaine, le terme de jurisprudence désignait toutes les positions d'autorité et donc celles des jurisconsultes également (ancêtres des auteurs de la doctrine).

La part de la doctrine n'a pas été négligeable. La génération anti formaliste et anti exégétique (Geny, Saleilles, Beudant, etc.) a permis de redonner à la jurisprudence toute sa portée (qu'elle n'avait pas perdu en pratique pour les auteurs du 19^e siècle) mais elle n'a pas forcément eu d'influence sur le quotidien des juges. L'évidence actuelle que le juge crée le droit pour la doctrine ne l'est pas pour les juges.

Les générations d'auteurs suivantes ont continué à donner toute leur importance au commentaire d'arrêt dans leur travail d'auteur et de pédagogue. On se pose aujourd'hui des questions sur notre mission. Synthétiser le droit et l'organiser passent par des manuels plus

peut-être que par des commentaires d'arrêt. Beaucoup de chroniques aujourd'hui font des analyses fort succinctes de jurisprudence. Il est certain que l'open data transforme le rôle de la doctrine voire la remet en cause. On parle d'open data des décisions et non de la doctrine correspondante exposée sur les sites des éditeurs commerciaux (sans possibilité de recherche unifiée). L'idéal serait que l'on ait accès à la fois à la jurisprudence et à la doctrine par des hyperliens. Sinon, le risque est une rupture entre la jurisprudence et la doctrine comme cela existe en *common law* qui conduirait peut-être la doctrine universitaire française à se concentrer sur les humanités juridiques et numériques (droit et littérature, droit et cinéma, etc.) plus que sur la jurisprudence. Ceci dit les humanités numériques et juridiques permettent de mener une réflexion sur les émotions voire l'imaginaire dans la jurisprudence. Il conviendrait certainement que la doctrine joue un rôle dans la hiérarchisation des jugements des juges du fond du point de vue de leur apport juridique afin de permettre aux parties de s'y retrouver dans le magma des décisions qui vont être progressivement accessible par l'open data.

La pratique judiciaire des avocats joue aussi un important rôle puisqu'ils citent fréquemment les décisions des tribunaux devant lesquels ils plaident, ils considèrent donc comme étant de la jurisprudence les décisions de première instance et d'appel.

La pratique des juges elle-même contribue à générer des jurisprudences concrètes à travers les listes de diffusion dans chaque spécialité (article L. Veyre, « Les listes de discussion entre magistrats : vers une nouvelle forme de création et d'unification de la jurisprudence », *JCP G* 2017, étude 783, p. 1336), des groupes de travail dans certaines juridictions pour unifier la jurisprudence locale (ex. une expérience menée à Bordeaux sous la direction de Mme Conte, entretien dans le cadre d'une recherche sur la qualité dans la mesure de la performance judiciaire, précit.) et l'évolution relativement récente du travail de la Cour de cassation qui s'appuie beaucoup plus qu'avant sur les arrêts d'appel pertinents. On pourrait peut-être imaginer que les juges du fond mettent des lettres à leur jugement comme le fait la Cour de cassation en distinguant ceux qui, selon eux, ont un apport juridique de ceux qui pourraient simplement avoir un apport factuel (utile pour les statistiques). Ce premier tri aiderait la doctrine et sans doute aussi les legaltechs à faire un traitement de masse des décisions.

L'augmentation de la diffusion des décisions des juges du fond pourrait-elle subvertir la notion actuelle de jurisprudence ? À tout le moins, vous semble-t-elle de nature à accroître la vocation jurisprudentielle des décisions des juges du fond et, en ces cas, dans quelle mesure ?

La règle du précédent rigide qui existe en *common law* (elle s'explique notamment par l'absence de code), ne devrait pas s'appliquer, me semble-t-il, tel quel dans le système français. Il n'est pas toujours certain que la première affaire rendue dans une nouvelle matière soit suffisamment claire pour établir une jurisprudence. Une maturation de la solution d'un problème juridique dans plusieurs affaires et plusieurs niveaux de procédure est nécessaire. Une résistance doit toujours être possible pour affiner encore une solution quand il y a un doute (voir la jurisprudence sur la concentration des moyens précit.).

La jurisprudence dite constante s'impose la plupart du temps car le juge sait qu'un jugement contraire sera remis en cause en appel ou en cassation. Une forme de règle du précédent souple s'applique donc. Un avocat, dans son activité, réunit des jugements d'un même tribunal ou d'une même chambre pour pouvoir obtenir un jugement identique dans son affaire ; il le fait en appel avec les arrêts de la cour. La solution paraît différente en contentieux administratif où les décisions du Conseil d'État sont très respectées par les juges du fond (il faut souligner que les magistrats administratifs sont soumis au Conseil d'État pour la gestion de leur de carrière). Or, certains juges du fond administratifs s'en plaignent et il n'est pas certain que cela soit favorable à l'évolution et à la maturation jurisprudentielle.

Il existe donc une circularité entre la règle écrite et le jugement. Contrairement à la théorie réaliste de l'interprétation (qui a certes un grand intérêt au plan constitutionnel, v. Troper), il paraît possible d'affirmer que les normes préexistent à l'interprétation qu'en donne le juge particulièrement lorsqu'elles sont claires mais que le droit peut aussi être généré sans texte préalable en cours de procédure. De plus, contrairement à la théorie nanterroise, le juge ne donne pas une interprétation sous la contrainte de divers faits (notamment de rapports de pouvoir entre cours v. M. Troper, V. Champeil-Desplats et Ch. Grzegorzczak, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant LGDJ, 2005) mais plutôt sous la contrainte d'un réseau de liens de droit dans lequel il s'inscrit notamment ses liens judiciaires avec sa cour d'appel et la Cour de cassation et ses liens de service public (concernant sa carrière) avec son président de juridiction, le premier président de la cour d'appel compétente et le ministère de la Justice. Il peut ainsi engager la responsabilité de l'État s'il est à l'origine d'un dysfonctionnement du service public de la justice.

La doctrine du précédent qui existe en *common law* (*stare decisis*) implique que la décision de la plus haute cour s'impose à la plus basse, et aussi qu'un précédent rendu par une cour s'impose à elle-même et qu'elle ne peut pas en changer. La solution est rigide et crée des incertitudes puisque la première affaire à se prononcer sur une nouvelle situation n'est pas forcément la plus adaptée. Le système de précédent souple à la française permet de tenir compte des nouvelles évolutions factuelles susceptibles de modifier une jurisprudence constante dès la première instance, de ne pas enfermer les solutions dans des arrêts complexes et incertains (exemple jurisprudence *Natwest c. Morgan* en Angleterre 7 March 1985 UKHL 2 AC 686[1985] 1 All ER 82 sur l'abus de faiblesse en matière bancaire). Ceci dit, la Cour suprême des États-Unis est parfois revenue sur ses précédents (plus de 200 fois dans son histoire). Ainsi, dans le système français, la dernière jurisprudence tient lieu de précédent et non la première jurisprudence comme en *common law* (où certains arrêts anciens peuvent aussi tomber dans l'oubli).

La règle stricte du précédent présente des avantages de prévisibilité et d'égalité entre les justiciables mais manque de souplesse et pose des difficultés de mise en œuvre. Comment déterminer qu'une affaire est similaire à celle qui a déjà été jugée par l'arrêt de principe alors qu'il y a toujours des différences entre des faits ? Il se peut aussi que la première décision sur une question donnée ne soit pas satisfaisante soit parce que les faits de l'affaire ne permettaient pas d'être plus clair soit parce que la solution n'était pas encore mûre. Le *common law* est embarrassé avec ce genre de questions depuis des siècles (ex. F. Schauer, « Precedent » 2011,

accessible en ligne SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1836384> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1836384>) et ne représente pas forcément un modèle que l'on peut utilement acculturer en France (v. aussi J-Y. Pourret, *Les systèmes de jurisprudence : étude comparative des conditions d'élaboration de la jurisprudence en droits anglais et français* [Ressource électronique]. Thèse Saint-Etienne, 2005). La règle verticale du précédent s'applique déjà en France puisqu'en cas de second renvoi à une cour d'appel la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation l'emporte. Dans le sens horizontal, la Cour de cassation cite maintenant ses propres arrêts sans être véritablement liée par eux (ni par un avis). Certes, elle se tiendra le plus possible à ses jurisprudences constantes pour des raisons de prévisibilité mais peut opérer un revirement lorsque les changements de circonstances (juridiques et factuelles) l'y conduisent.

Pour autant, il est important de souligner qu'il existe une exigence de cohérence au sein de chaque juridiction et une sorte de « jurisprudence concrète » imposant de juger de manière similaire des cas similaires. Il se peut en effet que cette jurisprudence concrète se développe avec l'open data. Les avocats sont tentés de citer tous les jugements qui leur sont favorables au sein de la juridiction saisie ainsi que dans d'autres juridictions équivalentes.

Une régularité ou une majorité peut ainsi être dégagée parmi les différents jugements sur un même type d'affaire, ce qui pourrait obliger un juge à davantage motiver une décision qui s'éloigne de cette majorité. Là encore se pose la question de ce qu'est une décision similaire mais aussi celle du nombre de décisions que l'on peut évoquer. Une approche souple du précédent impliquant qu'une jurisprudence établie n'est pas strictement obligatoire mais s'impose si cela paraît pertinent (on est proche du raisonnement par analogie) permet d'échapper aux difficultés soulevées par le critère de la similarité lorsque la règle du précédent est rigide. Par ailleurs, au Canada le nombre de décisions auxquelles un avocat peut se référer est limité à quelques-uns.

La jurisprudence est le droit tiré des cas et donc d'un litige surgi au sein d'un ou plusieurs rapports de droit privé. Il ne faut pas retenir une règle du précédent trop rigide car cela limiterait les expériences, et donc les confrontations aux rapports de droit privé en cause. Un référé sur de nouveaux faits peut faire jurisprudence surtout s'il n'y a pas de recours et d'infirmité. Il ne s'agit pas seulement de motivations qui auraient une force de chose interprétée, mais de droit dit dans son contexte.

Le pouvoir souverain des juges du fond porte sur les faits mais aussi sur des notions de droit que la Cour de cassation décide de contrôler voire de ne pas contrôler, par exemple l'urgence en matière de référé, l'intérêt supérieur de l'enfant, la dangerosité, etc. Il s'agit souvent de standards. Sans doute qu'au début du XIX^e siècle, un partage du pouvoir judiciaire a été opéré entre les anciens parlements devenus cours d'appel et la Cour de cassation. Pour empêcher l'open data de rigidifier la jurisprudence, un travail de la doctrine sur des séries de jugements et d'arrêts pourrait être nécessaire, des commentaires d'arrêts au pluriel, et donc des commentaires de davantage de jurisprudence du fond. C'était déjà le travail des remarquables ateliers Jurisdata.

Cette évolution pourrait-elle/devrait-elle impliquer une modification du type d'argumentation développé par les parties, une modification de leurs modes de communication, en ce compris la rédaction de leurs écritures, une modification de l'office des juges du fond (possibilité de citer un précédent, obligation de motiver davantage une décision qui s'écarterait d'un précédent par exemple, admission des opinions divergentes ou dissidentes, etc.) ? En contrepoint, quelle pourrait être l'évolution du rôle de la Cour de cassation ?

Selon l'article 12 CPC, le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Selon une thèse de Rennes sur le syllogisme judiciaire (K. Castanier, précit.), la jurisprudence devrait faire partie des règles de droit applicables au sens de l'article 12. Le terme de règle est interprété de manière large dans cet article comprenant les normes issues de lois, règlements, principes généraux du droit voire les conventions collectives mais il ne comprend pas les circulaires (ce qui est peut-être contestable), la jurisprudence (contrairement au Code de procédure civile brésilien par exemple et contrairement à la solution de la *common law*) et les normes contractuelles (les contrats sont considérés comme des faits qu'il convient de ne pas dénaturer dans la méthodologie judiciaire traditionnelle). Cependant, les règles applicables le sont en fonction de leur interprétation par la jurisprudence et, à ce titre, la jurisprudence peut être citée dans la motivation comme le fait la Cour de cassation. De plus, un principe général du droit est une norme issue de la jurisprudence auquel le juge peut se référer comme règle applicable.

On pourrait imaginer à l'avenir qu'une jurisprudence constante pouvant prendre la forme d'une norme générale et impersonnelle soit citée comme telle par les juges du fond comme le fait la Cour de cassation. La solution me paraît dangereuse car elle implique de considérer qu'une jurisprudence constante s'impose aux autres juges et donc que l'on bascule d'une règle souple du précédent à une règle rigide avec tous ses défauts. Le risque serait aussi de générer des arrêts de règlements et de devoir définir ce qu'est la similarité entre deux affaires pour déterminer si la norme jurisprudentielle s'impose. L'égalité de traitement entre justiciables conduit à faire une comparaison entre rapports de droit privés et peut conduire à appliquer la même norme jurisprudentielle après une analyse fine (rationnellement et émotionnellement) du cas. Il vaut mieux conserver une approche souple du précédent pour ne pas générer des difficultés qui rigidifieraient le droit.

La Cour de cassation en citant sa propre jurisprudence rappelle une jurisprudence constante voire fait évoluer sa jurisprudence comme si elle incluait dans la règle applicable de l'article 12 les solutions prétoriennes. Dans cette optique, il pourrait ne plus être exigé que la Cour de cassation cite un texte de loi ou de règlements comme source du droit. Cependant, puisqu'il n'existe pas véritablement de lacune en droit, il me paraît toujours possible voire nécessaire du point de vue méthodologique de citer les règles préétablies avant de les interpréter voir de créer une nouvelle norme (ce que fait la CEDH et la CJE) en recherchant le meilleur

équilibre au sein d'un rapport de droit. Ceci dit la Cour de cassation doit toujours pouvoir revenir sur les jurisprudences mêmes bien établies. Il faut noter d'ailleurs que dans beaucoup de domaines on peut observer des mouvements de balancier : ainsi en procédure civile, une jurisprudence souple peut générer des comportements abusifs ce qui peut conduire, en réaction, à une jurisprudence rigide qui elle-même peut apparaître ensuite comme sclérosante si bien que l'on desserre l'étreinte (par ex., le débat et la jurisprudence sur la concentration des demandes dans une même instance).

Cela n'empêche pas les juges du fond d'avoir un rôle important à jouer en matière juridique en posant des jalons pouvant conduire à une jurisprudence constante. Ainsi, le développement du principe de proportionnalité *in concreto* implique que les juges du fond fassent un contrôle approfondi notamment après renvoi de la Cour de cassation.

Pour éviter de parvenir à des arrêts de règlement (toujours prohibés par l'article 5 CC), il convient de continuer d'affirmer que la prise en compte de la force normative d'une jurisprudence n'est pas obligatoire, que la Cour de cassation peut modifier sa jurisprudence (et citer sa propre jurisprudence) et que les juges du fond peuvent résister. Considérer qu'une norme issue de la jurisprudence est générale et abstraite nous amènerait à une situation proche de l'arrêt de règlement et donc à un conflit entre les trois pouvoirs.

Sur les opinions dissidentes, il convient également d'être assez prudent en tenant compte de la différence de système entre le *common law* et le *civil law* et même entre les jurisprudences européennes et nationales. Dès lors que le juge est élu ou nommé après 40 ans pour ses qualités et son expérience, il peut légitimement exposer des opinions divergentes. Ce n'est pas le cas des juges du fond en France nommés surtout pour leur qualité juridique et pas encore pour leur expérience dès l'âge de 23-25 ans. L'unanimité apparente de la décision permet de renforcer sa légitimité. Il est vrai que le développement des situations de juge unique diminue l'importance de la décision collective. Cependant, pour le référé, le juge unique est en pratique un juge expérimenté qui fait généralement autorité (souvent le président de la juridiction lui-même). Pour les autres situations de juge unique, on ne peut guère parler de jurisprudence dans le sens d'un apport au droit (décisions des JAF, du juge à l'exécution, etc.). En revanche, on pourrait davantage personnaliser les décisions de la Cour de cassation puisque les conseillers sont des juges expérimentés. Dans ce cas des opinions dissidentes pourraient être utiles pour « ouvrir le champ des possibles » et générer du droit potentiel. Cette nouveauté est prévue par le rapport « Cour de cassation 2030 » sous réserve de l'anonymat du conseiller ayant une opinion dissidente. Au premier abord, on peut estimer que le conseiller restant anonyme n'assume pas sa position mais la solution inverse conduit à un risque de personnalisation des juges qui n'est peut-être pas souhaitable (en raison des pressions qu'il pourrait subir et du changement de culture judiciaire que cela implique).

La jurisprudence est une œuvre collective s'inscrivant dans une cohérence d'ensemble que la doctrine peut contribuer à faire émerger. L'image du roman écrit à plusieurs mains de Dworkin (*chain novel*) n'implique pas seulement les juges mais aussi tous les gens de justice et la doctrine (Law's Empire, Fontana Press, London, 1986, p. 228 s.).

Au-delà de la règle du précédent, une bonne coordination est nécessaire pour parvenir à une jurisprudence équilibrée. Ainsi, il importe que les juges qui ont rendu une décision donnant lieu à un recours en appel ou en cassation puissent prendre connaissance des solutions apportées par ces cours supérieures. Or, un juge ne reçoit pas toujours les décisions en personne quand il a changé de position professionnelle, ce qu'il fait en moyenne tous les trois ans. Il y a, me semble-t-il, un besoin de suivi et de coordination pour améliorer la qualité des décisions.

La justice dite prédictive pourrait avoir un effet sur la jurisprudence. À partir de grandes bases de données, elle peut déterminer les grandes tendances de la jurisprudence et les montants attribués dans tel ou tel type d'affaires. On sait que ces algorithmes sont tournés vers le passé et ne permettent pas de prévoir un changement de jurisprudence mais des tendances en fonction du droit existant. Ainsi, la jurisprudence concrète ou locale peut être mieux connue et donc mieux utilisée. Elle cesse d'ailleurs d'être locale. Elle est susceptible d'accroître l'égalité entre les justiciables et l'homogénéité des décisions. Elle peut permettre d'éviter les biais cognitifs et émotionnels (appelés réalisme émotionnel v. ci-dessus) car un juge informé des autres solutions dans des dossiers similaires au sien peut être amené à se demander si son approche de l'affaire est suffisamment objective. Il est plus aisé de repérer des disparités importantes et sans grande justification entre de grands ensembles de décisions. Des commentateurs craignent que le juge qui ne souhaite pas suivre les tendances majoritaires soit obligé de s'en justifier fortement. Il me semble que, de toute façon, il doit motiver sa décision de manière convaincante ; il n'est pas pour autant tenu par la jurisprudence ou les grandes tendances jurisprudentielles. Quoiqu'il en soit cette justice dite prédictive est beaucoup plus quantitative que qualitative et ne peut guère pour le moment opérer des analyses fines des jugements et des rapports de droit en cause sans parler d'un véritable commentaire. Il s'agit d'un outil d'aide à la décision qui ne devrait pas forcément modifier les principes en place concernant les jurisprudences constantes et leur force de précédent sauf en ce qui concerne la jurisprudence dite locale.

Il s'agit enfin de parvenir à ce que la jurisprudence génère un sentiment de justice afin de contribuer à la transformation des rapports de droit privé en cause, ce qui suppose en particulier une bonne écoute et une motivation convaincante (J-F. Roberge, « Le sentiment de justice. Un concept pertinent pour évaluer la qualité du règlement des différends en ligne ? », *Rev. Jur. Sorb.*, n°1 2020, p. 5.) pouvant se référer à d'autres affaires.

Conclusion, résumé et ouverture :

Le droit n'est pas dans la règle, la règle vient du droit. Mais alors qu'est-ce que le droit ? La solution d'un problème concernant la relation entre deux entités, le plus souvent entre deux humains. Chacun défend une position incompatible avec celle de l'autre. Cette solution peut être dégagée par la prudence (phronésis) d'un tiers. Cette prudence n'est pas synonyme de précaution ou de vertu, dans son sens originel (chez Aristote et avant chez Héraclite) mais comme intelligence sensible, bienveillante, cherchant les limites et l'équilibre. Pour Zénati rappelant la tradition romaine, le droit doit être trouvé par un prudent dans la nature des choses

et notamment dans les relations humaines. Le droit est révélé par le prudent comme un équilibre caché dans la nature et dans les relations (op. cit., p. 150). Or, la relation humaine n'existe pas en soi, biologiquement. En tant que néotène (né prématuré) l'espèce humaine a besoin de tout réapprendre et de tout reconstruire, nager, marcher, parler et même se lier. Le rapport de droit est le nom de cette reconstruction du lien humain qui n'existe pas sans acte de langage et sans symbole (et rituel). Le rapport de droit est un dispositif langagier et symbolique (pour mobiliser le corps et l'esprit) qui rend durable les contacts entre humains. Dès lors, le prudent dégage le droit c'est-à-dire l'équilibre de ce rapport de droit litigieux. Il le fait par ses émotions et sa raison en écoutant les positions des deux parties et en retenant ce qui est le plus convaincant (Perelman) tout en s'aidant de règles de droit préexistantes. En effet, il le fait aussi en mettant en œuvre des règles écrites préalablement à sa saisine mais le travail du juge n'est pas fondamentalement d'appliquer des règles. Il s'agit d'une erreur de perspective liée au légicentrisme devenu régulocentrisme de notre système de droit. Le mouvement historique est que des solutions juridiques sont dégagées dans des affaires qui font jurisprudence et qui parfois sont consacrées dans des lois sous forme de règle.

Contrairement à F. Zénati, je ne pense que l'on puisse encore dire comme les romains que la solution d'un litige doit être trouvée dans la nature des choses et particulièrement dans les relations humaines comme si elles préexistaient au droit. La philosophie moderne et contemporaine nous invite à penser le monde comme un construit et en particulier les rapports humains sous forme de rapports de droit privé (Savigny influencé par Kant, plus récemment Achterberg). Il y a litige dans un rapport de droit quand il se trouve déséquilibré et qu'une partie se trouve en situation de dépendance ou plus généralement de difficulté l'empêchant de maintenir ce rapport. Ainsi un lien contractuel dans lequel une partie livre la chose mais n'est pas payée devient déséquilibré ; si l'exécution ne peut être obtenue volontairement, elle devra donner lieu à une exécution forcée.

Dans cette optique, la jurisprudence judiciaire est l'ensemble des décisions qui disent le droit (*juris dictio*) en ce qu'elles révèlent au sein des rapports de droit privé l'équilibre et les limites à trouver. Jusqu'à récemment la jurisprudence connue était celle publiée par la Cour de cassation. Quelques jugements et arrêts de juge du fond pouvaient circuler à l'intérieur d'une juridiction sous forme de jurisprudence locale ou concrète (Serverin écrit de ce point de vue : « le simple accès à la connaissance d'une masse importante de décisions du fond ne suffira pas à dissoudre la jurisprudence dans le précédent, en créant des jurisprudences locales qui s'imposeraient aux juges, comme le suggérait Edmond Bertrand il y a près d'un demi-siècle. Les parties qui s'aviseraient de soutenir devant une juridiction un droit à bénéficier d'une solution précédemment adoptée dans une affaire semblable risquent fort de se voir opposer l'article 5 du Code civil (interdisant les arrêts de règlement) ... Pour autant, la théorie du précédent est porteuse d'une *promesse d'égalité de traitement* qui correspond à une forte attente des justiciables, et qui pourrait s'inscrire dans la pratique des tribunaux » in « De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, la longue route de l'accès du public aux décisions dématérialisées », APD 2018, T. 60, p. 45). Quels pourraient être les effets de la diffusion massive de toute la jurisprudence des juges du fond en plus de celle de la Cour de cassation ? Il faut partir du principe que la technique n'est jamais neutre et que toute technique modifie les

rapports humains (Ellul notamment qui indique que toute technique apporte son lot d'avantages compensés par autant d'inconvénients voire plus). Donc on ne peut se contenter de répondre que la jurisprudence au sens ici défini sera mieux connue et que les décisions de la Cour de cassation seront mieux informées et plus convaincantes.

En toute logique, si un jugement de première instance répond à une nouvelle question de droit dans une affaire en se conformant aux principes fondamentaux qui garantissent la mise en œuvre de la dialectique entre des positions opposées et que sa motivation est convaincante, ce jugement est susceptible de faire jurisprudence puisqu'il a dégagé le droit au sein d'un rapport de droit. Certes, il conviendra de s'assurer de la qualité procédurale et substantielle de ce jugement avant d'en faire un précédent. Mais si les conditions sont réunies, cela signifie que le droit a bien été révélé de manière objective et qu'il n'y a donc pas de raison de ne pas le mettre en œuvre dans une affaire similaire mettant en jeu un rapport de droit comparable. Bien sûr on pourrait dire qu'il existe plusieurs bonnes réponses à un même problème juridique. Il est rare qu'un seul jugement suffise à forger une jurisprudence. Le droit s'extrait lentement des rapports de droit privé sinon il n'y aurait pas de litige au sens d'une incompatibilité entre deux positions. Il faut donc souvent plusieurs jugements dans plusieurs tribunaux voire plusieurs arrêts d'appel avant de parvenir à une jurisprudence au sens du droit équilibré et délimité dégagé à partir d'un rapport de droit privé. Il importe aussi que des commentateurs et des praticiens s'emparent de cette jurisprudence pour l'appliquer à des cas similaires.

Que voit-on émerger ? Si l'on suppose qu'une jurisprudence a besoin d'affinements et de maturation, la Cour de cassation aura toujours pour rôle de dégager parmi des jurisprudences contradictoires celle qui doit l'emporter et ainsi d'unifier la jurisprudence. Mais le système de recours (appel puis cassation) est aussi un filtrage de la connaissance de la jurisprudence. La diffusion massive de tous les jugements de fond est susceptible de remplacer cette fonction de connaissance et de filtrage. Si l'analyse de millions de jugements permet de dégager des lignes jurisprudentielles fiables, on pourrait imaginer que le rôle de la Cour de cassation se réduise du point de vue jurisprudentiel (je ne parle pas de son rôle disciplinaire) ou bien au contraire n'augmente puisque les contradictions de jurisprudence seraient rapidement et massivement décelées. Aujourd'hui la Cour de cassation résout une affaire en analysant quelques arrêts de cours d'appel (alors qu'il y a encore dix ans elle se fondait surtout sur sa propre jurisprudence) parfois quelques dizaines qui eux-mêmes ont fait le tri de quelques dizaines ou centaines de jugements. Demain l'accès à cette jurisprudence des juges du fond qui ne sera plus ni locale ni concrète par les avocats et la doctrine pourrait conduire la Cour de cassation à traiter de ces centaines de décisions, à moins de faire comme au Canada et de limiter drastiquement le nombre de décisions que l'on peut citer. On peut aussi penser qu'avec l'aide de ce que l'on appelle l'intelligence artificielle, les praticiens parviennent à dégager statistiquement la solution qui l'emporte, pas seulement quantitativement ce qui ne donne pas de garantie mais aussi qualitativement en tenant compte d'indicateurs comme le nombre de recours (et de confirmation) et le taux d'exécution. On pourrait imaginer alors que le nombre de pourvois diminue car une meilleure connaissance de la jurisprudence conduirait les parties à ne pas faire de recours ou à transiger. Ceci dit, le droit dégagé par la jurisprudence sollicitant comme on l'a vu l'intuition, l'émotion, la « prudence » (au sens d'Aristote) et la raison du juge ne peut être

analysé pleinement qu'en mobilisant ces différentes formes d'intelligence, ce qu'est très loin de pouvoir faire l'intelligence artificielle si tant qu'elle le puisse un jour (on peut d'ailleurs imaginer que l'analyse algorithmique des bases de données fasse émerger des apparences de jurisprudences constantes complètement aberrantes, la reconnaissance de situations ou rapports de droit similaires pouvant s'avérer difficile à modéliser).

Mais le raisonnement ne s'arrête pas là. Si l'on part de la définition de la jurisprudence retenue, il n'y aurait pas de raison de ne pas retenir une solution nouvelle rendue dans un pays étranger. Déjà en *common law*, les avocats n'hésitent pas à invoquer des jugements rendus dans d'autres pays. La connaissance universelle des jugements permettrait de déceler très rapidement une jurisprudence constante (rappelons qu'une jurisprudence constante n'a pas toujours besoin d'être réitérée, une seule peut suffire si elle parvient à trouver l'équilibre dans un rapport de droit litigieux) sans avoir à la réitérer dans d'autres pays. Imaginons un open data mondial des décisions judiciaires (ce qui n'est pas très difficile, les problèmes de traduction étant de plus en plus résolus par des sites ayant recours à l'intelligence artificielle). Le travail d'analyse étant fait à l'aide de l'IA et par de nombreux praticiens et auteurs, une jurisprudence d'avant-garde pourrait être reproduite dans le monde entier en un temps réduit. Il est vrai que la maturation des décisions et la force des cultures judiciaires ralentiraient sans doute et heureusement le processus. Des contradictions mondiales seraient d'ailleurs maintenues (par exemple sur les mères porteuses) sans que cela pose de problème puisqu'il importerait surtout que la jurisprudence soit unifiée dans chaque pays. Il n'empêche que si l'on prend au sérieux le terme de jurisprudence, il serait de plus en plus difficile de maintenant des solutions qui ne soit pas convaincantes procéduralement et substantiellement. On peut donc imaginer soit qu'apparaisse une cour suprême mondiale pour unifier la jurisprudence soit que l'analyse des jurisprudences aboutisse mécaniquement (sans recours à une instance supérieure) à une unification de la jurisprudence. C'est donc la technique qui jouerait le rôle d'unification de la jurisprudence et prendrait la place des différentes cours suprêmes dont la Cour de cassation. Certes, les règles de droit sont différentes d'un pays à l'autre et tous les États ne respectent pas le principe de primauté du droit sur les institutions mais si l'on part, comme je le suggère, d'une définition du droit comme l'équilibre révélé d'un rapport juridique alors le jugement qui correspondrait à cette définition pourrait constituer un précédent quel que soit son pays d'origine. Dans une vision plus transitoire, on peut imaginer que cette unification technique de la jurisprudence ait lieu à un niveau régional (en Europe par exemple) ou par pays ayant un développement similaire (par ex. les pays dits occidentaux). Si l'on va jusqu'au bout des conséquences, on doit admettre que la notion d'État comme synonyme d'ordre juridique (au sens kelsénien) perdrait de son sens puisqu'il existerait un ordre juridique unique et mondial ou à tout le moins régional ou à plusieurs vitesses.

Un autre scénario envisageable est que le développement de la procédure numérique ne rende plus nécessaire d'avoir des tribunaux dans tous les territoires et qu'il n'y ait plus qu'un tribunal judiciaire pour toute la France ayant une jurisprudence unifiée et hiérarchisée comme la Cour de cassation avec des jugements publiés et des jugements d'espèce.

De l'incidence des principes de diffusion des décisions judiciaires du fond
sur le périmètre de la jurisprudence

Évelyne SERVERIN

Directrice de recherche émérite au CNRS

Janvier 2022

BULLETIN SPÉCIAL
DES
DÉCISIONS DES JUGES DE PAIX



INTRODUCTION.

Réalisant la promesse que nous avons faite à nos abonnés, nous commençons aujourd'hui la publication du BULLETIN SPÉCIAL *des décisions des juges de paix et des tribunaux de simple police*, publication que nous avons annoncée dans les ANNALES, cahiers de novembre et décembre 1858, et que nous continuerons mensuellement, car la majorité de MM. les JUGES DE PAIX, SUPPLÉANTS et GREFFIERS ont promis de nous prêter leur concours en nous transmettant toutes les décisions qui leur paraîtront susceptibles de trouver place dans le nouveau recueil.

Il ne nous paraît point hors de propos de rappeler ici ce que nous disions, en faisant connaître la détermination que nous avons prise de créer, pour MM. les JUGES DE PAIX, SUPPLÉANTS et GREFFIERS, un recueil analogue à celui que possèdent la Cour suprême et les Cours impériales, pour en démontrer l'incontestable utilité.

« Un grand nombre d'abonnés aux *Annales*, avons-nous dit, nous en-voient fréquemment des jugements en *matière civile ou de police*, soit pour « en obtenir l'insertion, soit pour avoir notre avis sur le mérite des décisions « qu'ils contiennent.

« Nous avons, à plusieurs reprises, exprimé le regret que nous éprouvions « de ne pouvoir que très-exceptionnellement leur ouvrir les colonnes des « *Annales des justices de paix*, recueil qui, en le conçoit, ne doit, en général, « enregistrer que les arrêts de la Cour de cassation et des Cours souveraines, « les seules qui aient assez d'autorité pour fixer la jurisprudence.

« Cependant, soit comme juges civils, soit comme présidents des tribunaux « de simple police, MM. les juges de paix sont fréquemment appelés à tran-cher des questions délicates et difficiles, parmi lesquelles un bien petit « nombre subissent l'épreuve du second degré de juridiction.

« En outre, on sait qu'en matière civile, les pourvois en cassation, que « l'excès de pouvoir rend d'ailleurs seul possibles, sont excessivement rares, « et qu'en matière criminelle, cette voie de recours, autorisée à l'égard des « seuls jugements en dernier ressort, n'est employée que par exception. Il en « résulte que la plupart de ces décisions, parmi lesquelles un certain nombre « ont une valeur juridique incontestable, restent, sans profit aucun pour la « science, ensevelies dans les cartons des greffes.

« Les regrets que nous avons manifestés n'avaient donc pas uniquement « pour cause l'impossibilité où nous nous trouvions d'accéder à un désir que

« nous eussions été heureux de pouvoir satisfaire; ils nous étaient inspirés
 « aussi par cette considération qu'il y aurait utilité évidente à porter à la con-
 « naissance de nos lecteurs celles de ces décisions dont on ne pourrait con-
 « tester le mérite, soit au point de vue pratique, soit au point de vue doc-
 « trinal.

« Nous nous sommes mis à la recherche d'une combinaison qui, tout en
 « conservant aux *Annales* le caractère que nous avons entendu imprimer à
 « ce recueil, nous permit de répondre convenablement aux besoins que nous
 « venons de signaler, et nous croyons avoir trouvé cette combinaison que
 « nous mettons en pratique par la publication du BULLETIN SPÉCIAL.

« Nous espérons que, s'associant à une pensée que nous croyons féconde
 « en bons résultats, MM. les JUGES DE PAIX, SUPPLÉANTS et GREFFIERS
 « voudront bien nous seconder et nous faire parvenir leurs adhésions en
 « souscrivant à un recueil qui sera l'œuvre de tous et qui, bien que distinct
 « des ANNALES DES JUSTICES DE PAIX, en deviendra comme l'annexe et le
 « complément.

« Nous les prions, non moins instamment, de nous faire parvenir *franco*
 « tous ceux des *jugements civils* et *de police* qui leur paraîtront présenter, au
 « point de vue pratique, un intérêt général.

« Ces jugements seront l'objet d'un examen approfondi; nous ferons
 « suivre de quelques observations le texte de ceux qui en seront suscep-
 « tibles, et, à l'aide des ANNALES DES JUSTICES DE PAIX, nous les rattache-
 « rons, quand il y aura lieu, aux monuments de jurisprudence et de doctrine
 « qui continueront, comme par le passé, de trouver place dans ce recueil.»

Les décisions en matière civile et de police qui figurent dans ce premier
 numéro du BULLETIN SPÉCIAL présentent toutes, bien qu'à des titres divers,
 un certain intérêt, et méritent d'être connues. On remarquera qu'elles ont été,
 de notre part, l'objet d'un examen sérieux et approfondi, et que, fidèles à
 notre promesse, nous les avons fait suivre des réflexions qu'elles nous ont
 suggérées.

Nous avons conservé à chacun des jugements et nous conserverons tou-
 jours religieusement à ceux auxquels nous donnerons la publicité leur phy-
 sionomie particulière. Notre premier soin, on le conçoit, doit être de res-
 pecter les textes, et, si quelque rectification pouvait nous sembler permise,
 ce ne serait qu'autant qu'elle nous aurait été formellement demandée ou
 qu'elle porterait exclusivement sur des imperfections de style involontaires,
 ou sur quelque erreur matérielle, échappées à la plume du rédacteur ou du
 copiste.

Le BULLETIN SPÉCIAL DES DÉCISIONS DES JUGES DE PAIX, tel est notre
 intime conviction et celle d'un grand nombre de nos lecteurs, est une œuvre
 d'avenir, car il répond à un besoin réel. Le succès ne saurait donc être dou-
 teux si, continuant de répondre à notre appel, nos honorables correspon-
 dants, qui sont nos collaborateurs indispensables, on ne saurait trop le
 répéter, veulent bien nous fournir les matériaux nécessaires à sa publication.

De l'incidence des principes de diffusion des décisions judiciaires du fond sur le périmètre de la jurisprudence	147
Introduction : D'une question à une problématique	150
A- D'une question sur le périmètre de la jurisprudence	150
B- ...à une problématique de diffusion	151
I- Des bases sélectives de décisions du fond, pour compléter la jurisprudence des arrêts	153
A- Une mise à disposition au filtre de l'intérêt juridique	153
a- L'entrée progressive des décisions sélectionnées dans le périmètre du service public.....	153
b- L'accès du public aux décisions sélectionnées comme accès au droit	155
B- Des bases de données intégrant les décisions du fond sélectionnées	155
a- Une base de données commune aux décisions et avis de la Cour de cassation et aux décisions sélectionnées	156
b- Une base primaire intègre à accès réservé	157
II –Des bases intégrales de décisions du fond, en quête de finalités	158
A- Naissance d'un modèle d'exhaustivité	158
a- JuriCA, une base exhaustive à accès réservé	158
b- La finalité documentaire d'une base exhaustive.....	159
B- L'ouverture au public d'une base exhaustive de décisions du fond	160
a- Une nouvelle base de données exhaustive pour le public.....	161
b- Des finalités à définir.....	162
III- La coexistence des bases contenant des décisions du fond.....	163
A- Coexistence de bases sélectives et de bases exhaustives	164
a- Des bases qui coexistent dans un schéma intégré.....	164
b- Des contenus qui varient selon les destinataires.....	165
B- Des informations occultées pour les décisions accessibles au public	166
Conclusion : Le périmètre de la jurisprudence, à la croisée des chemins	168
A- De nouveaux usagers pour les décisions du fond	168
B- Les conditions d'une redéfinition du périmètre de la jurisprudence	171

Introduction : D'une question à une problématique

La première question qui nous a été adressée par le « Groupe de réflexion sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence », se présente dans les termes d'une alternative : « *Que recouvre selon vous la notion de jurisprudence, aujourd'hui ? Spécialement, recouvre-t-elle seulement des décisions rendues par la Cour de cassation ou peut-on considérer d'ores et déjà qu'elle recouvre un ensemble de décisions rendues par les juges du fond ?* ». Cette question fait écho à d'autres questions similaires, suscitées par le développement des banques de données des décisions judiciaires (A), et c'est à elle que nous consacrerons notre contribution, en proposant de conduire une enquête juridique sur les règles et procédures qui encadrent la diffusion (B).

A- D'une question sur le périmètre de la jurisprudence...

Cette question est celle-là même qui s'est posée il y a cinquante ans, avec le développement de ce qu'on dénommait alors « L'informatique juridique »⁵²². Nous la présentons dans notre thèse sous forme d'une alternative, qui fait écho à la question qui nous est posée : « *La jurisprudence est-elle le produit immédiat des sources primaires que constituent les juridictions ? Ou bien doit-elle être considérée comme un sous-produit de l'activité judiciaire, élaboré par une communauté juridique élargie ? Si la première option est retenue, le principe d'exhaustivité doit l'emporter, tant en nombre de documents qu'en longueur ; le choix de la deuxième option impose au contraire une sélection parmi les décisions pour ne retenir que les plus aptes à produire de la norme, et à l'intérieur des décisions, pour mémoriser la seule fraction normative des textes*⁵²³ ».

Pour répondre à cette question, nous n'avions pas adopté une position doctrinale, mais procédé à une *enquête*, juridique et empirique, sur les *mécanismes*, procéduraux, éditoriaux, doctrinaux, par lesquels la jurisprudence s'est dégagée du contentieux au cours de l'histoire, pour acquérir un statut propre.

C'est encore à l'enquête que nous faisons appel en 1993 pour délimiter, avec Antoine Jeammaud, « l'espace jurisprudentiel », propre au système français : « *des divergences implicites mais majeures subsistent lorsqu'il s'agit d'identifier le référent jurisprudentiel : s'agit-il de l'ensemble des décisions, de l'ensemble des arrêts des cours suprêmes, ou seulement de certains d'entre eux ? Le flou règne encore lorsqu'il conviendrait d'indiquer par quels moyens certaines décisions de justice sont identifiées, collectées, sélectionnées, diffusées et*

⁵²² L'acte de naissance de ce développement en France a été le rapport d'un Groupe de travail, réunissant des magistrats, la Commission de l'informatique de la chancellerie, des professeurs, des représentants de toutes les professions libérales : « *Pour une organisation nationale de l'informatique juridique, Rapport du groupe de travail pour l'informatique juridique* », UNPL-CNPE, 1970.

⁵²³ Évelyne Serverin, *De la jurisprudence en droit privé, Théorie d'une pratique*, PUL, 1985, p. 303, et spécialement le titre II « Les moyens matériels de production jurisprudentielle des règles ».

reçues comme « jurisprudence ». Le rôle central de ces opérations de repérage, collecte, sélection, publication, diffusion, réception, n'est que très exceptionnellement évoqué »⁵²⁴.

De ces investigations, nous avons tiré la conclusion que, dans le modèle français, la jurisprudence était le produit d'un « intérêt à la règle », porté par l'objet du pourvoi en cassation (*faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit*, art. 604 du C.pr.civ.), et qui se traduit par une politique éditoriale active et centralisée (*faire connaître la réponse de la Cour*). Cet intérêt est distinct de « l'intérêt à l'action », qui conduit les justiciables devant les tribunaux en vue d'obtenir des décisions exécutoires. De cette distinction, nous avons tiré une conclusion de *méthode*, en séparant les recherches portant sur les « contentieux », saisis à partir de données statistiques ou d'échantillons de décisions, et les études de « jurisprudence », consistant à s'attacher aux questions juridiques portées devant la Cour de cassation.

Autrement dit, si la jurisprudence émerge du contentieux, elle ne se confond pas avec lui, et n'est pas justiciable des mêmes investigations. Cette confusion n'était pas faite par les éditeurs du bulletin des décisions des juges de paix, qui plaçaient d'emblée les décisions dans une position *subordonnée* par rapport à la *jurisprudence des arrêts*, en les sélectionnant en fonction de leur intérêt juridique, et en les soumettant au contrôle de la doctrine. Elle était également évitée par les éditeurs de banques de données, qui ont à la fois *sélectionné* et *résumé* les décisions du fond, en les plaçant en perspective de la jurisprudence des arrêts.

B-... à une problématique de diffusion

En faisant précéder notre propos par l'introduction à la première édition du Bulletin spécial des décisions des juges de paix et des tribunaux de simple police⁵²⁵, nous voulons indiquer que la réponse à la question qui nous est posée engage une problématique de diffusion : quel qu'en soit le support, toute diffusion repose nécessairement sur des *choix* qui contribuent à délimiter des *publics, des finalités, et des connaissances spécifiques*⁵²⁶. Les éditeurs du Bulletin spécial voulaient combler une lacune, générée par la centralisation de l'autorité jurisprudentielle : alors que seuls les arrêts de la Cour de cassation et des cours souveraines ont « *assez d'autorité pour fixer la jurisprudence* », les tribunaux ordinaires sont amenés à trancher quotidiennement des questions « *déliçates et difficiles* ». Or dans la mesure où la plupart de ces décisions « *parmi lesquelles un certain nombre ont une valeur juridique incontestable* », ne subiront pas « *l'épreuve du second degré de juridiction* », ni du pourvoi en cassation, elles restent « *sans profit aucun pour la science, ensevelies dans les cartons des greffes* ». En proposant de diffuser certaines de ces décisions, les éditeurs n'entendaient pas ériger les

⁵²⁴ Évelyne Serverin, Antoine Jammaud, « Concevoir l'espace jurisprudentiel », *RTD Civ.* 1993 p. 91.

⁵²⁵ MM J-L Jay et M. Guilbon, Première édition du *Bulletin spécial des décisions des juges de paix et des tribunaux de simple police*, Recueil mensuel, Paris, Bureau, p. 1-2. Joseph-Laurent Jay (1806-1875) était un avocat, auteur de très nombreux ouvrages pratiques sur les justices de paix (ouvrages, formulaires, manuels, dictionnaires, traités), ainsi que les matières de leur compétence. M. Guilbon était juge de paix du canton de Villejuif, auteur du *Traité de la Police des roulages*. Ce bulletin sera édité jusqu'en 1941.

⁵²⁶ Pour une analyse du rôle de l'information dans la production de la jurisprudence, v. Évelyne Serverin, « Les recueils d'arrêts et la jurisprudence. Pour une approche informationnelle du système juridique », *Revue Procès*, Université Lyon II, 1978, p. 1-50.

jugements du fond en source de droit concurrente de celle de la Cour de cassation. Il s'agit, au contraire, de les « *soumettre à un examen approfondi* », en les faisant suivre de « *quelques observations* », et en les rattachant s'il y a lieu « *aux monuments de jurisprudence et de doctrine* », publiés dans les recueils officiels.

Ainsi conçue, la diffusion des décisions des tribunaux devait permettre « à la science » d'exercer une forme de contrôle de l'application de la loi par les juges du fond, palliant ainsi les aléas de l'exercice des voies de recours.

Dans ce schéma, l'intérêt de connaissance n'est pas empirique, mais dogmatique : il ne s'agit pas de connaître les procès et des plaideurs, dans une perspective socio-historique ⁵²⁷, mais de *faire connaître à des juristes* la manière dont les juges interprètent la loi pour trancher les litiges. Par principe, la diffusion des décisions n'est pas exhaustive, mais se concentre sur celles d'entre elles que les intéressés eux-mêmes estiment présenter un intérêt juridique. Par le jeu des commentaires et des critiques, ces décisions entrent dans *l'espace interprétatif contrôlé par la Cour de cassation*, et sont évaluées au regard de leur alignement sur les *tendances* interprétatives, établies ou prolongées. Ainsi, non seulement ce modèle de diffusion des jugements du fond ne met pas en cause le modèle centralisé de jurisprudence, mais il le *renforce*, en donnant l'image d'une application de la loi placée sous contrôle d'une *communauté de juristes* élargie.

Qu'en est-il aujourd'hui de ce modèle de *renforcement du système jurisprudentiel* par la diffusion d'une sélection de décisions du fond ? On aurait pu le croire devenu obsolète, sous la poussée des techniques qui ont levé progressivement les contraintes de l'édition papier depuis le milieu du XX^{ème} siècle. Une telle lecture, qui fait dépendre le périmètre de la jurisprudence des seuls progrès de la technique documentaire, méconnaît la puissance du cadre théorique qui le sous-tend : l'enjeu n'est pas de disposer d'un accès à un nombre accru de décisions, mais de savoir *quel statut leur donner*.

Fidèle à notre démarche empirique, nous proposons de nous attacher aux *procédés* par lesquels, *en dépit* du développement des banques de données des décisions du fond, le système jurisprudentiel a maintenu sa position dominante, sans se fondre dans le contentieux.

En effet, à suivre l'évolution des principes et des modalités de diffusion des décisions du fond depuis les débuts de l'informatique juridique, on constate que l'assimilation de la jurisprudence au contentieux n'a pas eu lieu, et que ce sont deux modèles de collecte, un modèle sélectif (I), et un modèle exhaustif (II), qui coexistent aujourd'hui dans des bases de données distinctes, avec des finalités propres (III).

- dans le modèle *sélectif*, les décisions du fond viennent *compléter* la jurisprudence des arrêts, en entrant dans le périmètre du service public du droit (A), selon des principes qui n'ont pas été remis en cause par les réformes (B) ;

⁵²⁷ Pour un exemple d'étude historique des litiges prud'homaux, v. le numéro spécial de la Revue *Le mouvement social, Les prud'hommes XIXe-XXe siècle*, n° 141, octobre-décembre 1987. Sur l'analyse des décisions v. Alain Cottreau « Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales. 1806-1866 », pp. 25-59. V. également Heinz Gerhard Haupt « Les employés lyonnais devant le Conseil de prud'homme du commerce », pp. 81-99.

- le modèle *exhaustif* donne accès à la connaissance des pratiques, accès réservé dans un premier temps aux magistrats et aux services judiciaires (A), puis étendu au public sous le statut de données publiques (B) ;

- ces deux modèles *coexistent* aujourd'hui dans un schéma général en cours d'élaboration qui conduit à une diversification des bases (A), assortie d'un accès distributif selon les publics (B).

Si le nouveau schéma des bases de données élargit les possibilités de traitement, il ne permet pas à *lui seul* d'étendre le périmètre de la jurisprudence, qui nécessite des réformes de procédure pour être effectif (conclusion).

I- Des bases sélectives de décisions du fond, pour compléter la jurisprudence des arrêts

Présent dès 1984 avec la création du service public de l'accès au droit, le secteur public des banques de données juridiques a vu son emprise s'étendre avec le développement de l'internet comme une voie d'accès à la connaissance du droit. S'agissant des décisions du fond, ce secteur s'est construit sur un principe sélectif (A), qui s'est maintenu au fil des réformes (B).

A- Une mise à disposition au filtre de l'intérêt juridique

Le modèle sélectif qui sous-tend cette mise à disposition s'inscrit dans la continuité de celui qui guidait la constitution des banques de données juridiques. Ces décisions sont entrées progressivement dans le périmètre du service public, d'abord sans accès au public (a), puis ouvert au public sur fondement de l'accès au droit (b).

a- L'entrée progressive des décisions sélectionnées dans le périmètre du service public

Dans la conception des premières banques de données des cours d'appel (notamment, l'IRETIJ, de la faculté de droit de Montpellier), la sélection des décisions était jugée nécessaire « *dès qu'il s'agit de prendre en compte les décisions émanant d'autres juridictions (...), et en tous cas pour les tribunaux de première instance* ». La raison en était non seulement l'existence de limitations techniques, mais aussi et surtout une conception restrictive de « l'intérêt juridique » des arrêts⁵²⁸. À partir de 1984, ce secteur va entrer dans le cadre de la réglementation des banques de données.

1- Le décret n°84-940 du 24 octobre 1984, « *relatif au service public des bases et banques de données juridiques* », reconnaissait l'existence de ces bases, sans toutefois les intégrer dans le service public⁵²⁹. Ce décret retenait l'essentiel des recommandations du rapport Leclercq remis l'année précédente⁵³⁰, en limitant la collecte aux arrêts et décisions du Conseil

⁵²⁸ Sur ce point, v. le Rapport du Premier congrès international d'informatique juridique, Strasbourg, 8 et 9 octobre 1973 », *Gaz. Pal.* octobre 1974, *Chron.* p. 2-15.

⁵²⁹ Evelyne Serverin : « La technique comme analyseur institutionnel. Les définitions de la jurisprudence à l'épreuve des banques de données juridiques », in *Ordre juridique et Ordre technologique, Cahiers Science Technologie Société*, CNRS., 1986, n°12, p.108.

⁵³⁰ Pierre Leclercq, Rapport de mission sur les banques de données juridiques remis au premier ministre, ronéo, 1983.

constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes (art. 1).

La production de bases des décisions du fond était laissée à l'initiative privée, sous contrôle d'une commission de coordination chargée de veiller à la complémentarité avec le secteur public (art. 10). Un secteur privé se développait en parallèle, avec la création de la base Juris, contenant sous forme de résumés et de mots clés (les *abstracts*) une sélection d'arrêts collectés par un réseau d'ateliers régionaux de jurisprudence, et fournis à titre gratuit aux termes d'une convention conclue en 1985 avec la Chancellerie⁵³¹.

2- Le décret n° 96-481 du 31 mai 1996, relatif au service public des bases de données juridiques, abrogeait le décret de 1984, et étendait le périmètre du service public. L'alinéa 1 de l'article 1 donne pour mission à ce service de « *rassembler et mettre sous forme de bases de données informatisées en vue de leur consultation par voie ou support électronique, le texte et les éléments de description et d'analyse documentaire* ». Suivait une liste de quatorze types de documents, textes et décisions, présentés sans ordre ni numérotation. Parmi ces documents figuraient outre « *des arrêts de la Cour de cassation* », « *des décisions des cours et tribunaux judiciaires* ». Aucun principe n'était posé pour la collecte, mais en l'état des banques de données des décisions du fond, il ne pouvait s'agir que de décisions sélectionnées. Par ailleurs, l'article 7 du même décret prévoyait que « *La diffusion par voie ou support électronique des bases de données mentionnées à l'article 1er fait l'objet d'une concession* ». En application de cette disposition, la Chancellerie dénonçait l'ancienne convention passée avec les éditeurs privés, après un rapport négatif du comité de service public des bases de données juridiques, et une procédure de délégation de service public était ouverte, déclarée ensuite infructueuse. En 2000, la Chancellerie reprenait directement la gestion du service, tandis que les éditeurs privés poursuivaient seuls la production de leurs bases selon les mêmes principes sélectifs⁵³².

Cependant, cette reprise n'était pas (encore) synonyme d'ouverture au public. Effectuée sous la double tutelle de la Direction des services judiciaires et la Cour de cassation, elle prenait la forme d'une *sélection* locale, effectuée au sein des cours d'appel, d'un enrichissement, et d'une intégration dans une base de données diffusée sur le réseau Intranet Justice, à l'aide du logiciel « Juridice ».

L'ouverture au public interviendra quelques années plus tard, avec une autre finalité.

⁵³¹ Ce sont les GIE Edidata et Jurisdata qui ont été chargés de constituer un fichier informatisé de jurisprudence française des cours et des tribunaux, en accès payant. Une convention était signée le 7 juin 1985 entre les GIE et le ministère de la justice (qui fournissait les décisions) pour une année renouvelable. Le professeur Pierre Catala devient l'administrateur de ce fichier, et fournit la caution universitaire pour développer à la fois un réseau de vingt ateliers régionaux de jurisprudence, logés dans les universités, un principe de sélection, et une méthode d'analyse.

⁵³² Ces producteurs rejetaient tout objectif de représentativité, au profit d'une démarche sélective fondée sur des critères d'intérêt juridique. Pour une présentation, en forme de plaidoyer, des principes de sélection et de résumé adoptés par les producteurs de ces bases, voir Patrick Maistre du Chambon, Virginie Larribau-Terneyre, Xavier Henry, Serge Bories, "Où trouver la jurisprudence ?", *D., Chr.*, 2000, p. 197-202.

b- L'accès du public aux décisions sélectionnées comme accès au droit

Le décret n° 2002-1064 du 7 août 2002, relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet abrogeait le décret de 1996, et créait un service public de la diffusion du droit par l'internet, dont l'objet est de « *faciliter l'accès du public aux textes en vigueur ainsi qu'à la jurisprudence* » (article 1, alinéas 1 et 2). L'article 1 énumérait dans une liste numérotée les classes de données ouvertes au public. Dans cette liste, figure un 3°), intitulé « *la jurisprudence* », qui comporte quatre classes de données, désignées par un code lettre. Cette classe est définie en extension, comme un ensemble, comprenant : « *a) Les décisions et arrêts du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de cassation et du tribunal des conflits* », « *b) Ceux des arrêts et jugements rendus par la Cour des comptes et les autres juridictions administratives, judiciaires et financières qui ont été sélectionnés selon les modalités propres à chaque ordre de juridiction ; c) Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme ; d) Les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et du tribunal de première instance des Communautés européennes.*⁵³³ ».

En intégrant au service public des décisions sélectionnées *selon les modalités propres à chaque ordre de juridiction*, le *b* de ce texte plaçait cette sélection sous le contrôle des cours supérieures, chargées de déterminer les décisions à collecter. Si les modalités de cette sélection n'étaient pas précisées⁵³⁴, cette diffusion restait inscrite dans un cadre hiérarchique, qui ne remettait pas en cause la prééminence de la jurisprudence des arrêts.

Cette mise à disposition était assurée par le site internet Légifrance, qui venait d'être créé par arrêté du 6 juillet 1999⁵³⁵, et dont l'alinéa 1 de l'article 2 du même décret signait l'acte de naissance officiel. L'alinéa 2 de l'article 2 précisait que le site « *donne accès, directement ou par l'établissement de liens, à l'ensemble des données mentionnées à l'article 1^{er}* ». Restait à aménager l'accès du public à ces décisions sélectionnées.

B- Des bases de données intégrant les décisions du fond sélectionnées

Les décisions du fond diffusées par l'internet sont issues de la base JURINET produite par la Cour de cassation (a), mais dont l'accès direct est réservé à l'intranet (b).

⁵³³ Le décret n°2015-1717 du 22 décembre 2015 a remplacé le d) par « *Les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne.* »

⁵³⁴ En pratique, la Cour de cassation ne procède pas à la vérification préalable de l'intérêt des décisions qui lui sont communiquées, et se borne à les transmettre à Légifrance après anonymisation.

⁵³⁵ Arrêté du 6 juillet 1999, NOR :PRMX9903642A.

a- Une base de données commune aux décisions et avis de la Cour de cassation et aux décisions sélectionnées

1- Le décret n°2005-13 du 7 janvier 2005 insérait dans le COJ un article R.131-16-1, prévoyant la tenue par le SDER d'une base de données décisionnelle, comportant également des décisions du fond sélectionnées : « *Le service de documentation et d'études tient une base de données rassemblant, sous une même nomenclature, d'une part, les décisions et avis de la Cour de cassation et des juridictions ou commissions juridictionnelles placées auprès d'elle, publiés ou non publiés aux bulletins mensuels mentionnés à l'article R. 131-17, d'autre part, les décisions présentant un intérêt particulier rendues par les autres juridictions de l'ordre judiciaire. À cet effet, les décisions judiciaires présentant un intérêt particulier sont communiquées au service, dans les conditions fixées par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, par les premiers présidents des cours d'appel ou directement par les présidents ou juges assurant la direction des juridictions du premier degré.* ».

Un arrêté du 11 avril 2005 relatif au service de documentation et d'études de la Cour de cassation, abrogeait l'arrêté du 24 mai 1972 qui régissait ce service, et organisait le régime de cette base, dénommée JURINET.

2- De cette base sont extraites certaines décisions, qui font l'objet, dans un premier temps après anonymisation par la direction de l'information légale et administrative (DILA)⁵³⁶, d'une diffusion sur le site www.legifrance.gouv.fr, dans le cadre du service public de la diffusion du droit. C'est par ce filtre que ces décisions parviennent au public, sans que les conditions de l'alimentation de la base soient précisées. On se bornera à constater que ces décisions couvrent des périodes qui varient selon les sources, ce qui rend difficile leur interprétation et limite leur intérêt⁵³⁷.

Le décret 2008-522 du 2 juin 2008 abrogeait le décret n°2005-13 du 7 janvier 2005 et le remplaçait par les articles R. 433-3 et R. 433-4 du COJ, sans modifier le contenu.

Avec l'adoption du principe de *l'open data* des décisions judiciaires par la loi 2016-1321 du 7 oct. 2016, on aurait pu s'attendre à voir disparaître la collecte sélective de décisions du fond. Il n'en n'a rien été.

3- Le décret n°2020-1119 du 8 septembre 2020, relatif à la modernisation du service public de diffusion du droit par l'internet, modifiant l'article 1 du décret 2002-1064 du 7 août 2002, maintenait la jurisprudence dans le service public, telle que définie dans le 3° de l'article 1. Le décret du 29 juin 2020 maintenait également dans l'alinéa 1 de l'article R. 433-3 du COJ, l'existence d'une base spécifique des décisions de la Cour de cassation et des décisions sélectionnées : « *Le service de documentation et d'études tient une base de données rassemblant les décisions et avis de la Cour de cassation et des juridictions ou commissions juridictionnelles placées auprès d'elle, publiés ou non publiés aux bulletins mensuels mentionnés à l'article R. 433-4, ainsi que les décisions présentant un intérêt particulier rendues par les autres juridictions de l'ordre judiciaire (...).*

⁵³⁶ L'anonymisation a été prise en charge depuis par la Cour de cassation.

⁵³⁷ Une interrogation de Légifrance par source, réalisée le 1^{er} janvier 2022 retourne 67 708 arrêts d'appel, et 1914 décisions du premier degré, pour 504 246 arrêts de la Cour de cassation.

Le principe d'une ouverture au public d'un corpus de décisions du fond sélectionnées a donc résisté à la vague annoncée de *l'open data*.

b- Une base primaire intégrée à accès réservé

1- La base primaire JURINET n'est accessible que par l'intranet. Cette base contient l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation, publiés et diffusés depuis 1990, des arrêts publiés de la Cour de Cassation rendus entre 1960 et 1989, quelques arrêts « célèbres » de la Cour antérieurs à 1960, les ordonnances du Premier Président, les avis rendus par la Cour, les décisions du tribunal des conflits et celles des commissions juridictionnelles placées auprès de la Cour et de la juridiction nationale de la libération conditionnelle, *ainsi que des décisions des cours et tribunaux présentant un intérêt particulier et des décisions frappées de pourvoi*.

Cette base primaire est non anonymisée, ce qui amenait la CNIL, dans sa délibération du 19 juillet 2012⁵³⁸, à en examiner les conditions d'utilisation en vue de son autorisation.

La commission relève ainsi que : « *Cette base n'est accessible qu'aux personnels du ministère de la Justice (magistrats et fonctionnaires des services judiciaires ainsi que toutes les directions et toutes les personnes habilitées du ministère de la Justice), à partir du Réseau Privé Virtuel Justice (RPVJ). Elle constitue un outil de documentation juridique assurant un partage de la jurisprudence entre les magistrats, et sert ainsi les principes de sécurité juridique et d'harmonisation de l'application de la loi* ».

S'agissant des abonnés aux fonds de concours, la Commission renvoie aux contrats d'abonnement pour rappeler les obligations des titulaires au regard de la loi du 6 janvier 1978, sous le contrôle du SDER.

De même, si rien n'interdit la conclusion de ce type de contrat avec les particuliers, la Commission relève que la pratique de la Cour consiste à privilégier la conclusion de conventions avec les professionnels du droit.

2- Cette autorisation valide l'accès à la base *JURINET* à un cercle défini d'utilisateurs, magistrats et services en premier lieu, mais aussi éditeurs et autres professionnels du droit qui forment la doctrine.

En invoquant les objectifs de « sécurité juridique », et « d'harmonisation de l'application de la loi », la CNIL conforte la verticalité de la production de la jurisprudence : en l'absence de pourvoi, ou de recours à la procédure d'avis⁵³⁹, les divergences entre les interprétations adoptées par les juridictions inférieures, ainsi qu'entre les cours et la cour régulatrice, dont le traitement constitue une priorité dans le système jurisprudentiel⁵⁴⁰,

⁵³⁸ CNIL, Délibération n° 2012-245 du 19 juillet 2012 autorisant la Cour de Cassation à mettre en œuvre un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la constitution de la base de jurisprudence JURINET.

⁵³⁹ Article L.441-1 du COJ.

⁵⁴⁰ Évelyne Serverin, « Les divergences de jurisprudence comme objet de recherche », in *Les divergences de jurisprudence*, Pascal Ancel, Marie-Claire Rivier (dir.), Presses de l'Université de Saint-Etienne, 2003.

demeurent à l'état latent. La diffusion de ces décisions auprès de l'ensemble des magistrats, et au-delà, à la communauté des juristes, produit une information ouverte à tous les usages.

C'est donc la finalité *documentaire* de la base qui l'emporte, exprimée dans des termes que ne n'auraient pas désavoués les éditeurs du Bulletin des décisions des juges de paix.

II –Des bases intégrales de décisions du fond, en quête de finalités

Une autre réforme, issue du décret 2008-522 du 2 juin 2008, donnait naissance à un second modèle de collecte des décisions du fond, fondé cette fois sur un principe d'exhaustivité. Ce principe a donné lieu à la création d'une base des arrêts d'appel, la base JuriCA, dont l'accès a d'abord été réservé à l'intranet (A). Puis avec la perspective de *l'open data*, son contenu s'est élargi et ses conditions d'accès se sont modifiées pour aménager la place du public (B).

A- Naissance d'un modèle d'exhaustivité

L'entrée du principe d'exhaustivité pour la collecte des décisions du fond a constitué une forme de révolution dans la tradition sélective qui prévalait jusqu'alors (a), sans perdre pour autant sa fonction documentaire (b).

a- JuriCA, une base exhaustive à accès réservé

1- Le décret n°2005-13 du 7 janvier 2005 était abrogé par le décret du 2 juin 2008, qui le remplaçait par les articles R. 433-3 et R. 433-4 du COJ. Ce décret a opéré une transformation profonde du paysage des bases de données judiciaires, en mettant en place une nouvelle base de données, distincte de la base JURINET. Cette nouvelle base était fondée sur un principe constamment réfuté jusqu'alors, celui de l'exhaustivité du corpus, tout en en réservant l'accès aux magistrats et aux services.

Le nouvel article R. 433-3, dans un alinéa 2 resté en vigueur jusqu'au décret n° 2020-797 du 29 juin 2020, confiait au SDER la tenue d'une seconde base de données : « *Le service de documentation et d'études tient une base de données distincte rassemblant l'ensemble des arrêts rendus par les cours d'appel et décisions juridictionnelles prises par les premiers présidents de ces cours ou leurs délégués. Les conditions dans lesquelles ces arrêts et décisions sont transmises au service et exploitées par celui-ci sont fixées par un arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice* ».

Ce deuxième alinéa signalait l'acte de naissance d'une nouvelle base, la base JuriCA, rassemblant sans sélection préalable les arrêts et décisions rendus par les cours d'appel dans les matières civiles. Comme la base JURINET, la base JuriCA était d'accès réservé aux magistrats, aux personnels des services judiciaires, ainsi qu'aux éditeurs par voie d'abonnement, et aux chercheurs par la voie de conventions de recherche.

2- Dans une seconde délibération rendue le même jour que la délibération relative à JURINET⁵⁴¹, la CNIL autorisait la Cour de cassation à mettre en œuvre un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la constitution de cette base, tout en indiquant le sens et les limites de ces traitements.

Rappelant les termes de R. 433-3 du COJ, la CNIL reprenait le même argumentaire qui avait fondé son autorisation de constitution de la base JURINET. La Commission relevait que la base JuriCA n'était accessible qu'aux personnels du ministère de la Justice (magistrats et fonctionnaires des services judiciaires ainsi que toutes les directions et toutes les personnes habilitées du ministère de la Justice), via le Réseau Privé Virtuel Justice (RPVJ).

Au-delà des magistrats et des services, ces décisions étaient également accessibles aux abonnés du fonds de concours de la Cour de cassation, en application des dispositions de l'article R.421-10 du code de l'organisation judiciaire alors en vigueur, ainsi qu'aux universités et laboratoires de recherche, via des conventions de partenariats⁵⁴². Là encore, la Commission vérifiait l'existence des garanties spécifiques, et soulignait à cet égard « *l'importance des mesures mises en place par la Cour afin de garantir l'intégrité des décisions et le strict respect des règles en la matière* ».

- S'agissant plus spécifiquement des conventions de partenariats avec les universités, la Commission souligne que « *cela n'emporte pas la mise à disposition de l'ensemble de cette base, mais uniquement les décisions correspondant à l'objet de la recherche, et que le bénéficiaire est soumis à diverses obligations tenant à l'utilisation des décisions pour la seule étude ou e pour laquelle elles ont été communiquées* ».

Les usagers sont donc clairement identifiés. Mais les finalités restent à préciser.

b- La finalité documentaire d'une base exhaustive

En dehors de sa finalité de gestion, relevée par la CNIL⁵⁴³, et en dépit de son exhaustivité, la base JuriCA s'est vue affecter la même finalité documentaire que la base JURINET.

Il s'agit principalement de fournir à l'ensemble des juges une « information » sur les décisions rendues par les cours d'appel, sans préjuger des usages qui en seront faits. C'est ce qui ressortait du rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2007 : « *La constitution d'une base intégrale de jurisprudence a pour vocation, au-delà des décisions sélectionnées pour leur intérêt juridique particulier, de fournir à la communauté des juges des informations*

⁵⁴¹ CNIL, Délibération n° 2012-246 du 19 juillet 2012 autorisant la Cour de Cassation à mettre en œuvre un traitement de données à caractère personnel ayant pour finalité la constitution de la base de jurisprudence JuriCA.

⁵⁴² La première convention de mise à disposition d'arrêts extraits de cette base portait sur la discrimination et l'égalité en droit du travail. Elle était conclue fin septembre 2009 entre le SDER et la Présidence de l'université de Nanterre, et co-signée par Frédéric Guiomard Évelyne Serverin, responsables scientifiques de la recherche. Sur ces conventions, v. Évelyne Serverin « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond (à propos de l'ouverture à la recherche de la base JuriCA) », D.2009, p. 2882.

⁵⁴³ L'absence d'anonymisation des décisions contenues dans la base JuriCA devait « *favoriser la recherche des précédents et le travail de préparation des dossiers* ».

complètes sur la jurisprudence des cours d'appel, y compris dans ses implications purement factuelles »⁵⁴⁴.

Dans sa délibération n° 2012-246, la CNIL allait dans le même sens, en reprenant l'argumentaire employé pour la base JURINET : la base JuriCA « *constitue un outil de documentation juridique assurant un partage de la jurisprudence entre les magistrats, et sert ainsi les principes de sécurité juridique et d'harmonisation de l'application de la loi.* ».

La documentation ainsi fournie est mise au service de « *l'harmonisation de l'application de la loi* » sans que soit précisée par quels mécanismes un tel résultat pourrait être atteint : par imitation ? par crainte d'une réformation ? par citation de précédents dans la motivation ? Faute de disposer d'un mécanisme de précédent obligatoire, cette documentation ne peut qu'être informative.

Avec la promesse de l'accès du public de l'ensemble des décisions du fond, l'équilibre aménagé entre les bases diffusant la jurisprudence de la Cour de cassation et les décisions sélectionnées (ouverte au public), et les bases des décisions du fond contentieux (en accès réservé), ne pouvait pas être conservé. Il reste à savoir si cette extension est de nature à modifier le périmètre de la jurisprudence.

B- L'ouverture au public d'une base exhaustive de décisions du fond

La base de données créée par le décret 2008-522 du 2 juin 2008 n'était pas ouverte au public, et n'avait pas vocation à l'être. La donne a changé avec l'article 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 « *Pour une République numérique* »⁵⁴⁵, qui insérait dans le Code de l'organisation judiciaire un article L.111-13, dont l'alinéa 1 pose le principe de la mise à disposition du public à titre gratuit des décisions rendues par les juridictions judiciaires: « *Sous réserve des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique* ». Avec cet article, les décisions des tribunaux entraient dans « l'économie de la donnée »⁵⁴⁶. Et avec l'ajout dans cet article, par l'article 33 de loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, de la précision que cette mise à disposition se fera sous « *format électronique* », il était entendu que cette entrée se ferait par la porte de l'internet.

L'article 9 du décret 2020-797 du 29 juin 2019 prévoit une mise à disposition graduelle, selon un échéancier fixé par arrêté : « *Un arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice, détermine, pour chacun des ordres judiciaire et administratif et le cas échéant par niveau d'instance et par type de contentieux, la date à compter de laquelle les décisions de justice sont mises à la disposition du public en application des articles 1er et 4 et les copies de ces décisions*

⁵⁴⁴ Cour de cassation, Rapport annuel 2017, La documentation Française, 2018, p. 535.

⁵⁴⁵ L'article 20 de la loi a inséré une disposition équivalente dans le Code de justice administrative, dans un article L.10 dont l'alinéa 2 indique que « *Ces jugements sont mis à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées* ». Dans le cadre de cette contribution, nous limiterons notre analyse aux décisions judiciaires qui soulèvent des problématiques spécifiques.

⁵⁴⁶ L'article 21 de la loi figure dans un chapitre 1^{er} intitulé « *Économie de la donnée* », dans un titre 1^{er} relatif à « *La circulation des données et du savoir* ».

sont délivrées conformément aux articles 2 et 5. Jusqu'à cette date, la diffusion des décisions est poursuivie dans les conditions prévues par l'article 1er du décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 ainsi que par les dispositions applicables aux sites internet du Conseil d'État et de la Cour de cassation ». C'est cet échancier, fixé par l'arrêté du 28 avril 2021, qui détermine l'entrée en vigueur du nouveau dispositif.⁵⁴⁷

Ce changement se traduit d'abord par une modification des conditions d'accès à ces bases. En effet, l'article R.421-10 du COJ prévoyait une rémunération spéciale pour certaines prestations fournies par la Cour de cassation à des personnes privées ou publiques autres que l'État, parmi lesquelles figurait notamment « *1° Communication des décisions et avis contenus dans les bases de données tenues par le service de documentation et d'études, le cas échéant assortis de leurs sommaires et de leurs titres, des rapports des conseillers et conseillers référendaires et des avis des premiers avocats généraux, des avocats généraux et des avocats généraux référendaires préparatoires à ces décisions et avis* ». Cet alinéa a été abrogé par le décret, ce qui retire les bases de données du périmètre des prestations payantes, notamment en direction des abonnés au fonds de concours.

Cette mise à disposition de données exhaustives n'a cependant pas conduit à l'unification des bases (a), et les dispositions régissant leur mise en place n'ont pas non plus permis de dégager des finalités précises (b).

a- Une nouvelle base de données exhaustive pour le public

Le décret du 29 juin 2020 a réécrit l'article R. 433-3 du COJ pour redéfinir les missions du SDER, tout en conservant la distinction entre la base proprement jurisprudentielle, correspondant à la base JURINET (alinéa 1), et la base exhaustive des décisions des juridictions du fond, correspondant à la base JuriCA (alinéa 2).

- S'agissant de la base JURINET, nous avons vu que la définition des décisions qui entrent dans son périmètre n'avait pas été révisée par le décret n°2020-1119 du 8 septembre 2020 modifiant l'article 1 du décret 2002-1064 du 7 août 2002. Le système d'extractions prévu pour la mise à disposition d'une partie de cette base sur Légifrance se trouvait également maintenu⁵⁴⁸.

- Le changement le plus important concerne la base JuriCA, dont le contenu est redéfini par l'alinéa 2 : « *Aux mêmes fins et dans les mêmes conditions, le service de documentation et d'études tient une base de données rassemblant les décisions des premier et second degrés rendues par les juridictions de l'ordre judiciaire. Les conditions dans lesquelles ces décisions lui sont transmises sont fixées par les dispositions régissant les applications informatiques du ministère de la Justice et du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce* ».

Ces « *mêmes fins* », auxquelles renvoie cet alinéa 2 sont celles que l'alinéa 1 définit comme le fait « *d'assurer la diffusion de la jurisprudence* ». Cela revient-il à dire que les

⁵⁴⁷ Arrêté du 28 avril 2021 pris en application de l'article 9 du décret 2020-797 du 29 juin 2019.

⁵⁴⁸ L'article R. 111-10 du COJ vise « la mise à la disposition du public, sous forme électronique, des décisions de justice rendues par les juridictions judiciaires ». L'article R.111-11 précise que les décisions mentionnées à l'article R. 111-10 « sont les décisions rendues publiquement et accessibles à toute personne sans autorisation préalable ».

décisions des juridictions du fond *forment la jurisprudence* au même titre que les arrêts, et qu'elles ont une même autorité ? Une telle assimilation constituerait une révolution, dans un système qui ne connaît pas le précédent obligatoire, et impliquerait, pour être opératoire, d'être assortie de réformes de procédure d'une ampleur considérable⁵⁴⁹.

Ce qui ressort en définitive de cette réforme, c'est que l'accès aux décisions *non sélectionnées* n'est plus réservé, mais ouvert à tout public. Reste à déterminer le sens de cette mise à disposition.

b- Des finalités à définir

La mise à disposition du public des décisions du fond a été saluée comme une « *innovation radicale* », qui devrait permettre d'assurer « *l'ouverture des données de jurisprudence* »⁵⁵⁰. Et pourtant, avec la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, il n'est pas question d'accès du public à l'information juridique. C'est un autre principe qui a gouverné cette ouverture, celui du droit de réutilisation des données publiques.

Cette assimilation des décisions aux « données publiques » ne figurait pas dans la version initiale du projet de loi. Les deux articles de la loi de 2016 qui sont à l'origine de cette mise à disposition (L.111-13 du COJ pour la justice judiciaire, et L. 10 du code de justice administrative pour les décisions administratives), ont été introduits par voie d'amendement devant le Sénat (l'un par le gouvernement, l'autre par des sénateurs), sans susciter de débat sur le statut de ces décisions⁵⁵¹. Il en résulte une indétermination des finalités et des conséquences de cette ouverture au regard du périmètre de la jurisprudence.

- Cette imprécision n'a pas été levée par le rapport sur *l'open data* remis en 2017, qui s'en remet à la finalité d'harmonisation des pratiques maintes fois invoquées⁵⁵². Il s'agirait en effet de « *faciliter la convergence des jurisprudences et des pratiques, source d'une meilleure prévisibilité du droit et d'un renforcement de l'égalité de traitement des justiciables* ». « Faciliter la convergence » est une autre manière d'exprimer la nécessité de « réduire les divergences » entre les juridictions du fond et la Cour de cassation. Mais le rapport ne s'explique pas sur la direction de cette convergence, ni sur les moyens par lesquels elle pourrait s'opérer.

- La « prévisibilité » est un objectif sous-jacent au développement d'outils de traitement, tels les algorithmes, destinés à fournir de nouveaux services. Ces algorithmes se fondent sur la description de décisions déjà rendues, sans préjuger de ce qu'il en sera dans l'avenir. Or de manière indirecte, ces outils engagent un débat sur le périmètre de la jurisprudence, en

⁵⁴⁹ Evelyne Serverin « De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, la longue route de l'accès du public aux décisions de justice dématérialisées », *Archives de Philosophie du droit*, Tome 60, La justice prédictive, décembre 2018, p. 67-91.

⁵⁵⁰ Benjamin Jean, « Open Law*, le Droit ouvert. Genèse du développement d'un mouvement appliquant les méthodes d'innovation ouverte au monde du droit », *JCP*, Supplément au numéro 9, 27 février 2017, p. 82-86.

⁵⁵¹ Sur les conditions et les conséquences de cette introduction v. notre article préc. aux *Archives de Philosophie du droit*, 2018, p. 67-91.

⁵⁵² « L'open data des décisions de justice, Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », rapport remis par Loïc Cadet au garde des sceaux, novembre 2017, p.29.

reconnaissant un *effet horizontal* aux décisions du fond passées. Autrement dit, il s'agit de savoir si on peut passer du « descriptif » au « prescriptif », en faisant un pas en avant en direction d'un système de précédent obligatoire.

La question a été posée récemment au Conseil d'État, avec un recours pour excès de pouvoir formé contre un décret autorisant le ministre de la Justice à créer un traitement automatisé de données à caractère personnel.

Ce traitement, dénommé DataJust, a pour finalité le développement d'un algorithme sur la réparation des préjudices corporels⁵⁵³. Parmi les griefs formés par les auteurs du recours, avocats de victimes et associations, figure la critique de la finalité de l'algorithme qui « *serait tout à la fois contraire aux principes de l'individualisation et de la réparation intégrale des préjudices* ». Le Conseil d'État rejette le recours, et valide les finalités du traitement : ce traitement « *a pour objet la mise au point d'un algorithme destiné à l'élaboration d'un référentiel indicatif d'indemnisation des préjudices corporels* » et « *tend ainsi à assurer un accès plus facile à la jurisprudence sur l'indemnisation des préjudices corporels afin de garantir l'accessibilité et la prévisibilité du droit* »⁵⁵⁴.

La réponse du Conseil d'État lève l'ambiguïté quant à la portée de ce traitement et de l'algorithme qui en découle : il ne s'agit pas d'imposer aux juges d'appliquer les indemnités observées, mais de fournir à l'autorité réglementaire les bases de production d'un « référentiel », qui en tout état de cause serait simplement indicatif. De ce point de vue, cette finalité ne se distingue pas de celle qui avait été assignée par le référentiel prévu par l'ancien article L.1235-1 du code du travail, issu de la loi du 6 août 2015, qui prévoyait alors que le juge « *Le juge peut prendre en compte un référentiel indicatif établi, après avis du Conseil supérieur de la prud'homie, selon les modalités prévues par décret en Conseil d'État* »⁵⁵⁵.

III- La coexistence des bases contenant des décisions du fond

La mise en œuvre de la nouvelle organisation a conduit à une *diversification* des bases comportant des décisions du fond, donnant lieu à des accès *distributifs* selon les publics (A), et la mise en place de procédures complexes de filtrage et de pseudonymisation des décisions accessibles au public (B).

⁵⁵³ Décret n° 2020-356 du 27 mars 2020, portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « DataJust ». Ce décret a autorisé le ministre à mettre en œuvre ce traitement, pour une durée de deux ans, à partir des « *décisions de justice rendues en appel entre le 1er janvier 2017 et le 31 décembre 2019 par les juridictions administratives et les formations civiles des juridictions judiciaires dans les seuls contentieux portant sur l'indemnisation des préjudices corporels* ».

⁵⁵⁴ Conseil d'État, n° 440376, 30 décembre 2021, 10ème - 9ème chambres réunies.

⁵⁵⁵ Ce texte était abrogé par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, qui le remplaçait par un article L.1235-3, prévoyant un encadrement suivant un tableau. Sur les différents outils de contrôle des indemnités en matière de licenciement, v. Évelyne Serverin « Réparer les ruptures : l'indemnisation du licenciement dans tous ses états », *Dr. soc.* n°9, septembre 2021.

A- Coexistence de bases sélectives et de bases exhaustives

Le schéma de développement des bases intègre les différentes bases (a) dont les contenus varient selon les destinataires (b).

a- Des bases qui coexistent dans un schéma intégré

On l'a vu, le décret du 29 juin 2020, a inséré dans le COJ un nouvel article R. 111-10, qui attribue à la Cour de cassation la mission de mise à disposition du public des décisions judiciaires. Mais on a vu également que l'article R. 433-3 du COJ, issu du même décret, prévoit la tenue de deux bases distinctes, l'une pour les arrêts et décisions sélectionnées, l'autre pour les décisions du fond. Comment s'effectue en pratique cette coexistence ?

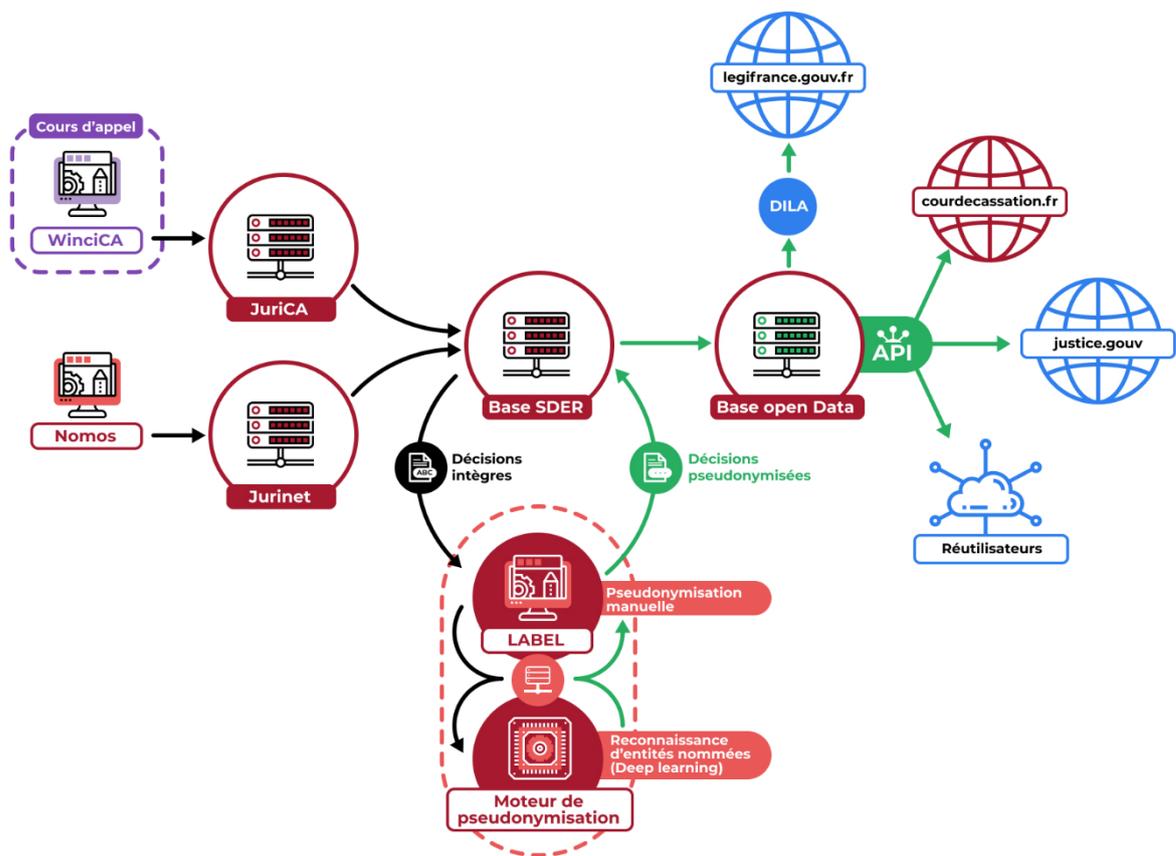
Le décret 2021-1276 du 30 septembre 2021 « *relatif aux traitements automatisés de données à caractère personnel dénommés « Décisions de la justice administrative » et « JUDILIBRE »* », apporte une réponse. Ce décret autorise le traitement automatisé de données à caractère personnel « *ayant pour finalité la diffusion éventuellement enrichie des décisions de justice des ordres administratif et judiciaire ainsi que la conservation des données en vue de cette diffusion et du traitement des demandes d'occultation et de levée d'occultation »* (article 1). »

Conformément au règlement du 27 avril 2016⁵⁵⁶, La Cour de cassation a réalisé une étude d'impact du nouveau dispositif « *dans les conditions prévues par les articles R. 111-11 à R. 111-13 [du COJ], dit « open data des décisions judiciaires »*⁵⁵⁷. Le rapport remis dans ce contexte dessine un schéma complet de parcours des décisions de justice, de l'amont à l'aval, intégrant toutes les bases générées au fil du parcours⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Ce règlement prévoit dans le 1 de son article 35 que " Lorsqu'un type de traitement, en particulier par le recours à de nouvelles technologies, et compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement, est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement effectue, avant le traitement, une analyse de l'impact des opérations de traitement envisagées sur la protection des données à caractère personnel ».

⁵⁵⁷ Cour de cassation, AIDP JUDILIBRE, *Mise à disposition du public des décisions judiciaires à titre gratuit sous forme électronique, Analyse d'impact relative à la protection des données*, septembre 2021. Il s'agit d'un schéma provisoire, les modalités techniques du flux DILA étant appelées à être modifiées dans la mesure où le service aura également recours à l'API.

⁵⁵⁸ Le schéma nous a été aimablement communiqué par M. Jean-Michel Sommer, directeur du SDER.



Dans la nouvelle architecture, les bases JURINET et JuriCA constituent désormais des bases primaires, intégrales et intègres : JURINET comprend les décisions rendues par la Cour de cassation ainsi qu'une sélection d'arrêts ; JuriCA rassemble toutes les décisions rendues au premier et second degré, conformément à l'article L.433-3 al. 2 du COJ. Ces bases sont hébergées par le ministère de la Justice⁵⁵⁹. Mais aucune de ces deux bases, intégrales et intègres, n'est directement accessible au public.

Comme on l'a rappelé, la base JURINET fera l'objet d'extractions pour alimenter la base Légifrance. Pour l'accès au public, le SDER va gérer deux nouvelles bases, une base contenant les décisions de justice rendues publiquement en format intègre *extraites* des bases JURINET et JuriCA (base SDER), et une base contenant les décisions pseudonymisées mises à disposition du public (base Open Data).

b- Des contenus qui varient selon les destinataires

La finalité du traitement étant la mise à disposition du public, l'importation dans la base SDER sera limitée aux décisions communicables, ce qui exclut les décisions rendues en chambre du conseil⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ AIDP, op. cit., p 3 : « Au printemps 2022, les bases Jurinet et Jurica seront hébergées sur le cloud du ministère de la justice, les risques et mesures de sécurité de ce dernier devront alors être documentés et mis à jour ».

⁵⁶⁰ AIDP, op. cit., p. 32 : « Le premier alinéa de l'article R.111-11 du code de l'organisation judiciaire limite la diffusion en open data aux décisions de justice rendues par les juridictions judiciaires qui sont rendues

Il est à noter que le périmètre des décisions communicables a été réduit par l'article 33 loi n°2019-222 du 23 mars 2019, qui ajoutait aux exclusions énumérées à l'article 11-1 de la loi de 1972, un 4°, relatif aux « *matières mettant en cause le secret des affaires dans les conditions prévues au 3° de l'article L. 153-1 du C.com.* ».

En revanche, le décret ne précise pas le contenu de la base primaire JuriCA, non ouverte au public. A-t-elle vocation à recueillir *toutes* les décisions rendues par les juridictions du fond, sans restriction, ou seulement celles qui sont communicables au public ? Nous avons vu que la lecture du nouvel article R.433-3 orienterait vers une lecture restrictive, mais rien n'est précisé à cet égard. En l'état, aucune restriction de collecte des décisions n'est prévue, ce qui sous-entend que toutes les décisions, *même non prononcées publiquement*, ont vocation à être collectées.

L'existence d'une base à la fois exhaustive et intégrale soulève la question de ses usages. L'AIDP se borne à évoquer le principe d'un accès aux bases « non anonymisées », à l'ensemble des agents du ministère de la Justice.⁵⁶¹ Il semblerait que ces agents soient les seuls à pouvoir accéder à ces bases. En effet, l'accès par voie d'abonnement a été fermé, et aucune référence n'est faite aux conventions de recherche.

Si on voit bien la fonction « instrumentale » de réservoir de ces deux bases pour opérer les extractions dans la chaîne SDER, s'agissant de JuriCA, une lecture extensive revient à faire du SDER le depositaire légal de *toutes les décisions rendues par les juridictions*, alors que seule une partie a vocation à être communiquée au public.

Au-delà des risques d'usage malveillant soulevés par l'AIDP, ce modèle accentue la maîtrise de la Cour de cassation sur les bases contenant des décisions du fond. L'essentiel des mesures prises aujourd'hui porte sur le « format » des décisions à mettre à disposition du public.

B- Des informations occultées pour les décisions accessibles au public

À défaut de finalité spécifique assignée à la mise à disposition des décisions du fond, ce sont les principes relatifs à la protection des données à caractère personnel qui guident les formats des décisions⁵⁶². Les modalités en ont été fixées par la loi 2019-222 du 23 mars 2019, et par le décret n°2020-797 du 29 juin 2020. La préoccupation centrale a été de concilier la diffusion des données avec les règles protectrices de la vie privée, par la mise en place de procédures destinées à empêcher le mésusage de données personnelles.

publiquement et accessibles à toute personne sans autorisation préalable. Ainsi, la finalité du traitement, à savoir la diffusion exhaustive des décisions précitées, impose d'importer l'ensemble des décisions judiciaires intégrales rendues publiquement depuis les bases JURINET et JuriCA, mais, afin de minimiser les données collectées, les décisions rendues en chambre du conseil et qui sont donc exclues de la diffusion en open data ne sont pas importées dans la base SDER. ». Il est précisé en note qu'un filtre est appliqué en amont, au niveau des requêtes Oracle et lors du traitement des données retournées par ces requêtes, afin de ne créer dans MongoDB que des décisions « publiables ».

⁵⁶¹ AIDP, p. 4.

⁵⁶² Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

1- La loi du 23 mars 2019 complétait l'article L.111-13 du COJ par un alinéa 2, énumérant les informations à occulter, ainsi que les conditions de réutilisation des informations relatives à la juridiction : *« Les nom et prénoms des personnes physiques mentionnées dans la décision, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à la disposition du public. Lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d'identifier les parties, les tiers, les magistrats et les membres du greffe.*

Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18,226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (...).

Cette interdiction *« d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées »,* ne devrait pas faire obstacle à la conduite de recherches visant à analyser la dispersion des décisions entre les juridictions. En effet, l'unité pertinente est celle de la formation qui a rendu la décision, ce qui ne nécessite pas de connaître l'identité des magistrats qui la composent.

2- Le décret du 29 juin 2020 déclinait ensuite les modalités de cette mise à disposition, en insérant dans le COJ les articles R.111-10 à R.111-13. Ces articles mettent en place une procédure d'occultation complexe, qui implique de décider pratiquement au cas par cas du format à diffuser.

- L'alinéa 2 de l'article R. 111-11 prévoit ainsi que *« Lorsqu'elle est rendue par une juridiction du fond, la décision est communiquée à la Cour de cassation par le président de la juridiction dans les conditions fixées par un arrêté du ministre de la Justice ».* Et l'alinéa 3 ajoute que *« Lorsque la loi ou le règlement prévoit que la délivrance d'une copie peut n'être accordée qu'après occultation de tout ou partie des motifs de la décision, celle-ci est mise à la disposition du public dans les mêmes conditions. »*

- L'article R. 111-12 nouveau du COJ ajoute de la complexité à la procédure d'occultation: *« Dans le cas où, malgré l'occultation des nom et prénoms prévue par le deuxième alinéa de l'article L. 111-13, la mise à disposition de la décision est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée des personnes physiques mentionnées au jugement ou de leur entourage, la décision d'occulter tout autre élément d'identification est prise par le président de la formation de jugement ou le magistrat ayant rendu la décision en cause lorsque l'occultation concerne une partie ou un tiers.*

Lorsque l'occultation concerne un magistrat ou un membre du greffe, la décision est prise par le président de la juridiction concernée.

- Enfin, pour régler les litiges nés de l'application de ces textes, l'article R.111-13 a mis en place une procédure de recours spécifique: *« Toute personne intéressée peut introduire, à tout moment, devant un magistrat de la Cour de cassation désigné par le premier président, une demande d'occultation ou de levée d'occultation des éléments d'identification ayant fait l'objet de la décision mentionnée à l'article R. 111-12. (...).*

La décision prise en application du premier alinéa peut faire l'objet d'un recours devant le premier président de la Cour de cassation dans les deux mois suivant sa notification. Le premier président ou le président de chambre qui le supplée statue par ordonnance. »

- Pour l'exercice de ces recours, l'article 8 du décret prévoit la création un portail internet spécialement dédié : *« Le portail internet mentionné à l'article 7 indique les coordonnées des services du Conseil d'État et de la Cour de cassation auprès desquels les personnes intéressées peuvent faire valoir leurs droits d'accès et de rectification en application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Le même portail indique également les coordonnées des autorités auprès desquelles s'exercent les demandes d'occultation ou de levée d'occultation prévues aux articles R. 741 15 du code de justice administrative et R. 111-13 du code de l'organisation judiciaire ».*

On mesure la complexité de la procédure, et l'ampleur du chemin qui reste à parcourir avant l'ouverture au public de bases de données exhaustives opérationnelles.

Mais cette débauche de textes masque l'absence de réponse à la question à laquelle nous avons voulu répondre dans cette contribution : ces évolutions sont elles de nature à remettre en cause le périmètre de la jurisprudence ?

Conclusion : Le périmètre de la jurisprudence, à la croisée des chemins

Une fois encore, comme l'a montré l'histoire des banques de données des décisions du fond, la technique a précédé, voire a évincé, la réflexion théorique. Les contraintes technologiques et matérielles sont, et resteront longtemps au centre des préoccupations, alors que la question de la portée de cette mise en disposition *sur le système jurisprudentiel lui-même* n'a guère progressé. C'est cette réflexion qu'il est aujourd'hui urgent de conduire.

Le constat principal est que malgré la vocation « universaliste » de la mise à disposition des données judiciaires, les circuits préexistants ont été maintenus dans leur principe. Si de nouveaux usagers se profilent pour ces différentes bases (A), une incertitude demeure sur l'influence de ces usages sur le périmètre de la jurisprudence (B).

A- De nouveaux usagers pour les décisions du fond

Il faut rappeler que l'information n'existe pas "en soi", mais *« elle est information relativement au système qui l'acquiert, dans un processus qui engage activement le récepteur »*⁵⁶³. L'information est le résultat d'un certain nombre de *traitements*, qui font passer la décision du statut d'acte judiciaire, dont la portée est limitée au cercle des parties, à celui de *donnée* accessible à différents publics, et remplissant des finalités également diversifiées.

⁵⁶³ Évelyne Serverin, « La jurisprudence comme information: le contexte juridique de la production d'informations jurisprudentielles », in les juridictions suprêmes, du procès à la règle, Colloque Cercrid, Presses de l'Université de Saint-Etienne, 1991.

En ouvrant un accès électronique aux décisions, la loi de 2016 a certainement relancé l'intérêt pour les traitements des décisions du fond.

1- Au premier rang des usagers, on retrouvera les professionnels du droit, qui ont un intérêt à connaître les décisions judiciaires, en complément des arrêts de la Cour de cassation. Ces usagers sont les anciens abonnés au fonds de concours, dont l'accès aux décisions et avis contenus dans les bases de données tenues par le SDER était aménagé par le 1° de l'article R.421-10 du COJ. Avec la suppression de cette disposition par le décret n°2020-797 du 29 juin 2020, cet accès sera progressivement fermé.

2- Sont également concernés les professionnels qui demandent la délivrance des copies de décisions de justice, sur le fondement de l'article L.111-14 du COJ : « *Concrètement, il peut s'agir d'éditeurs juridiques, de journalistes de la presse généraliste, d'avocats, de documentalistes ou encore d'universitaires* »⁵⁶⁴.

3- Au-delà de ces usages « traditionnels », la promesse d'arrivée d'une masse de données a suscité un intérêt nouveau pour la *justice prédictive* et de ses outils⁵⁶⁵. C'est sans doute sur cette dimension que les réflexions théoriques et pratiques ont été le plus dynamiques⁵⁶⁶, avec une importante dimension prospective.

4- Les *décisions* font l'objet depuis de nombreuses années d'études thématiques chiffrées. D'abord développées en collaboration avec les services statistiques⁵⁶⁷, ces études

⁵⁶⁴ Emmanuel Barthe et Xavier Haubry, « Délivrance et coût des copies de décisions de justice délivrées à des tiers », 2008, p. 1.

https://www.precisement.org/blog/IMG/pdf/article_delivrance_cout_decisions_justice_barthe_haubry_2008-09.pdf.

⁵⁶⁵ Les Archives de Philosophie du droit ont consacré à la justice prédictive leur tome 60, paru en décembre 2018. Pour une étude récente, consacrée aux professionnels impliqués dans ce mouvement, v. le rapport de recherche réalisé pour la Mission de recherche Droit et Justice par une équipe de juristes du CERAPS. « *Outils de « justice prédictive » : enjeux et cartographie sociologique des professionnels concernés* », octobre 2020.

⁵⁶⁶ Voir sur ce point le dossier « Justice et intelligence artificielle, préparer demain » Regards croisés d'une juriste et d'un mathématicien. Dossier proposé par Laurence Pécaut-Rivolier, conseillère à la Cour de cassation, et Stéphane Robin, directeur de recherche à l'INRA. <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/justice-et-intelligence-artificielle-preparer-demain-episode-i#>.

⁵⁶⁷ Cette association est très ancienne, et remonte aux débuts de la collaboration avec le service statistique autour de la refonte des nomenclatures. Pour une étude portant sur 11000 décisions prud'homales, v. E. Serverin "Les litiges du travail au temps du jugement prud'homal", *Revue nationale des Barreaux*, n° 66-67, janvier-juin 2002, pp. 65-167. Sur les décisions portant sur la révision des prestations compensatoires, v. E. Serverin et B. Munoz Perez, *Les prestations compensatoires à l'épreuve du temps*, ministère de la Justice, DACS, Cellule études et recherches, /IRERP, septembre 2006, 85 p.

exploitent des bases de données décisionnelles, selon des méthodes et des hypothèses qui varient selon qu'il s'agit de juristes⁵⁶⁸, ou d'économistes⁵⁶⁹.

La SDSE développe de son côté son propre programme d'étude sur décisions. Dans son programme pour 2021⁵⁷⁰, la SDSE fait ainsi état pour 2020 d'une saisie des décisions sur la motivation des peines ; d'une collecte et saisie des décisions de l'enquête sur les contentieux bailleurs et les contentieux des squats. L'année 2021 verra la fin de la collecte et de la saisie de l'enquête sur décisions relative aux contentieux du logement, interrompue par la crise sanitaire. Dans ce contexte, la collecte des décisions relatives aux saisies immobilières est abandonnée. Elle est remplacée par une collecte de décisions relatives aux ordonnances de protection en cas de violences conjugales, dont la production devra être terminée à la fin de l'année 2021 pour permettre une exploitation dès le début 2022. Il est par ailleurs prévu d'apparier les données de cette enquête avec des données pénales, afin de permettre une vision plus complète du traitement judiciaire des auteurs de violences conjugales. Est également prévue pour 2021 la préparation d'une enquête sur décisions relatives aux entreprises en difficulté, dont la collecte aura lieu en 2022 ».

Cet accès devrait donner un regain d'intérêt aux recherches empiriques sur des contentieux spécifiques, impliquant de disposer de corpus étendus. Au-delà de l'accès à la base publique, qui comporte des limites de format et de contenus, ces chercheurs peuvent être tentés de revendiquer l'accès aux nouvelles bases intègres JURINET et JuriCA, ce qui implique de prévoir de nouvelles autorisations. Cet accès vient compléter les études conduites par la SDSE à partir de collectes ponctuelles d'échantillons de décisions sous format papier, réalisées auprès des juridictions ; une grille d'analyse est définie à partir d'un sous-échantillon de ces décisions, et est utilisée pour la saisie des principales informations en une base structurée permettant l'exploitation statistique.

3- La mobilisation des données issues de l'activité des tribunaux s'inscrit dans un mouvement international qui fait de la « donnée » un enjeu pour l'évaluation de l'administration de la justice. Mais cette mobilisation est réalisée de manière inégale selon les disciplines. Une

⁵⁶⁸ Pour une étude des litiges du travail à partir des arrêts de cours d'appel, v. Raphaël Dalmasso et Camille Signoretto, « Une première évaluation du « barème » d'indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse mis en place par l'ordonnance n° 1387 du 22 septembre 2017 », *Droit Social*, Études, n°2, Février 2022. Les décisions correctionnelles ont été étudiées dans le cadre d'un rapport remis en novembre 2019 sur la *Barémisation de la justice*, conduite sous la direction scientifique de S. Gerry-Vernières, Professeur de droit privé et de sciences criminelles, Université Grenoble Alpes. Cette étude comporte notamment une exploitation de décisions rendues en première instance en matière correctionnelle dans les tribunaux de grande instance sélectionnés entre le 1er janvier 2017 et le 30 juin 2017.

⁵⁶⁹ Les économistes français utilisent plus rarement les décisions de justice pour conduire des études, se fondant plutôt sur les données issues des bases statistiques. Mais le développement international des études économétriques portant sur des décisions a visiblement une influence sur les pratiques académiques, qui s'ouvrent à ce nouveau matériau. V. sur ce point l'étude proposée par un groupe d'économistes sur 145000 arrêts d'appels rendus en matière de licenciement. Son cadre théorique est bien éloigné de celui des juristes, puisque le procès n'est pas étudié comme un lieu d'application du droit dans un cadre contradictoire, mais comme un *risque* pour l'entreprise, facteur d'incertitude et d'inégalité de traitement, avec une incidence négative sur l'emploi et les performances de l'entreprise. Pierre Cahuc, Stéphane Carcillo, Bérengère Patault, Flavien Moreau « Judge Bias in Labor Courts and Firm Performance, IZA DP n° 13794, octobre 2020. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3713635.

⁵⁷⁰ Ministère de la Justice, Programme de travail de la sous-direction de la statistique et des études (SDSE), service statistique ministériel de la justice – 2021, 1er Janvier 2021, p. 6

recension des travaux réalisée par la Banque mondiale sur les institutions judiciaires met en évidence au niveau international l'écrasante domination des études économétriques portant sur les données judiciaires. Ces études portent sur des sujets variés, des performances de la justice (efficacité, accessibilité), à la prédictibilité et la mesure des « biais » des décisions, et mobilisent un vaste panel de données (statistiques et textuelles)⁵⁷¹. Les professionnels du droit restent en retrait dans cet usage, faute d'expertise dans le traitement de données⁵⁷². C'est finalement sur le terrain classique de la connaissance des pratiques décisionnelles qu'ils peuvent tirer parti des outils de traitement des textes, notamment dans la logique de recherche des précédents⁵⁷³.

- L'ouverture annoncée de bases de données des décisions du fond est sans aucun doute riche de traitements à venir. Pour autant, peut-on dire que cette ouverture a changé le périmètre de la jurisprudence, qui se confondrait désormais avec l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux ? Ce serait méconnaître que la jurisprudence, comme modèle de régulation « par le haut », n'est pas qu'une affaire d'accès matériel aux décisions, mais engage *des mécanismes d'ordre procédural* qui restent à identifier.

B- Les conditions d'une redéfinition du périmètre de la jurisprudence

Reprenons, en le reformulant, le questionnement initial. L'injection d'une masse de décisions dans un système jurisprudentiel historiquement sélectif, est-elle de nature à confondre contentieux et jurisprudence, en remettant en question le modèle du « précédent d'interprétation » qui prévaut dans notre système judiciaire ?⁵⁷⁴. Poser la question en ces termes revient à se demander *quelles sont les conditions à remplir pour injecter une dose de précédent dans le système de précédent d'interprétation ?*

Pour passer d'un modèle à l'autre, il ne suffit pas de disposer de masses de décisions, il faut pouvoir les invoquer dans une procédure.

- Développer des jurisprudences locales, qui s'imposeraient aux juges, comme le suggérait le professeur Edmond Bertrand il y a près d'un demi-siècle⁵⁷⁵, implique d'autres

⁵⁷¹ Manuel Ramos Maqueda, Daniel L. Chen, *The Role of Justice in Development The Data Revolution*, Working paper 9720, World Bank Group, juin 2021.

⁵⁷² Ibid., p. 21 « *Judicial officers are rarely experts on data analysis, and engineers generally lack the domain expertise necessary to understand the functioning of the law.*

⁵⁷³ Ibid., p. 28 : « *The promise of Natural language Processing methods may also be of particular relevance to support legal actors' knowledge of jurisprudence. Legal search engines already compile jurisprudence and identify decisions that are similar to the one at hand, decisions that apply similar laws and regulations ; or decisions with similar case patterns, among other characteristics* ».

⁵⁷⁴ Dans notre système dit de « droit écrit », la jurisprudence constitue un « précédent d'interprétation », et non un « précédent de cas », comme dans les pays de *common law*. Sur cette distinction, v. Donald Neil MacCormick, Robert Samuel Summers, « Interpreting precedents », Ashgate, Dartmouth, 1997, p. 536-537. V. également la conclusion de notre article précité aux *Archives de Philosophie du droit*, décembre 2018, p. 87 et s.

⁵⁷⁵ Edmond Bertrand, « Une expérience aixoise : de la documentation et de l'information juridique à l'informatique », *JCP Ed. G.*, 1968, 2195. Edmond Bertrand et Pierre Julian, « Vers une informatique judiciaire », *D.* 1972, p. 123-128.

avancées, à la fois d'ordre théorique, notamment sur les fonctions de la Cour de cassation⁵⁷⁶, mais aussi et surtout, d'ordre procédural. On ne peut se borner à dire, comme le fait le rapport sur l'open data, que l'accès aux décisions « [offrira] aux justiciables la possibilité de discuter les divergences de jurisprudence »⁵⁷⁷. Encore faut-il donner une place à cette discussion au sein du procès, place qui variera selon les objectifs visés.

L'exemple du traitement DataJust montre qu'il ne peut y avoir, en l'état du droit, d'*effet direct* des décisions passées sur les décisions futures, et que les algorithmes ne peuvent produire qu'une description de ces pratiques, sans effet normatif. Pour aller dans la direction d'un système de précédents horizontaux, il serait nécessaire de réformer la règle prohibant les arrêts de règlement (article 5 C. civ. Civil), et surtout, de revenir sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui sanctionne la motivation par référence (art. 455 du C.pr.civ.).

- À l'inverse et de manière paradoxale, cette ouverture peut contribuer à renforcer le système de précédents d'interprétation, moyennant des aménagements spécifiques. La Cour de cassation pourrait ainsi identifier et traiter *explicitement* dans ses arrêts les divergences d'interprétation entre les juges du fond. Ces divergences, qui constituent une cause de renvoi en assemblée plénière, dans les conditions de l'alinéa 1 de l'article L.431-6 du COJ⁵⁷⁸, pourraient faire l'objet de rapports spécifiques, qui seraient communiquées au public.

Quelle que soit l'orientation retenue, la prise en compte dans les procédures des tendances observées dans les décisions des juridictions du fond, impliquera le recours à des moyens de preuve adaptés, qui feront intervenir dans les débats des experts du traitement des données judiciaires.

C'est au vu de ces évolutions que l'on pourra dire si l'article 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016, qui a introduit dans le COJ l'article L.111-13, a contribué à remettre en cause le périmètre de la jurisprudence.

⁵⁷⁶ Parmi ces contributions récentes, v. l'ouvrage collectif, *Quel avenir pour les juridictions suprêmes ? Études de droit comparé sur la cassation en matière civile*, sous la dir. de Cécile Chainais, Burkhard Hess, Achille Saletti, Jean-François Van Drooghenbroeck, Bruylant Edition, Lsb. Hors Coll., juin 2021.

⁵⁷⁷ Rapport *préc.*, nov. 2017, p. 29.

⁵⁷⁸ Article L.431-6 du COJ : « Le renvoi devant l'assemblée plénière peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation (...). ».

Réponse au questionnaire proposé par le Groupe de réflexion sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence

Philippe THERY

Professeur émérite à l'Université Panthéon - Assas

Janvier 2022

1- La difficulté de répondre aux questions posées apparaît lorsque l'on relit l'article fondamental de Pierre Hébraud, « le juge et la jurisprudence » paru dans les mélanges Couzinet⁵⁷⁹. Il s'intéresse à la formation de la jurisprudence avant de se poser la question de sa valeur juridique. Son article montre de la manière la plus claire que la jurisprudence est le résultat naturel de l'activité du juge, à quelque hauteur qu'il se situe dans l'organisation judiciaire. Il rejoint sur ce point Portalis qui, dans le Discours préliminaire sur le premier projet de code civil écrit :

« Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois. »

Le juge exerce son office à côté d'autres juges, dont les décisions ne peuvent lui être indifférentes, notamment en raison de cet atavisme du juriste pour qui des situations semblables doivent être réglées de la même manière. On peut, à ce propos, évoquer un canal officieux qui peut contribuer à l'élaboration de la jurisprudence, abstraction faite de toute préoccupation hiérarchique semble-t-il : la liste de discussion entre magistrats, sorte d'intranet réservé aux spécialistes des mêmes matières, évoquée lors d'un colloque de la Cour consacré à la jurisprudence et à l'open data⁵⁸⁰. La pratique d'une réflexion commune des juges qui traitent des contentieux identiques est une bonne illustration de la formation collective d'une jurisprudence. Mais, à qui attribuera-t-on cette jurisprudence ? À la juridiction qui la première aurait retenu la solution ou à une juridiction supérieure qui l'aurait reprise ? Le juge appartient en effet à une institution hiérarchisée. Lorsqu'il doit trancher un litige, il peut se trouver placé devant l'alternative suivante : adopter une solution qui lui paraît préférable ou prendre en compte le risque de voir sa décision remise en cause par une juridiction supérieure. Cette situation n'est sans doute pas la plus fréquente parce qu'il existe, dans de nombreux domaines, un consensus sur la solution appropriée, à la fois parce que cette solution est satisfaisante et parce que toute autre solution serait condamnée soit en appel, soit en cassation. Il peut s'établir ainsi des jurisprudences au long cours qui acquièrent une longévité égale, voire supérieure, à celle des lois.

Mais, il suffit que cet équilibre soit modifié – le plus souvent parce que l'adéquation de la solution aux besoins perd de son évidence – et, dans ce cas, comme le soulignait Pierre Catala, « l'innovation vient de la base, l'audace appartient aux juges du fond, confrontés

⁵⁷⁹ Presses universitaires de Toulouse 1974

⁵⁸⁰ Information communiquée lors du Colloque « La jurisprudence dans le mouvement de l'open data », Cour de cassation, 14 octobre 2016, par J-P. Jean, intervention après le rapport de Mme. Arens, à 12'07.

quotidiennement à des lois imparfaites et à des situations imprévues »⁵⁸¹. On peut en trouver un exemple dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 17 décembre 2004⁵⁸² ayant refusé d'appliquer les propositions du rapport préparé par Nicolas Molfessis sur l'aménagement des revirements de jurisprudence. L'examen de la chronologie est intéressant : l'arrêt statuait sur un pourvoi formé contre un arrêt du 5 novembre 2002 confirmant un jugement subordonnant la validité d'une clause de non-concurrence à l'existence d'une contrepartie financière. Ce jugement avait nécessairement été rendu avant l'arrêt du 10 juillet 2002 imposant une contrepartie financière aux clauses de non-concurrence. Le juriste parlera de la « *jurisprudence de l'arrêt du 10 juillet 2002* » mais on voit que l'on peut s'interroger sur la naissance de cette jurisprudence et se demander si le jugement n'est pas ici aussi important – intellectuellement s'entend – que l'arrêt de la Cour de cassation. Autre exemple, celui des arrêts de rejet rendus autrefois en chambres réunies, aujourd'hui en assemblée plénière. On les présente généralement en disant que la Cour s'est rendue aux raisons des juges du fond, ce qui exact, mais il faut aussi tenir compte du changement de composition de la formation dont les membres, s'ils ne sont pas des spécialistes, peuvent avoir sur la question posée une vue différente des magistrats de la chambre concernée.

Enfin il faut s'entendre sur ce que l'on entend par jurisprudence. Au sens strict, la jurisprudence est liée à la motivation à partir de laquelle, par un raisonnement inductif, une généralisation est possible, mais on peut en avoir une conception plus compréhensive en y incluant, par exemple, les statistiques qui peuvent être établies à partir du dispositif. Le mot peut recouvrir la motivation mais aussi le dispositif⁵⁸³. Si les questions posées se rapportent davantage à la jurisprudence envisagée sous l'angle hiérarchique, il n'était sans doute pas inutile de rappeler ces interférences qui font de la jurisprudence une œuvre collective dont la stratification n'est qu'un des aspects.

2- Envisagée, comme le suggère le questionnaire, en tenant compte du facteur hiérarchique, la réponse est sans doute plus facile, mais sa portée probablement plus incertaine. Le contentieux porté devant la Cour de cassation ne concerne qu'une très faible proportion des décisions rendues, puisque le faible taux de pourvois est calculé à partir d'arrêts qui, eux-mêmes, ne s'appliquent qu'à environ 20% environ des décisions de première instance⁵⁸⁴. En outre, il est possible que le caractère exécutoire attaché aux décisions de première instance fasse baisser encore le taux d'appel. Il ne peut plus, en effet, servir à retarder la solution du procès et, une fois la condamnation exécutée, il faut avoir de solides arguments pour interjeter appel. Ici, l'open data jouerait probablement un rôle pour déterminer si les chances de gagner en appel justifient le recours. Cette masse considérable de décisions qui ne font l'objet d'aucun recours laisse penser qu'il pourrait exister dans les décisions non frappées de recours des lignes jurisprudentielles qui demeurent ignorées et que l'open data pourrait révéler.

⁵⁸¹ P. Catala, La jurisprudence des cours d'appel, in *Le droit à l'épreuve du numérique*, Puf 1998, chapitre 8, n°7.

⁵⁸² Soc. 17 décembre 2004, B.V.n° 346

⁵⁸³ V. infra à propos de la jurisprudence des cours d'appel

⁵⁸⁴ Aux alentours de 14-15%, exception faite des chiffres atypiques des décisions des conseils de prud'hommes qui varient entre 59,7% (2018) et 66,8% (2015). Le taux des pourvois est, dans les dernières années, inférieur à 10%. Ces chiffres sont extraits des « références statistiques Justice, L'activité civile et commerciale des juridictions ».

3- La possibilité d'une jurisprudence des cours d'appel a déjà été étudiée⁵⁸⁵. Historiquement, elle a certainement eu de l'importance au XIX^{ème} siècle, sinon l'existence de recueils d'arrêts des cours n'aurait pas eu de raison d'être. Ces recueils sont nombreux et la durée de leur parution est variable⁵⁸⁶. Dupin Aîné a même publié un ouvrage intitulé « *De la jurisprudence des arrêts à l'usage de ceux qui les font et de ceux qui les citent* » dans lequel il explique les raisons pour lesquelles il est bon de suivre la jurisprudence des cours qui constitue le dernier mot sur une question, sous le contrôle de la Cour de cassation qui, à l'époque est d'abord gardienne de la loi : « *L'uniformité de Jurisprudence est garantie d'ailleurs par l'institution de cette cour régulatrice qui, prenant pour devise La Loi, a pour mission de ramener à ce point, comme à un centre unique, tous les arrêts qui tenteraient de s'en écarter* »⁵⁸⁷. C'est aussi le lieu de rappeler l'existence du pourvoi dans l'intérêt de la loi qui, dans l'esprit des politiques de la période révolutionnaire largement entendue, devait permettre de prévenir toute velléité de faire naître une jurisprudence des juges du fond.

Le recensement de la jurisprudence des cours a pris une nouvelle forme dans les quatre ou cinq dernières décennies, le plus souvent à cause du partenariat conclu entre Edidata et les Instituts d'études judiciaires des universités pour l'établissement des abstracts des arrêts d'appel. Cette manne de décisions a, souvent, conduit les universités à créer une revue à laquelle les barreaux ont aussi été associés. Pierre Catala, qui a consacré une étude à ce sujet⁵⁸⁸, y adopte une vue compréhensive de ce qu'est la jurisprudence en suggérant d'y inclure « la pure appréciation des données », observation étant faite « qu'il existe dans le traitement du fait, d'authentiques particularismes régionaux »⁵⁸⁹. Il est certain, comme le souligne l'auteur, que « les praticiens ne font pas la fine bouche, qui sont friands d'informations sur le quantum des dommages-intérêts, pensions ou autres sommes allouées par « leur » cour »⁵⁹⁰, mais on peut penser que ces données ne constituent pas une jurisprudence, seulement les résultats de son application. La distinction a été excellemment formulée par M. Frison-Roche et S. Bories : « *Deux observations doivent être formulées, tenant d'une part à la nature et d'autre part à la forme de la décision de justice. Il faut rappeler, avant tout, que celle-ci s'inscrit dans un système hiérarchique et, partant, dans un processus de communication : le juge, auteur de la décision (émetteur), envoie un message à destination d'un autre juge (récepteur) qui est soit le juge du second degré, soit le juge de cassation dans une phase ascendante, soit les juges du second degré dans une phase descendante. On soulèvera l'hypothèse selon laquelle les parties au procès ne sont finalement les récepteurs que de la solution donnée au litige, alors que les destinataires du discours judiciaire qui s'incarne dans la décision sont les autres juges.*⁵⁹¹ ».

⁵⁸⁵ P. Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique*, Puf 1998, p.157 et s. V. aussi *La « jurisprudence » des cours d'appel et l'élaboration de la norme*, in MOLFESSIS (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration de la norme*, 2004, Economica, p. 129

⁵⁸⁶ Les indications du site *Gallica* sont sans doute sujettes à caution parce que tout n'a probablement pas été numérisé. Mais on peut citer des exemples : Cour de Rennes, dernier numéro recensé 1939 ; Cour de Bordeaux, 1826-1941, Cour de Grenoble 1884-1971, Cour de Nancy, 1825, Colmar, 1805-1827, Montpellier, Nîmes, Aix et Toulouse

⁵⁸⁷ p.70-71

⁵⁸⁸ Précitée, note 3

⁵⁸⁹ Ibid.

⁵⁹⁰ Ibid.

⁵⁹¹ *La jurisprudence massive*, D. 1993 p.287.

Cette observation fait ressortir l'ambiguïté de l'open data selon que l'on envisage le résultat d'une procédure ou les moyens de la mettre en œuvre.

Pour terminer sur ce point, c'est sans doute une banalité de dire que l'existence d'une jurisprudence des cours est inversement proportionnelle au contrôle exercé par la Cour de cassation : l'absence de contrôle permet d'unifier les solutions pour un ressort de cour, même si, par le biais du manque de base légale, la Cour de cassation peut trouver une prise sur une jurisprudence qu'elle voudrait censurer. Dans cette perspective, la réduction souhaitée par la Cour du nombre de pourvois – on rappellera que le président Canivet estimait à 400, sur les 32600 arrêts rendus en 2005, ceux qui avaient une portée normative⁵⁹² – contribuerait à développer cette jurisprudence qui, insusceptible de pourvoi, pourrait être directement critiquée devant la Cour de Strasbourg.

4- L'évolution de la jurisprudence entre le XIX^{ème} siècle et aujourd'hui a donné à la Cour de cassation une place plus importante pour diverses raisons⁵⁹³. La première pourrait être un resserrement du contrôle qu'elle a exercé tout en rendant des arrêts de grande qualité, ce qui ne pouvait qu'attirer l'attention des commentateurs. Le commentaire d'arrêt tel que nous le connaissons aujourd'hui est apparu vers 1870-80, à un moment où le vieillissement du code civil est devenu plus voyant. Dans certains domaines, les règles n'ont été élaborées que par la jurisprudence : responsabilité civile, à partir de cinq articles ; droit international privé à partir du seul article 3 du code civil qui n'envisageait que les immeubles et l'état et la capacité. Il est incontestable que ces domaines lacunaires ont été progressivement complétés par une collaboration intellectuelle entre la Cour et les universitaires mais aussi les avocats spécialistes de ces matières⁵⁹⁴. D'une façon générale, l'opposition que l'on veut faire entre pratique et doctrine est aujourd'hui sérieusement contestable. La lecture des revues les plus « théoriques », du moins celles dans lesquelles on ne se contente pas d'attirer l'attention des lecteurs sur l'existence d'un arrêt dont on paraphrase l'attendu essentiel, montre que la plupart des auteurs s'attachent à envisager sous un angle pratique les situations qu'ils étudient et les conséquences que peuvent avoir leurs propositions. Enfin, une dernière raison du développement du rôle de la Cour est sans doute le développement mal contrôlé de la législation. Il crée des conflits et engendre des incertitudes qui appellent l'intervention de la Cour.

Se demander si le développement de la jurisprudence des juges du fond ne risque pas de subvertir la jurisprudence me paraît une question qui n'aurait lieu de se poser que si la Cour de cassation élargissait les domaines non contrôlés ou exceptionnellement contrôlés par elle. On voit mal comment, sur le plan institutionnel qui est ici déterminant, la révélation de la jurisprudence des juges du fond par l'open data pourrait empêcher la Cour de cassation d'assurer son office : quel que soit le volume de décisions analysées, pèse-t-il vraiment à côté d'un ou plusieurs arrêts de la Cour de cassation affirmant ou réaffirmant une solution ?

⁵⁹² Conférence donnée à l'Académie des sciences morales et politiques le 13 nov. 2006, *Vision prospective de la Cour de cassation*.

⁵⁹³ Sur une présentation rapide de l'évolution du contrôle depuis le Tribunal de cassation, v. La cassation en matière civile, Dalloz action, n°01.91 et s.

⁵⁹⁴ Ce que montrent clairement la diversité des personnes qui assistent aux réunions du comité français de droit international privé.

5- Dans un droit qui, comme le droit français, n'accorde pas à la jurisprudence une valeur de « *precedent* » au sens anglo-saxon du terme, c'est-à-dire l'obligation de respecter une décision déjà rendue sauf à justifier un « *distinguishing* », c'est-à-dire à établir que les circonstances de l'affaire sont suffisamment différentes pour écarter le « *precedent* », les opinions dissidentes ne me paraissent pas avoir leur place. En Angleterre, l'autorité du « *precedent* » ne souffre pas de la publication d'une opinion dissidente qui permet d'éclairer les débats qui ont eu lieu. Dans le système français, en l'absence de caractère obligatoire d'une décision rendue par une juridiction supérieure, une opinion dissidente affaiblirait la portée d'une décision pourtant rendue à la majorité des juges.

6- Pour terminer, l'influence de l'open data sur l'office du juge me paraît très conjecturale. La décision d'un juge demeure l'examen du cas particulier qui lui est soumis, en tenant compte, comme on l'a dit plus haut, de ce qui a pu être jugé antérieurement, sans être tenu de s'y conformer. Il ne paraît pas utile de citer un précédent⁵⁹⁵ dès lors que la motivation de la décision est soignée. Quant à la nécessité d'une motivation « renforcée » lorsque la décision s'écarterait d'une décision antérieure, on comprend bien la proposition, mais on ne voit pas comment faire, sauf à introduire dans la décision le rappel des solutions possibles et les raisons qui justifient le choix opéré dans la décision⁵⁹⁶. Est-ce opportun ? Le fait de s'écarter d'une solution établie exige seulement une motivation appropriée et complète qui permette de comprendre la décision. On peut ici procéder par comparaison : lorsque le législateur pose une règle que le juge peut modifier (ex. clause pénale manifestement excessive ou dérisoire ou privation du délai de deux mois prévu par l'article L.412-1 en matière d'expulsion), une motivation n'est requise que si le juge décide de modifier le montant de la clause pénale ou de priver la personne expulsée du délai de deux mois. L'article 62 de la loi du 9 juillet 1991 exigeait une décision « spécialement motivée » en cas de suppression du délai, mais l'article L. 412-1 Cpce n'en fait plus état. Il est très douteux pourtant que l'exigence de motivation en soit affectée : si le juge estime que les circonstances justifient de priver l'occupant du délai de deux mois, il doit évidemment motiver sa décision, mais cette motivation n'est pas différente d'une motivation ordinaire.

En revanche, une amélioration de la motivation des décisions de la Cour de cassation est nécessaire : on ne peut pas vouloir « faire » le droit sans s'en expliquer, en particulier parce que le domaine d'application d'une règle, jurisprudentielle ou légale, dépend de sa raison d'être⁵⁹⁷. Certains arrêts de la Cour seraient sans doute moins controversés s'ils précisaient pourquoi la solution a été retenue.

Ces développements ne veulent pas dire que l'open data sera sans influence sur le contentieux. Sa première utilité sera sans doute de permettre aux parties d'obtenir une évaluation des chances de gain ou de perte qui leur permette d'apprécier l'opportunité de mettre fin à leur litige par un accord⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ Etant observé que l'open data fait disparaître la notion même de précédent puisque toute décision est appréhendée comme un fait noyé dans le traitement statistique.

⁵⁹⁶ Ce qui est le rôle du conseiller rapporteur ou du Parquet général, qui suggèrent *des* raisons de décider.

⁵⁹⁷ « *Cessante ratione legis, cessat lex* ».

⁵⁹⁸ En Grande-Bretagne, les accords sont plus nombreux qu'en France. Si la première explication réside dans le coût très élevé de la procédure, la connaissance de ce que sera probablement la décision du juge y contribue aussi. Les parties sont ainsi mieux à-même de formuler des propositions.

La jurisprudence révélée

Frédéric ZENATI-CASTAING

Professeur agrégé à l'université Jean Moulin Lyon 3

Février 2022

La méthode retenue pour répondre à la demande d'expertise ne consistera pas à présenter successivement les questions posées et à tenter d'y apporter, l'une après l'autre, une réponse, mais à livrer une réflexion d'ensemble sur le sujet à l'occasion de laquelle les questions posées surgiront en leur temps dans le cadre d'une dialectique plus éclairante qu'un questionnaire. À la fin de cette réflexion, une vérification sera toutefois faite de ce que chaque question a reçu sa réponse. Cette méthode présente l'avantage de dépasser le cadre strict des questions, comme y convie le groupe de travail.

Les termes dans lesquels les problèmes sont posés sont importants. Il convient de les soumettre à la critique, parce qu'ils sont évidemment porteurs de questions de fond.

L'*open data*, notion devenue officielle, est un anglicisme qui a le mérite de traduire de manière ramassée l'accessibilité complète des décisions de justice rendue possible grâce aux technologies de l'information et par la volonté des pouvoirs publics. Mais il ne fait que traduire le point de départ d'une réflexion qui s'assigne pour objet la jurisprudence et les sources du droit⁵⁹⁹. Il s'agit, à présent, de savoir ce que l'on va faire du produit de cette découverte.

La justice prédictive, qui est une des réponses, est apparemment moins la source d'une acculturation que l'*open data*, mais elle ne l'est pas moins, en réalité. L'idée de prédire la justice vient des praticiens du droit américain, qui évoluent dans un système juridique où les décisions de justice sont particulièrement imprévisibles et où, par conséquent, existe un fort besoin de prévision. Ce besoin n'est qu'un des aspects, d'ailleurs principalement commercial, du problème posé par la divulgation numérique des jugements.

La jurimétrie, concept qui a la faveur de la profession des avocats et que retient la lettre de mission, n'est pas moins, sous des dehors plus objectifs, connotée que les précédents. L'expression a été inventée par un *lawyer* américain, Lee Loevinger, qui a créé ce concept en 1949, dans le contexte du triomphe du réalisme juridique américain qui a eu lieu au cours de la première moitié du XXe siècle. Loevinger pensait que la connaissance du droit ne pouvait pas être acquise par la spéculation, comme on le croyait depuis l'avènement aux États-Unis, sur le modèle du droit romaniste, du *Restatement of the law*⁶⁰⁰, et qu'elle ne pouvait l'être que par observation de la manière dont fonctionne la pratique judiciaire⁶⁰¹. Son idée a été reprise par des informaticiens du droit qui se sont proposés de relever ce défi en programmant les faits les plus décisifs relevés dans des espèces, ce qui débouchait sur une science du droit fondée sur des

⁵⁹⁹ Ses retombées générales ont déjà été étudiées C'était l'objet du rapport de la mission sur l'*open data* des décisions de justice, déposé en 2017.

⁶⁰⁰ Sur cette page de l'histoire du droit américain, v. FZC, *Le savoir des lois. Essai sur le droit romaniste*, Dalloz, 2021, p. 104 s. Sur le réalisme américain, v. *infra*. chap. Ier.

⁶⁰¹ L. Loevinger, "Jurimetrics--The Next Step Forward". *Revue de droit du Minnesota*. 33 : 45.

procédés empiriques⁶⁰². Si la jurimétrie n'est pas instrumentalisée professionnellement, elle est néanmoins marquée par une philosophie qui se propose de substituer au droit de manière volontariste des méthodes qui relèvent des sciences exactes, ce qui est un postulat qui mérite discussion.

Ce qu'offre objectivement la divulgation de l'intégralité des jugements grâce à l'outil numérique, c'est *la perspective de leur exploitation à l'aide de l'intelligence artificielle* (ou de l'informatique avancée, si l'on souhaite éviter cette expression à la mode). C'est là que gît le problème. Cette technologie a fait des progrès tels qu'elle permet à un logiciel de lire un écrit et d'en communiquer le sens. Son utilisation dans le domaine du droit, aujourd'hui encore dans les limbes, est le moyen de relever le défi de l'exploitation d'une quantité gigantesque de jugements⁶⁰³. Elle peut consister en un simple moteur de recherche adapté au maniement de données massives permettant d'accéder à toutes les décisions définies par une requête. Elle peut aussi fournir à son usager des statistiques relatives à des décisions rendues sur un sujet donné dans un domaine déterminé : c'est de la sociologie du droit assistée par ordinateur. Enfin, elle peut prendre la forme plus élaborée d'un logiciel qui étudie la jurisprudence et y repère les critères de décision des juges en vue d'en donner une modélisation. Il importe de souligner, pour souligner dès à présent la portée de l'innovation, que ces réponses sont obtenues grâce à une requête qui peut être formulée en termes purement factuels.

Ces possibilités nouvelles remettent objectivement en question la perception que l'on avait jusqu'à présent de la jurisprudence. La raison est qu'elles *révèlent une réalité* très différente de celle des recueils d'arrêts, par lesquels on se représentait jusqu'à présent la jurisprudence, une réalité moins normative, plus proche des faits et plus prudentielle. C'est donc l'idée d'une *jurisprudence révélée* qui constitue le concept exact traduisant la révolution provoquée par l'exploitation numérique de l'universalité des jugements. Cette révélation est un événement historique. On sait, depuis l'époque moderne, et au moins depuis le matérialisme historique, que les innovations technologiques sont susceptibles de transformer les sociétés et les cultures⁶⁰⁴. De la même manière que la découverte de l'imprimerie a favorisé la propagation de la loi, et que l'avènement des revues juridiques après la codification a favorisé la diffusion et l'affirmation de la norme⁶⁰⁵, l'invention des ordinateurs est susceptible de provoquer un retour aux cas. L'entrée dans l'ère numérique a déjà montré les bouleversements apportés à la connaissance du droit⁶⁰⁶, mais ce n'était qu'un début. Une étape nouvelle s'amorce aujourd'hui, semble-t-il beaucoup plus décisive, où l'on perçoit de plus en plus les ruptures que cette ère apporte, jusque dans les sources du droit : la marginalisation de la doctrine par sa désscientification et par celle, corrélative, de la culture juridique⁶⁰⁷, puis, à présent, une

⁶⁰² V. *infra*, note 15. Plus récemment, v. C.J.M. Combrink and JGL van der Wees, Centre for computer and law, Erasmus university, Rotterdam, The role of source of law in Knowledge based systems, in *Challenge to law at the end of the 20th century*, 17th congress IVR, 1995, CLUEB, Bologna, 1995, T. V, p. 238 s.

⁶⁰³ Sur les différents opérateurs du marché français et les services qu'ils offrent, v. E. Barthe, Les outils de l'intelligence artificielle pour le droit français, JCP 2019, doctr. 381.

⁶⁰⁴ *Le droit au contact de l'innovation technologique*, CERCRID, Université Jean Monnet, 1989, où il était déjà question de systèmes experts et de redéfinition de la notion de jurisprudence.

⁶⁰⁵ E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, PUL, 1985.

⁶⁰⁶ V. P. Catala, *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex machina*, PUF, 1998.

⁶⁰⁷ *Le savoir des lois, op. cit.* Chap. XI, spéc. p. 188, 198, 203.

reconfiguration, mieux, une réinvention de la jurisprudence, par, on va le voir, la redécouverte de ce qu'elle était à l'origine.

Les perspectives ouvertes par cette révélation peuvent inspirer des réactions variées, dont il faut se garder des excès si l'on a le souci de rendre compte fidèlement de son contenu, de sa signification, et de ses suites possibles. La réception de la culture qui la porte s'est traduite par un intense mouvement de réflexion, qui dépasse la question de la jurisprudence⁶⁰⁸. L'exercice, fait d'analyse et de prospective est séduisant, voire fascinant, mais il est semé d'embûches, voire périlleux. Entre thuriféraires et cavaliers de l'apocalypse, l'art de la prospective peut dégénérer en prophétie et en prédication, voire en imprécation. Seules sont permises des hypothèses, tout au plus des probabilités, toutes formulées avec réserve.

Autre écueil qu'il faut avoir présent à l'esprit, ce sont les cours suprêmes qui réfléchissent sur le sujet. Ce fait n'est pas neutre. Il est de nature à influencer la réflexion, car le thème sur lequel celle-ci porte met en cause leur pouvoir. Il substitue à une jurisprudence verticale une jurisprudence horizontale. S'il existe, il est vrai, des pratiques antérieures de diffusion par les cours suprêmes de la jurisprudence des juridictions inférieures, cette diffusion était, non seulement normative, mais aussi, par définition, sélective (et aussi déformante, par son caractère synthétique) : la divulgation de l'intégralité de la jurisprudence modifie la perspective. Son exploitation encore plus.

I. LES ORIGINES DU MOUVEMENT DE RÉVÉLATION

Dans les droits de *common law*, la préoccupation majeure réside dans la prévisibilité des décisions de justice. Le juge y jouit théoriquement d'un pouvoir discrétionnaire, ce qui rend les jugements particulièrement imprévisibles. D'où un besoin de remédier à cette source grave d'insécurité. Le mouvement réaliste américain, qui était hostile à la rationalisation du droit par la norme, a suscité des études psychosociologiques afin de mieux comprendre le comportement des juges et de parvenir à l'anticiper. Pour ses animateurs, c'était dans les faits que l'on pouvait rechercher le moyen de construire une véritable science portant sur le droit, procurant une connaissance vraiment objective de ce phénomène, pas dans les normes juridiques. D'où leur idée d'ouvrir un champ de recherche nouveau, constitué par les acteurs du droit, praticiens et juges, dont la connaissance de l'activité pouvait constituer la matière d'une science

⁶⁰⁸ V. notam. A. Garapon, Les enjeux de la justice prédictive, JCP 2017, doct. 31. B. Dondero, Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? D. 2017.532. F. Rouvière, La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal, RTDC 2017.527. M. Clément, Les juges doivent-ils craindre l'arrivée de l'intelligence artificielle ? D. 2017.104. *Archives de philosophies du droit* n° 60, la justice prédictive, 2018. A. Garapon et J. Lassègue, *Justice digitale*, PUF, 2018. *La justice prédictive*, dir. ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz, 2018.

comportementale proche de la psychologie⁶⁰⁹ ou de l'anthropologie juridique⁶¹⁰, sciences qui avaient la vertu d'œuvrer en faveur de la prévisibilité du droit mieux que ne le faisaient les règles de droit apportées par le *Restatement of the law*⁶¹¹. Selon certains réalistes, il y avait même place pour une science empirique dans la découverte de l'interaction qui existe entre le droit et les pratiques sociales. Cette recherche se faisait grâce aux méthodes des sciences sociales, aux questionnaires ou aux statistiques, ce qui conduisait aux confins de la sociologie, voire de la science économique⁶¹². C'est dans le sillage de cet héritage réaliste qu'est née, au début de la deuxième moitié du XXe siècle, l'informatique juridique prédictive aux États-Unis, *legal prediction* et *prediction of judicial decisions*. Le projet était de traiter par ordinateur les décisions de justice pour en dégager des modèles auxquels seraient comparées les affaires futures afin de pronostiquer leur issue⁶¹³.

Ce mouvement a traversé l'Atlantique bien après, pour traiter, dans un contexte voisin, le problème de la prévisibilité des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. Par effet d'acculturation, il a fini par s'étendre aux pays de droit continental, bien que la question de la prévisibilité des décisions de justice s'y pose de manière beaucoup moins aiguë⁶¹⁴.

En France, la rencontre de la jurisprudence et de la révolution des techniques de l'information s'est faite d'une tout autre manière. En droit français, et dans les systèmes juridiques qui en sont dérivés, la prudence des tribunaux n'est pas, en elle-même, une source du droit et, en outre, elle menace, par sa diversité, l'autorité de la loi, ce qui explique qu'elle soit encadrée et réprimée par les cours suprêmes. Ce que l'on y désigne du terme de "jurisprudence" constitue, en réalité, une interprétation authentique de la loi donnée de manière centralisée à partir du contentieux. C'est le contraire de la prudence des juges, puisque les organes de cassation, en dépit de leur composition d'extraction juridictionnelle, ne sont pas des juridictions. Dans le cadre de ce type de système juridique, le problème de la prévisibilité des décisions de justice ne se pose pas ; la loi et l'interprétation des cours suprêmes assurent la sécurité du droit en endiguant dans une mesure notable l'imprévisibilité des décisions de justice. L'utilité que

⁶⁰⁹ C'est le cas notamment de J. Frank, *Law and the modern mind*, 1930, London, Stevens & sons ed., 1949. V. aussi C. J. Keyser, qui définit l'objet de la science du droit comme l'étude de la conduite du juge et de ses déterminations telles que les coutumes, les mœurs, la religion, les valeurs, l'organisation du commerce, le développement industriel, etc. (F. Michaut, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, L'Harmattan, 2000, p. 148 s.). Le behaviorisme qui caractérise la sociologie américaine s'est aussi traduit dans le réalisme juridique par des études à propos de l'incidence des règles juridiques sur les comportements de leurs destinataires (v. A. Hunt, *The sociological movement in law*, Macmillan press ltd, London & Basingstoke, 1978, p. 53 s.).

⁶¹⁰ Llewellyn, qui subit l'influence de Sumner, Weber et Malinowski, construisit, dans une approche anthropologique fonctionnaliste, une théorie des métiers du droit - *law jobs* (K. Llewellyn & E.A Hoebel, *The Cheyenne way : Conflict and Case Law in Primitive jurisprudence*, Norman, 1941), montrant qu'ils ont toujours existé parce qu'ils remplissent une fonction indispensable à l'existence des sociétés. Il a consacré à l'art de juger et à la fonction juridictionnelle *The common law tradition - Deciding appeals*, Boston, Little, Brown and Co. 1960.

⁶¹¹ Sur le mouvement de scientification de la *common law* américaine et la codification savante qui s'en est suivie, v. *Le savoir des lois, op. cit.* p. 104 s. C'est contre cette codification que le réalisme américain a réagi en promouvant un recours aux sciences sociales.

⁶¹² A. Hunt, *op. cit.* p. 55-56.

⁶¹³ R. C. Lawlor, *What Computers Can Do : Analysis and Prediction of Judicial Decisions*, *American Bar Association Journal* 1963, p. 337 s. qui pronostiquait que si les juristes ne s'intéressaient pas à la science, la science s'intéresserait au droit sans eux, ce qui, on va le voir, était prophétique.

⁶¹⁴ Cf. les travaux de l'université de Rotterdam, *supra*, note 4.

peuvent présenter l'informatique et la télématique est toute autre que celle d'une connaissance des jugements en vue de leur meilleure prévision, et c'est ce qui s'est vérifié à travers les expériences de mise en œuvre de ces techniques⁶¹⁵. Les tentatives d'exploitation de la jurisprudence locale par quelques universités ont tourné court. Quant aux éditeurs, ils ont produit et mis à disposition des données centrées sur la norme, donc sur les arrêts des cours suprêmes, ne laissant qu'une place marginale à la jurisprudence locale, jugée pertinente que pour autant qu'elle contribue à l'interprétation de la norme. L'État n'a pas suivi un chemin différent. Il a, à la fin du siècle dernier, concédé une ouverture à la jurisprudence des juridictions inférieures en créant un intranet réservé aux juridictions mais ne portant que sur une sélection d'arrêts d'appel, et à l'exclusion des décisions des tribunaux. L'idée restait la même : les juges du fond n'intéressent l'information juridique que pour leur contribution en amont ou en aval de l'interprétation de la norme. L'esprit n'a pas changé lorsque le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation a été chargé de communiquer ces informations au public. Cette orientation était logique, elle était la conséquence d'une tradition juridique fondée sur la norme et non pas sur les cas.

Toutefois un tournant s'est produit, avant même l'engouement contemporain pour la diffusion électronique des données judiciaires, dès 2008. À été créé, à cette époque, un intranet permettant aux juridictions d'accéder au gisement de l'intégralité des décisions des cours d'appel, et donc de s'informer, au-delà de la norme, de l'expérience de toutes les juridictions, une école de la prudence des tribunaux, en somme. Le principe d'une diffusion intégrale a eu la signification d'une rupture, celle d'un déplacement potentiel susceptible de faire passer de l'interprétation authentique de la loi à la connaissance de la pratique des cours et tribunaux.

L'ouverture au public et à l'initiative privée de ce gisement qui vient d'être décidée a décuplé la dimension cruciale de l'évènement.

II. LES POTENTIALITÉS DE LA RÉVÉLATION

La réception en France de l'exploitation numérique de la prudence judiciaire a été faite, en raison de son origine, sous l'angle pratique et professionnel de la prévisibilité par les plaideurs des décisions de justice, d'où le succès de la notion de justice prédictive. Mais il y a beaucoup plus que cela dans l'exploitation électronique du gisement de la prudence des tribunaux. Les potentialités sont immenses, sous réserve que l'outil soit fiable, question qui ne sera pas abordée, mais qui est évidemment capitale⁶¹⁶.

La révélation de la jurisprudence des cours et tribunaux ne débouche sur rien de moins que l'accès à **la positivité** de la connaissance du droit juridictionnel⁶¹⁷. Si l'on considère la pratique contentieuse comme la source du droit, elle permet ce tour de force de relever avec

⁶¹⁵ V. E. Serverin, De l'informatique juridique aux services de justice prédictive, la longue route de l'accès du public aux décisions de justice dématérialisées, APD n° 60, p. 23 s.

⁶¹⁶ V. à ce sujet E. Mouriesse, Quelle transparence pour les algorithmes de justice prédictive, APD T. 60, p. 125 s. Cela fait partie des préoccupations qui ont été exprimées dans le rapport de la mission sur l'*open data* des décisions de justice, déposé en 2017.

⁶¹⁷ Cf. F. Geny, *Méthodes d'interprétation et sources*, LGDJ, 1919, T. 2, n° 164 s.

succès le défi positiviste lancé depuis près de deux siècles de faire du droit une véritable science, une science, non pas du devoir être, objection qu'on a opposée à la science pure du droit du kelsenisme, mais de ce qui existe réellement, fondée sur la connaissance exacte de la pratique contentieuse. C'est la réalisation, avec plus d'un siècle de retard, de l'utopie de l'École scientifique de la Belle époque, une manière de renouer avec le programme de la *Libre recherche scientifique* assigné au juge par Geny : rechercher le droit autrement que par l'interprétation de la loi, par l'observation des faits, avec l'aide des sciences, pour découvrir une nature des choses *positive*. Certains auteurs d'avant-garde pensaient comme lui, à cette époque marquée par le scientisme, qu'il serait, en effet, possible autrement que par l'interprétation des textes, avec l'aide des sciences, d'accéder au sens du droit qu'avait une société à un instant déterminé. La découverte exhaustive des manières de juger un cas réalise leur programme : elle constitue une méthode vraiment scientifique de connaissance du droit.

L'irruption des sciences empiriques dans le droit est de nature à bouleverser la perception que l'on en a. Elle consacre l'idée d'une immanence du droit, de la nécessité du sens dans lequel celui-ci s'est prononcé. Elle permet de faire émerger de manière objective, et non pas sous la forme d'une simple sensation, *la nature des choses* en quête de laquelle était parti Geny. La découverte de la perception du droit qu'a une société devient autrement plus fiable qu'en se bornant à demander, comme il le faisait, à un homme ou à un groupe d'hommes, de la révéler à l'aide de la science. Elle se fait aujourd'hui, pour être sûr de ne pas se tromper, en recensant de manière exhaustive toutes les expériences de la justice.

Cette perspective inédite est proprement faustienne, ce qui explique qu'elle puisse être redoutée⁶¹⁸. Elle suggère que ce que l'homme n'était pas jusqu'à présent capable de connaître devient accessible grâce à la machine, ce qui lui permet de se dépasser. C'est une des manifestations de la participation de l'intelligence artificielle à une évolution à la fois souhaitée et appréhendée vers une transhumanité⁶¹⁹.

Cette perspective provoque une avancée spectaculaire dans la réflexion fondamentale. Elle fait rebondir des **débats philosophiques** qui ont eu lieu au XXe siècle sur la certitude de l'interprétation des sources du droit. L'interprétation des lois et des arrêts est-elle sûre ? Est-elle même possible ? Selon l'approche analytique incarnée par Hart, qui se concentre sur la signification du langage juridique, elle ne l'est pas, parce que les sources ont une texture ouverte permettant toutes les interprétations concevables, de sorte que l'interprétation du juge ne peut être que discrétionnaire⁶²⁰. Au contraire, selon l'approche néo-naturaliste de Dworkin, il existe une bonne réponse que poursuit confusément la pratique judiciaire, une immanence pas très éloignée de celle dont Geny avait l'intuition. Le flux des décisions de justice a une cohérence

⁶¹⁸ R. Sève, APD n° 60, p. VII s. D'où le surgissement d'une éthique de l'intelligence artificielle du droit. Le rapport de la mission sur l'*open data* des décisions de justice y a contribué. Le Conseil de l'Europe aussi, en publiant en 2018 une charte éthique d'utilisation de l'intelligence artificielle dans le domaine de la justice. Cette charte retient les préceptes suivants : respect des droits fondamentaux, non-discrimination, qualité et sécurité, transparence, neutralité et intégrité intellectuelle, et maîtrise par l'utilisateur (Commission européenne pour l'efficacité de la justice (Cepej), *Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement*, 2019).

⁶¹⁹ V.J.-G. Ganascia, Des humanités numériques à la Singularité technologique, APD n° 59, p. 193 s. Ph. Baumard, La compromission numérique, nouvelle incrimination principielle ? *Ibid.* p. 237 s.

⁶²⁰ H. L. À Hart, *Le concept de droit*, trad. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1976, n° 121 à 144.

et un sens que les juges découvrent un peu plus à chaque sentence, comme les écrivains d'un même roman astreints à une cohérence narrative⁶²¹. Ce qui manquait à la thèse littéraire de Dworkin pour acquérir un avantage décisif, c'était la connaissance du roman que les juges écrivent sans le savoir tous les jours. Cette connaissance, l'intelligence artificielle la leur apporte aujourd'hui.

Du même coup, elle révolutionne la **sociologie du droit** en lui permettant de s'accomplir. Cette science s'intéresse, contrairement aux juristes, non pas aux normes qui se dégagent de la pratique contentieuse, mais aux faits bruts que révèle le contentieux, y compris les pratiques d'équité⁶²². Jusqu'à présent, elle souffrait d'une infirmité structurelle liée à l'incomplétude des sources, due à l'inaccessibilité de l'intégralité du contentieux⁶²³. La jurisprudence publiée intéressait la norme alors que ce qui l'intéresse, quant à elle, c'est le fait ; la connaissance qu'elle en avait était donc tronquée et déformée par la perspective juridique sous laquelle ce fait avait été sélectionné par les recueils d'arrêts. L'accès à l'intégralité du contentieux, cette partie immergée, inconnue de l'expérience judiciaire, était théoriquement possible par la consultation de tous les jugements dans les greffes, mais l'entreprise, titanesque, ne se concevait pratiquement qu'à un échelon réduit d'une ou de quelques juridictions⁶²⁴. Pour remédier à cette incomplétude, la sociologie juridique a, jusqu'à présent, recouru aux statistiques⁶²⁵ et aux sondages, procédés qui permettent d'approcher la réalité par des généralisations, sans vraiment l'être. Toutefois, par leur lecture mathématique de la réalité, les statistiques avaient préfiguré l'exploitation électronique aujourd'hui possible de l'intégralité des jugements. Avec cette possibilité, des horizons nouveaux s'ouvrent à la recherche en sociologie du droit et à la sociologie tout court, car la justice est une vitrine de la société. La rigueur et la précision de la nouvelle sociologie du droit qui s'annonce dépendra très largement de la rigueur et de la fiabilité des algorithmes qui seront mis au point pour exploiter l'information jurisprudentielle. Carbonnier annonçait de manière prophétique tout le profit que pourrait retirer la sociologie de l'usage de l'informatique pour connaître ce qu'il appelait, en une formule qui a fait école, les "masses jurisprudentielles", présageant que la découverte mettrait au jour des phénomènes de pluralisme judiciaire⁶²⁶.

Mais il faut aller plus loin, en se souvenant que le projet de la sociologie du droit était, à l'origine, de se substituer au droit⁶²⁷, il faut se demander si la connaissance positive de la

⁶²¹ R. Dworkin, De l'analogie entre textes juridiques et textes littéraires, in *Une question de principe*, trad. A. Guillaud, PUF, 1996, chap. 6, p. 201. *L'empire du droit*, PUF, 1994, chap. VII, spéc. p. 254 s. V. aussi La théorie du droit comme interprétation, *Droit et société* 1985, n° 1, p. 99 s. (trad. F. Michaut).

⁶²² M. Saluden, La jurisprudence, phénomène sociologique, APD, T. 30, p. 101 s.

⁶²³ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF 1978, p. 174.

⁶²⁴ Ainsi une thèse de sociologie jurisprudentielle dirigée par Carbonnier fut soutenue à partir de travaux constitués de simples interviews de magistrats et portant principalement sur les juridictions de la couronne parisienne (M. Saluden, *Le phénomène de la jurisprudence, étude sociologique*, th. Paris 2, 1983).

⁶²⁵ M.-A. Frison-Roche et S. Bories, La jurisprudence massive, D. 1993. 287.

⁶²⁶ J. Carbonnier, *op. cit.* p. 187.

⁶²⁷ Pour A. Comte, père de la sociologie, et dont il faut plus que jamais revisiter la pensée, le droit n'avait plus sa place dans l'ère positive parce qu'il ne repose pas sur des faits positifs et appartient à des temps révolus, ceux de l'ère théologique et de l'ère métaphysique. À l'époque positive, il n'y aura plus, selon lui, besoin de droit ; l'œuvre des sociologues aura vocation à se substituer à celle de la justice. L'idée d'une science sociale alternative au droit fut reprise au début du XXe siècle par les courants radicaux de l'École du droit libre. Ehrlich, que l'on considère généralement comme le fondateur de la sociologie du droit, a commencé à construire une science sociale des faits

jurisprudence grâce l'intelligence artificielle ne va pas, tout court, comme le présageait son inventeur, congédier la technique juridique et la science juridique en les remplaçant par l'art judiciaire. Ce qu'apporte le triomphe de la vision sociologique de la jurisprudence grâce à l'intelligence artificielle, c'est que ce phénomène n'est pas fait de normes, comme on l'a cru jusqu'à présent, mais de **prudence**. L'étymologie du concept de jurisprudence, qui n'est autre que la prudence appliquée au droit, en témoigne. Fondamentalement, la jurisprudence n'est pas une règle, elle est *la matière* dont procède la règle, et cette matière n'est autre que le jugement, acte de prudence s'il en est. C'est seulement parce qu'il s'efforce de donner une solution juste, que l'acte juridictionnel se projette dans l'universel en retenant une solution dont la portée dépasse l'espèce et a vocation à être reproduite. C'est la prudence des tribunaux qui fait la jurisprudence, pas les arrêts de la Cour de cassation, qui n'en sont qu'une émanation formelle et lointaine. Cela n'est pas dû à une paradoxale supériorité, mais simplement à la proximité des jugements à l'égard du fait, source de valeur, et de l'argumentation axiologique des plaideurs, qui est le vrai laboratoire du droit. Dans l'étude que j'ai consacrée à la jurisprudence, je suis parvenu à la conclusion que, par-delà la polysémie qui affecte ce concept, la vraie jurisprudence réside fondamentalement dans la prudence des tribunaux et que les règles qui sont contenues dans les arrêts de la Cour de cassation n'en constituent qu'une émanation lointaine, une jurisprudence à part, très spéciale, la jurisprudence législative⁶²⁸. La manière correcte de définir la jurisprudence est de se la représenter comme l'ensemble des jugements⁶²⁹ et donc comme la prudence uniforme qui peut s'en dégager. La désormais possible connaissance de toutes les décisions rendues sur un sujet déterminé suffit à dissiper les malentendus qui existaient jusqu'à présent quant au sens du mot "jurisprudence". Elle permet de prendre connaissance, non pas de règles, mais de manières de résoudre un cas, dont les termes de l'espèce sont communiqués exhaustivement, dont l'argumentation des plaideurs est restituée complètement, en fait autant qu'en droit, et dont la décision qu'il a suscitée montre la prudence qui a permis de le trancher. Elle révèle une argumentation gisant dans les prétentions des parties et dans les motifs des jugements, en clair, elle met au jour une manière de juger⁶³⁰. Le simple rapprochement de toutes les décisions recensées donne une perception synchrétique de cette prudence, qui peut devenir une source d'inspiration pour les plaideurs comme pour les juges.

Le remplacement électronique du droit par l'art judiciaire est une perspective d'autant plus sérieuse que, comme par hasard, les conditions procédurales de l'épanouissement de cet art se reconstituent de manière troublante dans la période contemporaine, période dont les tendances sont régressives dans le domaine des sources du droit⁶³¹. On sait que la principale procédure que connut Rome fut la procédure formulaire, procédure qui se divisait en une phase

juridiques en travaillant sur ce qu'il appelait le droit vivant, expression dont il a la paternité, qui désigne le droit spontané produit par la société civile, droit qui occupe, à ses yeux, une place beaucoup plus importante que le droit étatique (*Grundlegung der soziologie des rechts, (Les fondements de la sociologie du droit)* Munich et Leipzig, Duncker und Humblot, 1913. *I fondamenti della sociologia del diritto*, trad. A. Febbrajo, Milan, Giuffrè, 1976)

⁶²⁸ *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991. La nature de la Cour de cassation, *Les annonces de la Seine*, 28 avr. 2003, n° 27 ; suppl. BICC n° 575, 15 avril 2003.3 (conf. Cour de cassation).

⁶²⁹ Cf. J.-P. Andrieux, *Histoire de la jurisprudence*, Vuibert, 2012.

⁶³⁰ Manière de juger que P. Deumier appelle "jurisprudence du fond" (La justice prédictive et les sources du droit : la jurisprudence du fond, APD, n° 60, p. 49 s.), expression qui ne doit pas être comprise comme la jurisprudence des juges du fond, mais comme la *façon de statuer* au fond, et donc comme une toute autre jurisprudence que celle d'avant.

⁶³¹ *Le savoir des lois, op. cit.* chap. 12.

initiale au cours de laquelle le prêteur donnait ou refusait l'action au demandeur, puis la phase du procès proprement dit, au cours de laquelle le juge missionné par le prêteur tranchait et, le cas échéant, condamnait⁶³². Cette division entre une phase de recevabilité de la demande et une phase de jugement permettait au juge de se consacrer exclusivement au fond, ce qu'il faisait en maniant l'éternelle prudence. Avec les dernières réformes de la procédure, le procès civil tend aujourd'hui à reproduire inconsciemment ce schéma ; il organise une phase préalable où la recevabilité de l'action est appréciée, en même temps que la régularité de la procédure, et une phase de jugement qui se concentre sur le fond. Cette spécialisation est de nature à stimuler le développement de la prudence judiciaire à la faveur d'une approche moins formaliste du droit.

On peut définir provisoirement la prudence, avant d'y revenir plus loin en détail, comme l'art de discerner dans le discours des parties ce qui est juste et ce qui est injuste⁶³³. Cette référence aux valeurs peut paraître d'un autre temps, mais ce n'est pas un procédé différent qu'utilisait Geny pour mettre en œuvre sa recherche scientifique du droit⁶³⁴. Bien sûr, les motifs des jugements sont, dans les droits romanistes, conçus pour contenir une argumentation formelle destinée à satisfaire au contrôle de légalité et laissent peu de place à des considérations axiologiques, contrairement aux jugements rendus dans les pays de *common law*, qui exposent de manière développée de telles considérations, outre des réflexions conséquentialistes, mais ils contiennent aussi des données qui permettent de retracer la prudence du juge continental : les arguments factuels des parties, la pesée et l'arbitrage qu'en fait le juge ainsi que le choix de la qualification et de l'interprétation qui trahissent son jugement de valeur. Autrement dit, les motifs sont, en réalité, une mémoire de la prudence⁶³⁵. C'est ce précieux souvenir de la délibération judiciaire, cette mise en balance des valeurs débattues par les plaideurs que l'on se propose aujourd'hui, sans le savoir, de restituer en exploitant exhaustivement les jugements à l'aide de l'intelligence artificielle. Et cette exploitation n'en est qu'à ses débuts.

La découverte de la prudence passée est l'école des jugements futurs. Elle intéresse au premier chef les juges, tous en quête de modèles d'arbitrage des valeurs. À la clé de la découverte de cette *terra incognita*, se trouve une amélioration de leur savoir-faire et, moins d'arbitraire, bref, une meilleure justice, peut être meilleure que celle qu'avait apportée l'époque moderne en rationalisant le droit par la norme. L'autorité qui se dégage de la manière commune de juger est tellement puissante qu'elle s'impose d'elle-même, elle est irrésistible. Il est donc inutile de l'imposer aux juges, comme l'envisage la lettre de mission, en les contraignant à motiver davantage lorsqu'ils se démarquent de la jurisprudence révélée par le gisement numérique⁶³⁶. La propension naturelle des juges est de rechercher par leur propre prudence ce que les autres ont déjà trouvé par la leur : ils sont enclins à partir de la prudence acquise pour

⁶³² V. p. ex. R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, T. I, 6e éd. 1947, n° 115 s. E. Didier-Pailhé, *Cours élémentaire de droit romain*, Larose, 2e éd. 1881, p. 750 s.

⁶³³ Ulpien définissait la *jurisprudencia* comme la science du juste et de l'injuste (D. 1, 1, 1, 10 ; *Inst.* 1, 1, 1) et le prudent comme celui qui exerce la justice en connaissant le bon et l'égal, c'est-à-dire le droit, et en séparant à cette fin l'égal de l'inégal et le licite de l'illicite (D. 1, 1, 1, pr. 1).

⁶³⁴ Sa méthode consistait à mettre en balance les intérêts des parties et, à travers eux, les considérations morales, politiques, sociales ou économiques qu'ils convoquent (*Méthodes d'interprétation*, *op. cit.* II, n° 173).

⁶³⁵ V. Fr. Zenati-Castaing, La motivation des décisions de justice et les sources du droit, D. 2007.1153.

⁶³⁶ Il est probable cependant que la connaissance de la jurisprudence électronique conduira spontanément, dans la plupart des cas, les juridictions à justifier, dans leurs motifs, la non-conformité de leur décision à la prudence commune (V. E. Buat-Ménard et P. Giambiasi, La mémoire numérique des décisions judiciaires, D. 2017.1483).

exercer la leur, ce qu'il importe de préserver. Sans la poursuite inlassable de la prudence des tribunaux, la jurisprudence se figerait et se scléroserait, elle se découplerait de l'évolution des valeurs et deviendrait injuste. L'obligation de respecter la jurisprudence révélée est donc non seulement inutile mais dangereuse. Il importe que la jurisprudence évolue comme elle l'a toujours fait, ce dont les algorithmes sont parfaitement capables de rendre compte en renouvelant leurs résultats sous le flux permanent des données qui les alimentent. Imposer la jurisprudence révélée reviendrait à adopter un régime de précédent obligatoire, régime introduit par la *common law* au XIXe siècle comme substitut de codification pour, en imposant les précédents des cours supérieures⁶³⁷, assurer la prévisibilité du droit⁶³⁸. Ce serait revenir à un système de jurisprudence verticale proche de celui de la cassation, négation de la jurisprudence horizontale sur laquelle repose la découverte de la prudence commune des juridictions.

La découverte de l'état de la prudence des tribunaux est d'ailleurs susceptible d'intéresser la Cour de cassation elle-même, dont l'institution repose sur le principe d'une centralisation des informations relatives aux pratiques juridictionnelles. L'unification de la jurisprudence s'est faite jusqu'à présent à partir de la connaissance du contentieux que livrent les pourvois. Les organes de cassation remplissaient donc leur fonction d'unification en travaillant sur la seule partie émergée de la jurisprudence. Cette perception incomplète portait sur un échantillon représentatif de la pratique juridictionnelle, mais cet échantillon n'était pas parfaitement fidèle. Grâce à la connaissance de l'intégralité de la pratique contentieuse, les cours suprêmes seront mieux éclairées et rempliront avec davantage de précision leur mission d'unification. Elles verront plus objectivement quelle est la tendance des valeurs de leur temps telles qu'elles ont été arbitrées dans les prétoires et feront leur arbitrage en connaissance de cause.

III. LES RETOMBÉES SYSTÉMIQUES DE LA RÉVÉLATION

La découverte intégrale de l'expérience des juridictions grâce à la révolution des techniques de l'information aura, à terme, des retombées considérables. Elle a, par son effet dissolvant, une importance historique et, pour le droit, une portée ontologique. L'ontologie du droit est à la clé parce que, si la manière de juger devient connue, elle s'imposera avec une force de l'évidence telle qu'elle rendra inutile la norme juridique, imposant aux juristes continentaux de changer leur définition du droit et de cesser d'y voir une règle. Le droit redeviendra ce qu'il était avant la révolution savante de la chrétienté médiévale, une relation optimale entre des intérêts que découvrent, grâce à la prudence, le juge et le jurisconsulte. Il redeviendra ce qu'il était à Rome, où *jus* et *justitia* étaient tout un⁶³⁹. Ce n'est pas moins que la révélation d'un droit ainsi redéfini que met à l'ordre du jour l'exploitation des jugements par l'intelligence artificielle,

⁶³⁷ Chambre des Lords et *Supreme Court of judicature*.

⁶³⁸R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11e éd. n° 287-288. Recherchant les origines floues du précédent obligatoire, H. Levy-Ullmann en attribue la source tangible à la théorie déclaratoire de la *common law* soutenue par Blackstone au XVIIIe siècle (*Le système juridique de l'Angleterre*, ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 126-131). J. P. Dawson l'attribue au développement de la pratique des *reports* au XIXe siècle (*The oracles of the law*, Gryphon ed., New York, 1994, p. 80 s.)

⁶³⁹ Le premier fragment du Digeste définit le droit par la justice. Il déclare que le droit (*jus*) tire son nom de la justice et le définit comme l'art de connaître ce qui est bon est juste (D. 1, 1, 1, 1, tiré des institutes d'Ulpien).

une révélation sans Dieu, sans nature ni docteurs, pour peu que la technique atteigne un degré suffisant de fiabilité. C'est un retour aux juriconsultes (au sens romain) et au juge, atomes du droit enfoui depuis un millénaire de culture savante qu'annonce l'exploitation de la prudence des tribunaux par l'intelligence artificielle, le retour à un droit de prudents, un droit sans juristes⁶⁴⁰.

Dans ce droit qui s'annonce, **la norme** cède la place à la solution. La découverte des jugements n'est pas faite avec l'optique d'un contrôle de conformité à la norme mais avec celle d'une connaissance de la solution spécifique apportée à un type de litige. Si règle il y a, cette règle répond à une tout autre logique, celle de la régularité : ce n'est plus la loi qui dicte la solution mais la régularité de l'occurrence de la solution, et elle le fait non pas sous l'effet de la contrainte mais par l'autorité qui se dégage de sa prévalence. Cette autorité ne provient pas du niveau hiérarchique de la juridiction mais du cas emblématique qui lui a été soumis et de l'habileté avec lequel il a été réglé. Le jugement le plus modeste est susceptible de faire jurisprudence, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur le sort que réservera à la solution qu'il contient l'épreuve d'une éventuelle procédure de cassation.

Le déclin de la norme au profit de la solution remet d'ailleurs en question, à terme, l'existence même de la **cassation**. S'il n'y a plus de normes à imposer, de violation de la norme à sanctionner, plus n'est besoin de contrôler l'activité juridictionnelle, qui redevient totalement souveraine, sous réserve de l'exercice des voies de recours ordinaires. En l'absence de norme, le besoin d'une interprétation authentique disparaît aussi : ce n'est plus l'interprétation qui dicte la solution mais l'argumentation et la discussion. Il en résulte, comme dans les systèmes juridiques coutumiers, que les lois n'ont d'effet sur le contentieux que celui que définissent souverainement les juridictions dans l'usage de leur prudence. Comme il n'y a plus d'interprétation, le besoin de son unification n'existe d'ailleurs plus ; c'est d'homogénéisation des pratiques juridictionnelles qu'il faut désormais parler, d'une prudence qui tend à devenir unique. Cette homogénéisation se fait d'elle-même, par la seule influence qu'exerce la jurisprudence révélée. L'activité juridictionnelle s'autorégule, en quelque sorte. Plutôt qu'une cour nationale se nourrissant de la prudence de toutes les juridictions du territoire pour faire évoluer le droit, l'intelligence artificielle permet en permanence à tous les usagers et à tous les acteurs du droit de connaître l'état de l'évolution de la vision de la justice et, par suite, de s'y inscrire sans tensions ni ruptures. L'homogénéisation résulte à la fois de la révélation de tendances générales et d'un effet de modèle. La contrainte, qu'emprunte la cassation à la loi, est étrangère à cet effet, qui n'est dû qu'à l'autorité qui se dégage du modèle, lequel s'impose de lui-même, sans tensions. La cassation en deviendra caduque comme procédé d'unification et, plus généralement, on reviendra au droit d'autorité, fondé sur la persuasion, qui régnait avant l'époque moderne et que nous ont légué les Romains. Les éventuels phénomènes de pluralisme juridique dans la jurisprudence révélée que présageait Carbonnier se résorberont d'eux-mêmes du fait de l'autorité qu'exercera sur les jurisprudences minoritaires la jurisprudence dominante révélée numériquement.

Le retour d'un droit fondé sur l'autorité et non plus sur l'obligatoire subvertit radicalement le droit moderne, droit qui s'est construit sur le principe de la force qui s'attache à

⁶⁴⁰ Cela rejoint les conclusions auxquelles nous sommes parvenus dans notre étude sur le droit romaniste : cette tradition juridique retrouve sa force au niveau international mais se décompose au niveau local (*Le savoir des lois. Essai sur le droit romaniste, op. cit.* chap. 12).

la règle, assurée par la loi et par la censure de la cassation. C'est grâce à la fermeté que lui procurent ces mécanismes que ce droit a pu atteindre les fins primordiales de sécurité juridique qui ont fait son succès. Dans un droit issu de la prudence des juges, la force des solutions au-delà des espèces qui les font adopter n'est, au contraire, que celle de la légitimité, une légitimité tirée du laboratoire de la prudence, devant lequel on s'incline spontanément, sans qu'il soit besoin de coercition. Mais l'inconvénient de ce type de droit est qu'il est difficilement accessible, contrairement au droit contraignant, facile à trouver dans les codes et lois et dans les recueils d'arrêts des cours suprêmes. C'est cette inaccessibilité qui avait fait la fortune des juristes à Rome, personnages que, faute de mieux, on consultait pour connaître l'expérience de la prudence. Aujourd'hui, l'opacité structurelle du droit prudentiel se dissipe grâce à l'intelligence artificielle. Et ce qui change avec des juristes devenus électroniques, c'est qu'ils connaissent toute la prudence passée et en donnent un reflet exact et authentique.

La révélation par l'ordinateur de la vraie jurisprudence conforte l'évolution contemporaine de la Cour de cassation vers le statut d'une cour suprême au sens strict, c'est-à-dire d'une cour de pleine juridiction⁶⁴¹. La jurisprudence cessera d'être verticale, elle redeviendra horizontale, cette fois-ci sous l'impulsion décisive d'une révolution technologique. La Cour de cassation aura la même nature que les cours suprêmes des systèmes juridiques de type coutumier, une juridiction comme les autres qui n'a de particulier que sa supériorité hiérarchique. Elle maniera, à l'instar des juridictions inférieures, la prudence et, grâce à cette expérience, plutôt que de les censurer, elle leur servira de modèle. Et comme son expérience est forcément limitée compte tenu de l'inévitable sélection des appels dont elle sera saisie, elle se nourrira elle-même de la prudence des juridictions inférieures. Elle leur diffusera en retour des échantillons de cette prudence d'en bas à titre d'exemple, rendant hommage à la prudence des tribunaux pour sa proximité avec l'évolution des valeurs. C'est ce type de guidage que pratique d'ores et déjà la cour suprême chinoise, dont il y a beaucoup à apprendre de la part des droits occidentaux postmodernes⁶⁴².

Effacement de la loi, de la norme, de l'interprétation, de la Cour de cassation, ce sont les piliers de **la tradition juridique** mise en place par les savants médiévaux qui vacillent. Ce n'est pas nouveau, car le droit romaniste est en crise depuis au moins la codification⁶⁴³, du fait de la crise de la norme, de l'interprétation, et du raisonnement juridique qu'il a connu dans la période qui a suivi, comme le montre le retour des solutions et de la méthode casuistique⁶⁴⁴. Il est en crise aussi sous l'effet de la réception rampante depuis plusieurs décennies des méthodes de raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁴⁵. Toutefois l'épreuve que lui fait subir la révolution de l'intelligence artificielle est beaucoup plus sérieuse, elle lui donne le

⁶⁴¹ FZC, La juridictionnalisation de la Cour de cassation RTDC 2016.511.

⁶⁴² V. F. Zenati-Castaing, La portée de la codification chinoise, RIDC 202, p. 277. T. Shang Gao, How guiding cases shape the trajectory of chinese legal reform, RIDC 2019.903. Zhenbao Jin, From a supplementary legislator to a legitimate judicial lawmaker - on the role of the supreme people's court in developing the law, in Lei Chen & C. H. (Remco) Van Rhee (ed.), *Towards a Chinese Civil Code, Comparative and historical perspectives*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2012, p. 48 s.

⁶⁴³ V. *Le savoir des lois. Essai sur le droit romaniste*, op. cit. chap. 5 et suiv.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, chap. 11.

⁶⁴⁵ V. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. Ost et F. Tulkens, Bruylant, 2001, qui souligne la place de la prudence parmi ces méthodes.

coup de grâce. On parle d'un nouveau système juridique, marqué par la technique⁶⁴⁶, mais ce n'est pas tout à fait exact. Le système actuel, celui fondé par les universités médiévales, était déjà technique, il était fondé sur la technique juridique, une immense rationalisation du droit⁶⁴⁷. Le nouveau, ne fait que changer de science et de technique. À la science juridique, il substitue les mathématiques et à la technique juridique, il substitue la technologie électronique du traitement de l'information. Ces sciences et techniques nouvelles, contrairement à celles qu'elles supplantent, ne touchent pas au fond du droit, qu'elles ne font que le révéler et l'accoucher à l'état brut. Contrairement à leurs devancières, elles ne rendent pas le droit scientifique et technique, elles se bornent, au contraire, à mettre au jour ce qui était caché depuis l'invention par les médiévaux de la science et de la technique juridiques : les acquis de la tradition judiciaire, ce qu'on appelait la coutume (parce que c'était le juge qui la révélait par sa prudence). C'est plutôt de retour aux sources qu'il faudrait donc parler que de nouveau système juridique, du retour d'un droit de solutions issu de l'expérience judiciaire, qui existait avant l'invention du droit romaniste par les universités médiévales et qui persiste dans la tradition juridique de l'Angleterre et de son ex-empire. En fait de nouveau système, la jurisprudence révélée est plutôt, en un spectaculaire retour aux sources, un sous-marin de la *common law* américaine qui vient éradiquer les derniers décombres de la tradition romaniste⁶⁴⁸. Elle vient accélérer son dépérissement et le retour à la tradition juridique qui la précédait, qui était coutumière. Dans ce type de système juridique, le droit coutumier ne désigne pas tant une forme particulière de règles, comme on se la représente à l'intérieur du droit romaniste, mais, dans une optique comparatiste, comme un type de système juridique fondé sur le rôle du juge et sur la jurisprudence⁶⁴⁹. Le droit coutumier est celui dans lequel le juge statue par voie de prudence, approche axiologique qui le fait aller à la rencontre des valeurs ambiantes (qu'on appelle coutume lorsqu'elles ont une certaine stabilité), alors que, dans le droit romaniste et dans les droits de type savant en général, il statue par voie de science. Dans le droit coutumier, au lieu de rechercher une règle et de l'appliquer aux faits après les avoir qualifiés, il tire la solution juste des faits à partir de la discussion des parties qu'il prolonge par sa délibération. Le raisonnement juridique n'est plus le même avec la jurisprudence révélée, il n'est plus normatif et syllogistique, mais discursif et dialectique. La jurisprudence n'y opère pas comme une norme qu'on applique, mais comme la redécouverte de la situation passée qui a inspiré la solution. Elle est le recueil de l'expérience de la prudence. Les avocats du futur (cela a déjà commencé) ne subsumeront plus de manière concise des faits à une règle mise en exergue. Adoptant une

⁶⁴⁶ L. Larret-Chahine, APD n° 60, p. 287 s. qui prédit l'avènement d'un "droit isométrique".

⁶⁴⁷ Weber a mis en évidence l'apport décisif des religions révélées à la rationalisation du droit (*Sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, PUF, 2017, p. 187-192). Geny a mis en évidence la dimension technique de la science juridique (*Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, T. I, 1922, T. II, 1927 ; T. III, 1921 ; T. IV, 1924).

⁶⁴⁸ La *common law* peut, en effet, être considérée comme l'état dans lequel se trouvait le droit occidental avant la révolution opérée par la scolastique médiévale en interprétant les compilations de Justinien.

⁶⁴⁹ Cette vision comparatiste a été définitivement fixée par Lambert (*Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé. La fonction du droit civil comparé*, 1903). Elle se vérifie par le caractère indissociable de la coutume et de la jurisprudence dans la tradition juridique de *common law* (A. Tunc, *Coutume et common law*, Droits, 1986, n° 3, p. 50 s.). Elle se vérifie aussi dans la tradition française par la notion d'approbation de la coutume, contrôle judiciaire sans lequel la coutume n'existait pas sous l'ancienne France (V. H. Beaune, *Introduction à l'étude historique du droit coutumier français*, 1880, p. 260 s.). Elle a influencé de grands privatistes, tels Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*, 11e éd., 1928, T. I, n° 14 et p. 7, note 3) et Thaller (*Traité élémentaire de droit commercial*, 7e éd. p. 44-45).

démarche analytique, ils reconstitueront de manière complète les faits de l'espèce dont a jailli la solution de jurisprudence pour les confronter à l'espèce sur laquelle ils argumentent. Ils reproduiront l'itinéraire de la prudence passée en vue de créer les conditions de sa réitération présente.

Cette méthode conduit à revenir à la conception initialement rhétorique de la jurisprudence : non plus des normes mais, comme sous l'Ancien droit, des **arguments** pour convaincre et pour juger, que l'on puisait dans les recueils d'arrêts, ouvrages anecdotiques et factuels qui incarnaient l'antithèse de la norme. Ces arguments se retrouveront à la fois dans les prétentions des parties que retracent les jugements électroniquement recensés, et dans les motifs que ceux-ci contiennent. Le caractère rhétorique des recueils d'arrêts d'autrefois était dénoncé par l'esprit de raison du siècle des Lumières, qui n'y voyait qu'une source servant à alimenter la chicane⁶⁵⁰, mais cette critique ne pourra plus être adressée aux recueils électroniques d'aujourd'hui. Il ne s'agit pas d'un retour en arrière : le "je l'ai vu juger", qui ponctuait, pour les légitimer, les arguments contenus dans ces recueils d'arrêts de l'Ancien droit⁶⁵¹ ne désignera plus, dans les logiciels de l'intelligence artificielle une affaire isolée arbitrairement convoquée à l'appui d'une prétention, mais toutes les affaires, ce qui le blanchira de la connotation instrumentale avec laquelle il était perçu. Il ne s'agira plus de surprendre son auditoire en mettant en exergue une affaire mettant en valeur la thèse soutenue mais de faire connaître la synthèse de toute l'expérience judiciaire acquise. Lavée au XXe siècle de l'indignité qui s'y attachait⁶⁵², la rhétorique ne se réduit plus aujourd'hui à l'image négative que lui a assignée l'esprit moderne, celle d'une manœuvre qui détourne des lumières de la raison, elle redevient la sève même de la justice. Les tribunaux sont, par définition, des lieux de discussion dans lesquelles les décisions s'élaborent par l'argumentation et par la persuasion. Cela est lié au fait que la justice est une valeur et que les valeurs, ce que l'on sait depuis Aristote, ne sont pas accessibles par voie de connaissance parce qu'elles ne sont pas objectives, mais seulement par voie de prudence, opération qui est la synthèse de la dialectique de l'argumentation⁶⁵³, grâce à laquelle peut s'éclorre une vision intersubjective des valeurs. Les parties s'efforcent de convaincre le juge que leur cause est conforme aux valeurs et le juge, faute de pouvoir dire ce qui est objectivement juste, s'attache à persuader les plaideurs, la hiérarchie judiciaire et le public que tel est le caractère de la décision qu'il a choisie en pesant les arguments qu'on lui a fait valoir⁶⁵⁴. La rhétorique est le laboratoire des valeurs qui produit et reproduit sans cesse le droit. La dialectique des arguments des parties et des juges alimente la sève de la justice qu'est la prudence.

Le radical du mot "jurisprudence", doit être pris au sérieux. La prudence est l'aptitude à discerner le bien du mal, le beau du laid, l'utile de l'inutile et, bien sûr, le juste de l'injuste.

⁶⁵⁰ *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, arts et métiers*, supp. T. I, 1776, p. 570.

⁶⁵¹ Formule qu'utilisait notamment Boutiller, auteur de coutumier, qui estimait que tout débat doit cesser lorsqu'une solution est fixée par un jugement (H. Beaune, *Introduction à l'étude historique du droit coutumier français*, 1880, p. 441 s.).

⁶⁵² Principalement par les travaux de Perelman. V. notam. C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique*, 1e éd. PUF, 1958. C. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, méthodes du droit, 1976.

⁶⁵³ Aristote, *Ethique de Nicomaque*, L. VI, ch. VII. "...nul ne délibère sur ce qui a un caractère de nécessité". V. P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, Paris, 1963.

⁶⁵⁴ V. Ch. Perelman et P. Foirers, *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978.

Autrement dit, c'est une aptitude à discerner les valeurs à travers la spécificité de chaque espèce, un art de la délibération⁶⁵⁵, ce qui la rend précieuse dans l'administration de la justice. Cela explique que les hommes prudents aient toujours été recherchés par le droit. Le droit romain était en entier fondé sur la prudence, dont il avait une conception héroïque, conception dans laquelle le juge, pour bien juger, se tournait vers les lumières d'un homme prudent, le jurisconsulte - qui n'était autre qu'un expert en délibération, qu'on appelait, pour cette raison, du substantif de "prudent" - ce qui lui permettait, grâce à l'habileté de son consultant, d'accéder à, et de communiquer, l'exacte solution. Tout le droit civil s'est construit exclusivement par les opinions des jurisconsultes⁶⁵⁶.

Cette conception paroxystique de la prudence juridique n'a pas complètement disparu du droit romaniste malgré son refoulement. Son souvenir persiste encore à travers l'institution des avocats généraux et des rapporteurs publics, qui sont les véritables héritiers des jurisconsultes romains. Ce qui distingue ces héros du droit que sont les jurisconsultes, c'est leur aptitude à la délibération. Malgré son refoulement par un système juridique qui, par son essence savante, la nie, la prudence n'a pas été complètement oubliée. De façon subliminale, elle persiste à l'état de méthodologie des jugements, autrement dit à l'état objectif : plutôt que de faire appel à un héros de la prudence, la procédure, consciente de l'imperfection des juges, leur impose des contraintes qui garantissent une qualité de la délibération et donc de la justice : contradictoire, collégialité, oralité, etc. Ces garanties prudentielles ont, par leur caractère modeste dans l'architecture du droit, fait oublier que la prudence est beaucoup plus qu'une ingénierie des jugements, qu'elle peut être la source même du droit, comme le rappelle l'illustre antécédent romain. Ce n'est rien de moins que cela que met à l'ordre du jour la jurisprudence électroniquement révélée : la redécouverte d'un continent oublié du droit : la prudence des tribunaux. Le tournant est d'autant plus spectaculaire que le règne de la jurisprudence à Rome avait, lui aussi, commencé par une révélation. Cet événement avait été la divulgation par la Loi des XII Tables de la coutume romaine auparavant jalousement gardée secrète par les pontifes⁶⁵⁷. C'est à partir de cette découverte qu'a commencé l'aventure de la jurisprudence romaine et, avec elle, celle du droit civil. Le droit a cessé d'être caché et a pu librement se développer grâce à la méthode prudentielle des jurisconsultes. Plus de deux millénaires après, la coutume est une fois de plus révélée, rendant à nouveau possible le règne de la jurisprudence.

Bien évidemment, une telle rupture ne pourra pas, tant elle est profonde, s'accomplir de manière brutale ; elle a d'ailleurs déjà commencé avant la révolution numérique, et elle prendra plusieurs générations pour s'accomplir, du fait de l'inertie naturelle des traditions juridiques. Elle s'est amorcée au cours des dernières décennies sous l'effet d'une remontée en puissance du modèle consultatif, un modèle dans lequel le droit s'administre par la **consultation**. Pour l'instant, il ne s'agit que d'un paradigme, mais la prudence électronique à la naissance de laquelle on assiste à présent montre que ces tendances sont le signe avant-coureur du retour d'un modèle bien connu. Le développement massif, dans les pratiques contentieuses, de l'expertise, la force symbolique de l'apparition de l'*amicus curiae* au plus haut niveau, le développement des avis

⁶⁵⁵ "Ce qui caractérise surtout l'homme prudent, nous le redisons, c'est la délibération bien conduite" (Aristote, *loc. cit.*).

⁶⁵⁶ D. 1, 1, 7 ; D. 1, 2, 2, 5 ; D. 1, 2, 2, 12. Le droit prétorien et les lois, parce qu'ils émanaient du préteur et du pouvoir, ne faisaient pas partie du droit civil.

⁶⁵⁷ D. 1, 2, 2.

en général, la résurgence du rescrit, le phénomène des autorités administratives indépendantes, et l'apparition puis la propagation du renvoi pour interprétation, ont été, dans un passé récent, autant de manifestations du retour à un droit de consultants⁶⁵⁸. L'intelligence artificielle est une vague beaucoup plus puissante vers l'horizon consultatif, car elle porte dans ses flancs le principe même de la consultation. Elle permet à l'homme d'accéder à une information qu'il est incapable de se procurer par lui-même, qu'il ne peut avoir sans consulter une source extérieure à lui : l'intelligence artificielle est structurellement consultative quand elle procure une information humainement inaccessible. Ce n'est pas impunément que cette approche de la connaissance va s'installer et se propager dans le monde du droit. C'est un phénomène susceptible de révolutionner la pratique en remplaçant la norme juridique par la consultation de la prudence passée. C'est une espèce de retour aux jurisconsultes romains, une résurgence des prudents, si ce n'est que le consultant n'est pas une autorité mais une machine. Ce que communiquaient les jurisconsultes, c'était pratiquement déjà une mémoire de la prudence du préteur et du juge ; ce qui est nouveau, c'est que ce n'est plus l'homme qui fournit le conseil de prudence, mais l'ordinateur. À cette différence près, c'est le régime des sources du droit romain qui renaît de manière spectaculaire un millénaire après être tombé dans l'oubli lors du commencement de l'ère romaniste. Le droit ne consiste plus à poser des règles et à les appliquer en les interprétant, mais à conseiller des manières de juger dans des occurrences particulières. On peut même se demander s'il ne s'agit pas d'un retour à l'ancêtre du jurisconsulte qu'était le pontife, lequel, déjà, à travers ses oracles, communiquait le droit par voie de révélation, un droit qui, sous des dehors surnaturels, reproduisait, pour l'essentiel, la coutume⁶⁵⁹. Les *legaltechs* sont les pontifes sécularisés du XXI^e siècle, qui distillent de manière oraculaire un droit caché, si ce n'est qu'ils le font contre de l'argent (mais leur activité pourrait devenir un service public) ; la prudence n'est pas, contrairement aux jurisconsultes, leur art, elle n'est que l'objet de leur révélation. Ces entreprises sont, au fond, une synthèse du pontife et du jurisconsulte.

La conception oraculaire de la jurisprudence électronique n'est pas aussi nouvelle qu'elle paraît. Elle est celle qui fonde la jurisprudence en *common law*, où le *case law* est considéré comme une révélation de la *common law* par le juge, lequel était qualifié d'oracle du droit par Blackstone⁶⁶⁰. En prenant du recul, on peut observer que la conception du droit comme une règle que l'on applique, cosmogonie du droit romaniste, n'est pas aussi nécessaire et générale qu'on le pense. C'est plutôt le contraire, le modèle d'un droit qui se trouve par la consultation, qui a toujours dominé. Même le droit franc, comme tous les autres droits barbares, était, lui aussi, un droit consultatif. La justice y était rendue non pas par application des lois barbares romanisées mais après la consultation des anciens, qui étaient des diseurs de droit réputés pour leur savoir-faire judiciaire et pour leur connaissance de la coutume⁶⁶¹. C'est cette image

⁶⁵⁸ V. FZC, L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, D. 2002.15.

⁶⁵⁹ V. *Le savoir des lois, op.cit.*, p. 11 s. Hormis les pontifes romains, qui étaient des prêtres, Weber a traqué le phénomène oraculaire sous toutes ses formes dans les différentes sociétés et civilisations, où ce phénomène a pris des formes variées, prophètes, sorciers, prêtres, chamanes, etc. dont certains communiquaient le droit par magie. C'est un peu le cas aujourd'hui des *legaltechs*, qui communiquent la coutume par la magie de l'ordinateur.

⁶⁶⁰ W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, 1775, 8th ed., I, p. 69. C'était la formulation la plus explicite de la fameuse théorie déclaratoire du droit. Dans une vision américaine, v. J. P. Dawson, *The oracles of the law*, Gryphon ed., New York, 1994.

⁶⁶¹ On les appelait diversement : rachimbourgs (*rachimburgii*), scabins (*scabini*), échevins, prudhommes, *boni homines*... V.P. Tisset et P. Ourliac, *Manuel d'histoire du droit français*, LGDJ 1949, n° 112-113. F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, ed. CNRS, 1995, n° 43 et 104. D'après Lambert,

éternelle du conseil de la juridiction que reproduit, sous des dehors futuristes, la jurisprudence électronique.

L'importance de l'enjeu que révèlent toutes ces ruptures pose la question de savoir si, conformément à la nature spontanée du mouvement qui l'anime, l'exploitation numérique des jugements doit être privée ou, si, comme la cassation dont elle peut prendre la suite, elle a vocation à devenir un service public. Beaucoup d'arguments militent en faveur de la seconde solution, qui déboucherait sur des avocats généraux électroniques auprès de toutes les juridictions. La difficulté principale que présente l'exploitation numérique de la masse des jugements réside dans le sérieux de l'élaboration des algorithmes qui vont révéler le graal jurisprudentiel. Par-delà la politique publique circonstancielle aujourd'hui suivie en la matière, une exploitation publique présenterait plus de garanties. À tout le moins, un contrôle et une certification des entreprises privées permettraient de s'assurer de la qualité des consultants⁶⁶². Sous le Bas-Empire romain, les jurisconsultes avaient fini par être sélectionnés et organisés par l'État. Par ailleurs, il n'est pas sûr que les exploitants de la jurisprudence électronique parviennent tous aux mêmes résultats ; dans la négative, se posera, comme sous l'Antiquité, le problème de l'homogénéisation de la jurisprudence et remettra à l'ordre du jour la labélisation des jurisconsultes qu'avait été conduit à pratiquer l'Empire romain⁶⁶³.

IV. RETOUR AUX QUESTIONS

La lettre de mission, telle qu'elle a été reformulée par le groupe de réflexion, pose cinq questions.

1. La remise en cause de la notion de jurisprudence

Ce thème est traité dans le deuxième chapitre, qui montre que l'acception juridictionnelle et donc prudentielle de la jurisprudence, qui était jusqu'à présent, marginale et obliérée par l'acception normative, redevient, un millénaire et demi après la disparition de la jurisprudence romaine, le sens du mot "jurisprudence". L'intelligence artificielle oblige à redécouvrir que la vraie jurisprudence réside dans la prudence des tribunaux et que les règles qui sont contenues dans les arrêts de la Cour de cassation ne constituent qu'une jurisprudence à part, très spéciale, la jurisprudence législative. La manière correcte de définir la jurisprudence s'avère être l'ensemble des jugements et la prudence uniforme qui peut s'en dégager.

c'est pour leur aptitude à révéler des solutions divines que ces diseurs de droit étaient consultés (*Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, 1903, p. 762 s., 774 s.), ce qui revient à en faire des pontifes.

⁶⁶² V. P. Giambiasi, Les perspectives ouvertes par la mise à disposition du public des décisions de justice : quelle place et quelle régulation pour la justice prédictive ? APD n° 60, p. 117 s.

⁶⁶³ D'une pratique spontanée, les consultations sont, sous l'Empire, passées à l'état d'institution réglementée. Certains jurisconsultes se sont vus habilités par l'empereur, qui leur conféra le *jus publice respondendi*, qui détermina leur autorité en réglant les conflits d'opinion qui les opposaient, et même qui intégra les plus émérites d'entre eux dans son conseil pour s'inspirer de leurs lumières dans la délivrance des rescrits (*La jurisprudence*, p. 31-33).

Le questionnaire s'interroge sur une évolution de la notion de jurisprudence depuis la fin du XIX^{ème} siècle et sur la part que la pratique et la doctrine y occupent. Si on laisse de côté la décision qu'a prise, en France, la doctrine au tournant du XX^{ème} siècle de se consacrer principalement à l'étude des arrêts⁶⁶⁴, cette problématique renvoie, sur le plan sémantique, au destin très particulier qu'a eu en France le mot "jurisprudence", mot qui fait partie du patrimoine commun occidental. Ce pays est le seul dans lequel a été oubliée l'acception scientifique qu'avait la jurisprudence au Moyen Âge et sous l'Ancien régime, et le seul dans lequel la jurisprudence a été sémantiquement réduite au droit d'origine juridictionnel. Il y avait, dans ces temps révolus, trois formes de jurisprudence, la science du droit (celle d'origine, construite au Moyen Âge), dite jurisprudence des auteurs, la jurisprudence coutumière, et la jurisprudence des arrêts. Autrement dit, tout le droit se confondait avec la jurisprudence, ce qui était dû au fait qu'il avait subi au cours de l'Ancien régime un processus de scientification par un développement de la norme dans le raisonnement juridique⁶⁶⁵. La jurisprudence coutumière n'avait pas vocation à survivre à la codification. Quant à la jurisprudence des auteurs, elle a été honnie par la Révolution qui est allée jusqu'à bannir le concept même de jurisprudence que cette acception matricielle incarnait⁶⁶⁶. D'où sa disparition progressive au XIX^{ème} siècle et son remplacement par le concept de doctrine. De jurisprudence, il n'est donc resté que celle des arrêts. Ce concept a lui aussi été refoulé et s'est atrophié sous l'effet de la proscription conceptuelle fulminée par la Révolution, après laquelle il est devenu la jurisprudence des tribunaux. Curieusement, ce rescapé de la purge du Droit intermédiaire était, par les hasards de l'histoire, celui qui était le plus conforme à la notion antique de jurisprudence, celle de la prudence juridictionnelle immortalisée par Rome. Pour autant, il ne correspondait pas vraiment à l'ordre des sources issu de la codification, qui était tout sauf un droit procédant de la prudence. Le succès qu'a eu la jurisprudence au sens juridictionnel à cette époque est dû à une tout autre raison, à un malentendu. Lorsqu'on a, en 1837, remplacé le référé législatif par la Cour de cassation, on lui a, pour des raisons politiques, donné les traits d'une procédure juridictionnelle (il fallait repousser le modèle légicentriste de la cassation révolutionnaire honni par la monarchie restaurée) produisant, non pas une interprétation autoritaire, mais une jurisprudence d'autorité. C'est sous l'effet de cette modification de structure que, progressivement s'est faite jour l'idée paradoxale que la jurisprudence désigne, non pas la prudence des juges, mais les règles issues de l'interprétation authentique des lois, qu'il n'existe, en fait de jurisprudence, que la "jurisprudence" de la Cour de cassation. La revanche de la vraie prudence judiciaire, celle des juridictions inférieures, qu'apporte aujourd'hui l'intelligence artificielle, accomplit cette mutation sémantique qui n'avait été jusqu'à présent que formelle : la jurisprudence est en train de redevenir ce qu'elle avait été vraiment à l'origine, un acte de prudence et non plus un exercice d'interprétation.

⁶⁶⁴ V. *Centenaire de la Revue trimestrielle de droit civil. Les revues juridiques du XX^e au XXI^e siècle*, RTDC 2002, n° 4. Spéc. Ch. Jamin, Les intentions des fondateurs, p. 646 s. et FZC, L'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et de la pratique, p. 691 s.

⁶⁶⁵ *Le savoir des lois. Essai sur le droit romaniste*, p. 70 s.

⁶⁶⁶ *La jurisprudence*, p. 47.

2. L'incidence sur les pratiques argumentatives et juridictionnelles de l'exploitation à l'aide de l'intelligence artificielle de la masse des jugements

Il a été considéré dans le chapitre II que le simple rapprochement de toutes les décisions recensées procure une perception syncrétique de la prudence des tribunaux qui peut devenir une source d'inspiration pour les plaideurs comme pour les juges. C'est en ce sens que l'on peut parler d'une jurisprudence révélée.

À été développé dans ce chapitre l'idée que la découverte de la prudence passée est l'école des jugements futurs, et qu'elle intéresse donc au premier chef les juges, tous en quête de modèles d'arbitrage des valeurs. L'autorité qui se dégage de la manière commune de juger est tellement puissante qu'elle s'impose d'elle-même, tant elle est irrésistible. Il est donc inutile de la leur imposer, comme l'envisage la lettre de mission, en les contraignant à motiver davantage lorsqu'ils se démarquent de la jurisprudence révélée par le gisement numérique. Sans la poursuite inlassable de la prudence des tribunaux, la jurisprudence se figerait et se scléroserait, elle se découplerait de l'évolution des valeurs et deviendrait injuste parce que désuète. Il importe que la jurisprudence évolue comme elle l'a toujours fait, ce dont les algorithmes sont parfaitement capables de rendre compte en renouvelant leurs résultats sous le flux permanent des données qui les alimentent. Imposer la jurisprudence révélée reviendrait à adopter un régime de précédent obligatoire, régime introduit par la *common law* au XIX^e siècle comme substitut de codification pour, en imposant les précédents des cours supérieures⁶⁶⁷, assurer la prévisibilité du droit⁶⁶⁸. Ce serait revenir à un système de jurisprudence verticale proche de celui de la cassation, négation de la jurisprudence horizontale sur laquelle repose la connaissance de la prudence commune.

Quant aux avocats de demain, comme indiqué dans le troisième chapitre, ils (cela a déjà commencé) ne subsumeront plus de manière concise des faits à une règle mise en exergue. Adoptant une démarche analytique, ils reconstitueront de manière complète les faits de l'espèce dont a jailli la solution de jurisprudence pour les confronter à l'espèce sur laquelle ils argumentent. Ils reprendront les arguments de leurs devanciers révélés par le gisement numérique. Ils reproduiront l'itinéraire de la prudence passée pour rendre possible sa réitération présente.

On peut ajouter que l'avènement d'une prudence électronique va modifier et libérer la culture judiciaire, largement refoulée depuis la Révolution française. Si l'étau de la cassation se desserre, notamment sous l'effet du changement culturel induit, les méthodes du palais évolueront vers moins de technicité juridique et davantage d'arguments de fait et d'ordre axiologique ou d'opportunité ce qui stimulera la prudence des juridictions. Dès lors qu'il est reconnu que les juridictions du fond sont la source du droit, rien même ne s'oppose à ce qu'elles introduisent dans leur appréciation l'argument conséquentialiste. Toutes ces mutations

⁶⁶⁷ Chambre des Lords et *Supreme Court of judicature*.

⁶⁶⁸R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^e éd. n° 287-288. Recherchant les origines floues du précédent obligatoire, H. Levy-Ullmann en attribue la source tangible à la théorie déclaratoire de la *common law* soutenue par Blackstone au XVIII^e siècle (*Le système juridique de l'Angleterre*, ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 1999, p. 126-131). J. P. Dawson l'attribue au développement de la pratique des *reports* au XIX^e siècle (*The oracles of the law*, Gryphon ed., New York, 1994, p. 80 s.).

rejailliront sur les pratiques en matière de motivation. Les motifs seront plus argumentés, plus développés et moins conçus dans la perspective de l'épreuve du contrôle de légalité.

3. L'évolution du rôle de la Cour de cassation

Dans le premier chapitre, il a été rappelé que cette institution est, en dépit des apparences, aux antipodes de la conception jurisprudentielle du droit. Ce que l'on y désigne du terme de "jurisprudence" est étranger et même contraire à un droit fondé sur la prudence. On entend par cette jurisprudence, en réalité, l'interprétation authentique de la loi donnée de manière centralisée à partir du contentieux. C'est le contraire de la prudence des juges, puisque les organes de cassation, en dépit de leur composition d'extraction juridictionnelle, ne sont pas des juridictions et ne manient donc pas la prudence, mais la norme, comme le font les docteurs⁶⁶⁹.

Leur existence se trouve donc forcément remise en question par le retour en force de la prudence consécutif à sa mise en exploitation numérique. C'est ce qui a été développé dans le troisième chapitre.

Dans l'immédiat, la découverte du gisement prudentiel est susceptible d'intéresser la Cour de cassation, dont l'institution repose sur le principe même d'une centralisation des informations relatives aux pratiques juridictionnelles. L'unification de la jurisprudence s'est faite jusqu'à présent à partir de la connaissance du contentieux livrée par les pourvois. Les organes de cassation remplissaient donc leur fonction d'unification en travaillant sur la seule partie émergée de la jurisprudence. Cette perception réduite et incomplète portait, certes, sur un échantillon représentatif de la pratique juridictionnelle, mais l'échantillon n'était pas parfaitement fidèle. Grâce à la connaissance de l'intégralité de la pratique contentieuse, les cours suprêmes seront mieux éclairées et rempliront avec davantage de précision leur mission d'unification. Elles verront plus objectivement quelle est la tendance des valeurs de leur temps telles qu'elles ont été arbitrées par les prétoires et feront donc leur arbitrage en connaissance de cause.

À terme, le développement de la prudence numérique est de nature à aller plus loin, et à saper l'institution de la cassation. C'est ce qui a été observé dans le troisième chapitre. Le déclin de la norme au profit de la solution remet en question l'existence de la cassation. S'il n'y a plus de normes à imposer, de violation de la norme à sanctionner, plus n'est besoin de contrôler l'activité juridictionnelle, qui redevient totalement souveraine, sous réserve de l'exercice des voies de recours ordinaires. En l'absence de norme, le besoin d'une interprétation authentique disparaît aussi : ce n'est plus l'interprétation qui dicte la solution mais l'argumentation et la discussion. Comme il n'y a plus d'interprétation, le besoin de son unification n'existe plus non plus ; c'est d'homogénéisation des pratiques juridictionnelles qu'il faut désormais parler - non plus d'unification - autrement dit, d'une prudence qui tend d'elle-même à devenir unique. Cette homogénéisation se fait spontanément, par l'influence naturelle qu'exerce la jurisprudence révélée. L'activité juridictionnelle s'autorégule, en quelque sorte. Plutôt qu'une cour nationale se nourrissant de la prudence de toutes les juridictions du territoire pour faire évoluer le droit, l'intelligence artificielle permet en permanence à tous les usagers et à tous les acteurs du droit de connaître l'état de l'évolution de la vision de la justice et, par suite, de s'y inscrire sans tensions ni ruptures. L'homogénéisation résulte à la fois de la révélation de tendances générales

⁶⁶⁹ FZC, La nature de la Cour de cassation, *Les annonces de la Seine*, 28 avr. 2003, n° 27 ; BICC n° 575, 15 avril 2003.3 (conf. Cour de cassation).

et d'un effet de modèle. La contrainte, qu'emprunte la cassation à la loi, est étrangère à cet effet, qui n'est dû qu'à l'autorité qui se dégage du modèle, lequel s'impose de lui-même. La cassation en deviendra caduque comme procédé d'unification et, plus généralement, on reviendra au droit d'autorité, fondé sur la persuasion, qui régnait avant l'époque moderne. Les éventuels phénomènes de pluralisme juridique dans la jurisprudence révélée que présageait Carbonnier se résorberont d'eux-mêmes du fait de l'autorité qu'exercera sur les jurisprudences minoritaires la jurisprudence dominante numériquement révélée.

La révélation par l'ordinateur de la vraie jurisprudence conforte l'évolution de la Cour de cassation vers le statut d'une cour suprême au sens strict, c'est-à-dire celui d'une cour de pleine juridiction. La jurisprudence cesse d'être verticale, elle redevient horizontale, cette fois-ci sous l'impulsion d'une révolution technologique. La Cour de cassation acquerra la même nature que les cours suprêmes des systèmes juridiques de type coutumier, une juridiction comme les autres qui n'a de particulier que sa supériorité hiérarchique. Elle maniera comme les juridictions inférieures la prudence et, grâce à cette expérience, plutôt que de les censurer, elle leur servira de modèle. Et comme son expérience est forcément limitée en raison de l'inévitable sélection des appels dont elle sera saisie, elle se nourrira elle-même de la prudence des juridictions inférieures. Elle leur diffusera en retour des échantillons de leur prudence en la leur renvoyant à titre d'exemple, rendant hommage à la prudence des tribunaux pour sa proximité avec l'évolution des valeurs. C'est ce type de guidage que pratique d'ores et déjà la cour suprême chinoise.

4. L'avenir de la jurisprudence par rapport à celui des autres sources du droit

Cette question est celle de la métamorphose du régime des sources dans un droit qui tend à se révéler désormais par la prudence. Elle se différencie difficilement de la question suivante, celle de l'avenir du droit, car le régime des sources se trouve au cœur de tout système juridique.

Le basculement de la jurisprudence conçue comme interprétation authentique de la loi par les cours suprêmes vers un droit directement issu de la prudence des tribunaux ne se réduira pas à une restructuration du droit juridictionnel, à une redistribution des rôles à l'intérieur de l'appareil des juridictions, il opérera un changement de paradigme et, à terme, subvertira tout l'ordre des sources. La loi cessera d'être le centre de gravité du système, lequel se déplacera vers le juge et son consultant, la prudence électronique. Bien sûr, l'activité législative, qui n'a jamais été aussi trépidante depuis un siècle, n'est pas prête de s'arrêter, mais son autorité sera altérée par la découverte - la redécouverte - d'une autre légitimité, celle des valeurs que secrète naturellement le contentieux à travers les valeurs quotidiennement revisités par les tribunaux. Comme en *common law*, les lois ne seront plus la source du droit que sous le contrôle de l'appréciation des juges, ainsi qu'il en allait sous l'Ancien régime. L'authenticité du sentiment commun de la justice est tellement forte qu'elle aura, à terme, raison de la religion que nous célébrons depuis Montesquieu et Rousseau, inspirée d'une conception conventionnaliste du droit qui ramène celui-ci entièrement à la loi.

La révélation électronique de la prudence judiciaire entraîne une autre révélation, celle des valeurs en vigueur. Leur utilisation comme source du droit renoue avec la logique coutumière, qui consiste à laisser à la justice le soin d'approuver ou de désapprouver les manières d'être en vigueur dans une société. Le retour de la coutume n'est pas nouveau. Il a

commencé insidieusement dès le XIXe siècle lorsqu'on décida de confier l'interprétation authentique des lois issue du référé législatif de la période révolutionnaire à un tribunal composé, non plus de législateurs, mais de juges. Le ver était déjà dans le fruit, qui conviait à lire la loi à travers les valeurs qui se dégageaient du contentieux⁶⁷⁰. Dans la période contemporaine, il se développe depuis que le juge de cassation s'est émancipé de la tutelle du droit savant et de sa technique pour faire les choix sociétaux auxquels il est convié. La redécouverte de la prudence judiciaire grâce à l'intelligence artificielle conduira à aller encore plus loin et à confier à l'ensemble des juges, comme dans les pays de droit coutumier, la tâche de lire le droit secrété par la société et de le déchiffrer à travers le contentieux. L'intelligence artificielle accélère un processus, déjà en cours depuis longtemps, de retour du droit coutumier⁶⁷¹.

Cette redistribution des rôles évince la science juridique, dont les modèles, qui structurent et scandent la tradition juridique depuis un millénaire, sont désavoués : discrédit de la loi, de l'interprétation, de la norme, et du raisonnement syllogistique au profit du raisonnement rhétorique. Elle accélère son étiolement amorcé depuis la codification et pourrait, à terme, lui être fatale. Les docteurs ne sont pas les praticiens qu'étaient, à l'origine, les jurisconsultes, ils évoluent, par leur origine théologique, dans la transcendance, là où le juge est, au contraire, à la recherche de l'immanence. Toute la culture qu'ils ont communiquée à l'ensemble de la société depuis la fin du moyen âge, provoquant la scientification du droit et la naissance du droit romaniste, est en crise. Cette culture ne survivra pas à la révélation de la prudence judiciaire et au retour de la logique consultative ; ces événements sont de nature à déposséder la science des juristes de son empire. Les techniciens numériques supplanteront les techniciens du droit. Le juriste, cette invention du droit savant médiéval, sous-produit du professeur, sera remplacé par l'usager de l'intelligence artificielle.

Cette conclusion doit toutefois être nuancée par la réapparition du droit commun des savants à laquelle on assiste aujourd'hui à travers les codifications savantes mondiales et régionales. Les juristes ne disparaîtront donc pas complètement. Comme l'avaient fait les légistes au moyen-âge, ils continueront à influencer les droits locaux redevenus coutumiers en leur communiquant le droit commun, c'est-à-dire, aujourd'hui, le droit comparé⁶⁷².

⁶⁷⁰ La découverte de la jurisprudence au milieu du XIXe siècle a provoqué une crise des sources, attisée par l'historicisme, qui voyait dans la société la vraie source du droit, avec sa théorie coutumière de l'*opinio juris*. Il fallait légitimer le droit issu du contentieux du fait de son ascension remédiant à l'inadaptation du code. On pensait confusément, vers la fin de ce siècle, que ce droit pourrait trouver des lettres de noblesse dans cette source séculaire qu'était la coutume (V. notam. H. Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, Th. Caen, 1897). De nombreuses théories ont cristallisé le retour en grâce de la coutume, toutes rompant avec la conception médiévale de la coutume (dite romano-canonique), qui ne voyait une source dans la coutume que si elle était approuvée, au moins tacitement, par le prince, et toutes lui donnant, par là, une pleine extension. Celle de Geny (déjà cité), qui, reprenant la théorie historiciste de l'*opinio juris*, rompit avec l'étatisme, celle de Lambert (déjà cité), qui assimila la jurisprudence à la coutume, et celles qui, à des degrés variés, étendirent la coutume à tout le droit non écrit, notamment les théories de Valette (thèse, Lyon, 1908) et de Lebrun (thèse, Paris, 1932). Sur l'idée que la coutume est devenue, à cette époque, le paradigme des sources du droit, v. E. Serverin, *Coutume et jurisprudence dans les théories du droit privé reçues en France (XIXe siècle et début du XXe siècle)*, in C. Journès (dir.), *La coutume et la loi. Etude d'un conflit*, PUL, 1986, p. 137 s.

⁶⁷¹ *Le savoir des lois. Essai sur le droit romaniste*, op. cit. p. 207 s.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 209.

5. L'avenir du droit

Le troisième chapitre a été consacré à cette question. Comme le suggère la restructuration des sources qui vient d'être esquissée, la découverte intégrale de l'expérience des juridictions grâce à la révolution des techniques de l'information aura, à terme, des suites insoupçonnables. Elle a, par son effet dissolvant, une importance historique et, pour le droit, une portée ontologique. L'ontologie du droit est à la clé parce que, si la manière de juger devient connue, elle s'imposera avec une force de l'évidence qui rendra inutile la norme juridique, contraignant les juristes continentaux à changer leur définition du droit et à cesser d'y voir une règle. Le droit redeviendra ce qu'il était avant la révolution savante de la chrétienté médiévale, une relation optimale entre des intérêts que découvrent, grâce à la prudence, le juge et le jurisconsulte (devenu machine). Il redeviendra ce qu'il était à Rome, où *jus* et *justitia* étaient tout un. Ce n'est pas moins que la révélation du droit ainsi redéfini que met à l'ordre du jour l'exploitation des jugements par l'intelligence artificielle, une révélation sans Dieu, sans nature ni docteurs, pour peu que la technique atteigne un degré suffisant de fiabilité. C'est un retour aux jurisconsultes (au sens romain) et au juge, atomes du droit enfoui depuis un millénaire de culture savante, qu'annonce l'exploitation de la prudence des tribunaux par l'intelligence artificielle, le retour à un droit de prudents, un droit sans juristes et sans science.

Les sciences et techniques produisant l'intelligence artificielle, contrairement à celles qu'elles supplantent, ne touchent pas au fond du droit, qu'elles ne font que révéler et accoucher. Contrairement à leurs devancières, elles ne rendent pas le droit scientifique et technique, elles se bornent, au contraire, à mettre au jour ce qui était caché depuis l'invention de la science et de la technique juridiques par les médiévaux, les acquis de la tradition judiciaire, ce qu'on appelait la coutume. C'est plutôt de retour aux sources qu'il faudrait donc parler que de nouveau système juridique, du retour d'un droit de solutions issu de l'expérience judiciaire, droit qui existait avant l'invention du droit romaniste par les universités médiévales et qui persiste dans la tradition juridique de l'Angleterre et de son ex-empire. La jurisprudence révélée vient accélérer le dépérissement de la tradition romaniste et provoque le retour à la tradition juridique qui le précédait, qui était de nature coutumière. Dans ce type de système juridique, le droit coutumier ne désigne pas tant une forme particulière de règles, comme on se la représente à l'intérieur du droit romaniste, mais, ainsi que l'enseigne le droit comparé, comme un type de système juridique fondé sur le rôle du juge et de la jurisprudence. *Le droit coutumier est celui dans lequel le juge statue par voie de prudence, alors que, dans le droit romaniste et dans les droits de type savant en général, il statue par voie de science*⁶⁷³. Au lieu de rechercher une règle et de l'appliquer aux faits après les avoir qualifiés, le juge, dans un système juridique coutumier, tire la solution juste des faits à partir de la discussion des parties qu'il prolonge par sa délibération. Le raisonnement juridique n'est plus le même, il n'est plus normatif ni syllogistique, mais discursif et dialectique. La jurisprudence n'y opère pas comme une norme qu'on applique mais comme la redécouverte de l'argumentation du cas d'espèce qui a inspiré la solution. La norme ne disparaît pas complètement, mais elle n'est plus la source de la solution, elle redevient un simple argument, une topique.

Cette méthode conduit à revenir à une conception rhétorique du droit : non plus des normes mais, comme sous l'Ancien droit, des arguments pour convaincre et pour juger. La rhétorique est le laboratoire des valeurs qui produit et reproduit sans cesse le droit. La

⁶⁷³ Sur l'opposition entre science et prudence, v. Aristote, *Ethique de Nicomaque*, L. VI, ch. VIII, n° 8.

dialectique des arguments des parties et des juges alimente la sève de la justice qu'est la prudence, aptitude à discerner les valeurs, ce qui la rend indispensable dans l'administration de la justice. Le droit romain était en entier fondé sur la prudence ; le juge, pour bien juger, se tournait vers les lumières de l'homme prudent, le jurisconsulte - qui n'était autre qu'un expert en délibération - ce qui lui permettait, grâce à l'habileté de son consultant, d'accéder à, puis de communiquer, l'exacte solution. La prudence est beaucoup plus qu'une ingénierie des jugements, elle peut être la source même du droit, comme le rappelle l'illustre antécédent romain. C'est rien de moins que cela que met à l'ordre du jour la jurisprudence numériquement révélée : la redécouverte d'un continent oublié du droit.

AUDITIONS D'UNIVERSITAIRES AYANT DONNÉ LIEU À UNE CONTRIBUTION ÉCRITE

Réponses au questionnaire du groupe de réflexion de la Cour de cassation sur la diffusion des décisions décisionnelles⁶⁷⁴

Benoit FRYDMAN⁶⁷⁵

Professeur à l'université libre de Bruxelles

Mars 2022

En préalable, il me semble indispensable de préciser « d'où je vous parle » à savoir de Bruxelles.

Dans l'ordre juridique belge, le pouvoir judiciaire constitue un véritable pouvoir constitué, très jaloux de son indépendance notamment à l'égard du pouvoir exécutif et de l'administration. La jurisprudence est considérée comme une source importante du droit depuis la fin du 19^e siècle. La jurisprudence constitue le point focal de l'étude et de l'enseignement du droit dans toutes les universités et tout particulièrement à l'ULB.

Je suis pour ma part un chercheur au Centre Perelman de philosophie du droit où nous poursuivons l'approche pragmatique du droit caractéristique de l'École de Bruxelles⁶⁷⁶. Cette École considère le droit non pas tant comme un système logique ou politique de normes ou d'institutions que comme le produit d'une lutte perpétuelle pour le droit arbitrée par les institutions et tout particulièrement par les juges.

Il serait artificiel et franchement impossible pour moi de faire abstraction de cette culture et de cette philosophie dans la manière dont j'aborde vos questions. Il m'a paru nécessaire de vous en avertir car cela pourrait influencer la manière dont vous souhaitez interpréter mes réponses.

- S'il vous semble que la notion de jurisprudence a déjà pu évoluer depuis la fin du 19^e siècle et le début du 20^e siècle, comment expliqueriez-vous et caractériseriez-vous cette évolution ? Comment peut-on évaluer la part de la pratique et de la doctrine dans cette éventuelle évolution ?

Le passage du 19^e au 20^e siècle est marqué dans la culture juridique occidentale, tant dans les pays de droit écrit qu'en *common law*, par un changement de modèle dans la conception

⁶⁷⁴ Ce rapport écrit reproduit et complète l'audition à Paris du 14 mars 2022 de B. Frydman par le Groupe de réflexion de la Cour de cassation.

⁶⁷⁵ Benoit Frydman est professeur ordinaire à l'Université libre de Bruxelles (ULB), chercheur au Centre Perelman, membre de l'Académie royale de Belgique.

⁶⁷⁶ Sur l'École de Bruxelles, voyez F. Audren, B. Frydman et N. Genicot (dir.), *La naissance de l'École de Bruxelles* et B. Frydman et G. Lewkowicz (dir.), *Le droit selon l'École de Bruxelles*, Ed. de l'Université libre de Bruxelles, 2022 (sous presse).

du droit en général et de l'office du juge en particulier⁶⁷⁷. En France notamment, les courants sociologiques, comme le mouvement de la libre recherche scientifique, tentent d'émanciper les magistrats du modèle historico-philologique dominant au 19^e siècle de la soumission totale du juge au texte de la loi et à la volonté du législateur. Ils démontent pour ce faire le mythe logique du système univoque, cohérent et surtout complet de la législation pour tenter de créer l'espace nécessaire à la mise en place d'une méthode qui prétend réduire les droits à des intérêts et découvrir la solution du litige par la mise en balance de ceux-ci afin de privilégier l'intérêt matériel ou moral prépondérant ou d'installer une situation d'équilibre. Ce courant qui, en France particulièrement, sera bientôt battu en brèche tant au Palais qu'à la Faculté, influence l'évolution du droit civil notamment (notion élargie du dommage réparable et donc du domaine de la responsabilité, théorie de l'abus de droit, troubles de voisinage...) mais également du droit administratif (proportionnalité) et pénal (dangerosité).

Toutefois, contrairement à la tendance dans d'autres pays, le modèle sociologique ne pénètre que marginalement à l'Université et au Palais. Au contraire, la France renouvelle, peut-être à cause de l'avènement de la 5^e République, son attachement à une forme de normativisme, vaguement référé à Kelsen, qui débouche sur une conception très verticale des institutions judiciaires et des juridictions administratives, ainsi que des rapports de celles-ci avec les normes législatives et réglementaires.

A partir des années 1990, le modèle de la balance des intérêts connaît de nouvelles avancées dans la théorie (notamment par l'importation de l'analyse économique du droit américaine) et dans la pratique. Celles-ci opèrent dans toute l'Europe par infusion des juridictions européennes, la CJUE dans le contentieux économique, mais aussi la CEDH et par le biais des cours constitutionnelles nationales qui se généralisent et gagnent en influence. Toutes ces juridictions, en même temps qu'elles fragilisent et relativisent la notion de juridiction « suprême », qui dit le dernier mot sur le droit, pratiquent très extensivement la balance des intérêts et des valeurs. Cette diffusion s'opère particulièrement à travers la prééminence qu'acquiert les droits humains, ayant acquis la valeur de normes positives internationales ayant effet direct obligatoire dans les ordres internes, désormais systématiquement invoqués dans toutes les affaires. Or, de manière paradoxale, puisque les droits humains représentent des droits individuels qui peuvent être opposés aux intérêts du groupe et de la majorité, les conflits de droits de l'homme ou les restrictions aux droits humains sont systématiquement envisagés par la CEDH par le prisme de la balance des intérêts, qu'il s'agisse des intérêts privés des parties ou de l'intérêt privé comparé à l'intérêt public et aux moyens mobilisés pour faire triompher ce dernier.

Or ce modèle de balance des intérêts contribue à affaiblir l'idée que le juge applique et interprète des règles générales à un cas particulier pour favoriser celle qu'il arbitre des conflits d'intérêts et de valeurs en procédant pour chaque espèce à une balance des intérêts dont le résultat est spécifique à l'affaire, la juridiction supérieure et la CEDH se bornant à mesurer que la décision contrôlée n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation dans cette mesure.

⁶⁷⁷ Pour une analyse détaillée de ce modèle et de ce qui suit, on peut consulter B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 3^e édition, 2011, spécialement ch. 7 et suivants.

L'extension progressive du modèle de la balance des intérêts conduit ainsi à une transformation d'un nombre croissant de questions de droit en questions d'espèce, ce qui déclenche un intérêt accru pour les études statistiques des espèces tranchées et singulièrement de leurs éléments factuels, lesquelles études se développant d'autant mieux que les progrès des sciences de l'information, notamment la numérisation, les bases de données et leur traitement, permettent de réaliser celles-ci beaucoup plus aisément et à moindre coût.

- Que recouvre selon vous aujourd'hui la notion de jurisprudence ? Spécialement, recouvre-t-elle seulement des décisions rendues par la Cour de cassation ou peut-on considérer d'ores et déjà qu'elle comprend les décisions rendues par les juges du fond et, si oui, lesquelles ?

Je définis la jurisprudence comme l'ensemble des décisions judiciaires et les enseignements que l'on peut retirer de leur étude quant à l'état du droit positif. Le terme de « jurisprudence », dans son emploi courant par les professionnels du droit, a un champ d'application variable qui recouvre à la fois les deux définitions proposées dans la lettre de mission du groupe de réflexion. On parle ainsi de la jurisprudence française ou européenne, mais aussi de la jurisprudence d'une juridiction comme la Cour de cassation, ou bien d'une juridiction spécifique fût-elle locale, d'un type de juridiction comme la jurisprudence administrative, d'un niveau de juridiction comme la jurisprudence des cours d'appels ou d'une matière comme la jurisprudence commerciale, sociale ou fiscale.

- L'augmentation de la diffusion des décisions des juges du fond pourrait-elle subvertir la notion actuelle de jurisprudence ? À tout le moins, vous semble-t-elle de nature à accroître la vocation jurisprudentielle des décisions des juges du fond et, en ces cas, dans quelle mesure ?

Il ne me semble pas que l'usage du terme « jurisprudence » implique en droit français une portée normative (bien que ce soit normalement le cas de tous les concepts juridiques), à savoir que son usage légitime se limite à la jurisprudence qu'il serait permis d'invoquer comme source du droit. On sait d'ailleurs que, assez étrangement depuis un point de vue comparatif, le débat doctrinal sur le caractère de source du droit de la jurisprudence n'a jamais été clos dans la doctrine française. On sait aussi que les pays de droit civil ignorent généralement la notion de précédent obligatoire. Je ne pense pas que les évolutions étudiées modifient ce point en théorie du droit.

Le fait que la jurisprudence des juges du fond et des juridictions locales sera davantage prise en compte par les nouveaux outils et ceux qui les mobiliseront me paraît évidente. Il n'en résulte pas pour autant que la jurisprudence changera de statut à cette occasion quant à sa force et sa légitimité. Certes, il existe des sensibilités particulières ou des cultures propres à un juge ou à une juridiction. Des études statistiques américaines et autres l'ont abondamment démontré depuis un bon siècle. Et il est naturel que les plaideurs s'en servent. On ne plaide pas forcément de manière identique selon le juge qu'il s'agit de persuader. Mais cela ne signifie aucunement qu'il soit légitime pour le juge ou la juridiction de prendre appui sur cette sensibilité, culture, qui s'exprime dans sa jurisprudence, pour fonder sa décision en droit et justifier ainsi d'un éventuel écart avec d'autres juridictions égales ou supérieures et certainement pas par rapport à la Cour de cassation. La règle en la matière est et restera l'égalité dans l'application du droit

(*treat like cases alike*). La mission de la Cour de cassation d'assurer l'unité de la jurisprudence la conduira demain comme hier et peut-être encore davantage qu'hier à sanctionner ce type d'écarts (*v. infra*).

- Cette évolution pourrait-elle/devrait-elle impliquer une modification du type d'argumentation développé par les parties, une modification de leurs modes de communication, en ce compris la rédaction de leurs écritures, une modification de l'office des juges du fond (possibilité de citer un précédent, obligation de motiver davantage une décision qui s'écarterait d'un précédent par exemple, admission des opinions divergentes ou dissidentes, etc.) ? En contrepoint, quelle pourrait être l'évolution du rôle de la Cour de cassation ?

1° L'*open data* en matière de décisions judiciaires modifiera très probablement l'argumentation devant les juridictions et en conséquence les motivations des juges qui y répondent, ainsi que la logique juridique elle-même et plus fondamentalement le contenu de la jurisprudence et partant du droit positif, c'est-à-dire du droit tel qu'il est effectivement appliqué.

La numérisation des décisions de justice, voire d'autres pièces du dossier de la procédure, permettra un traitement systématique de données qui n'ont pas jusqu'ici été incorporées dans les répertoires de jurisprudence et les moteurs de recherche des premières générations. Cette numérisation permettra notamment aux outils de traitement de l'information, d'analyse et de présentation de celle-ci d'intégrer des circonstances de faits nouvelles qui pourront éventuellement être prises en compte par les juges.

Pour illustrer cette thèse, prenons un exemple purement théorique emprunté au droit du travail. Imaginons que le vol par un travailleur d'un bien appartenant à l'employeur soit considéré en droit par la jurisprudence comme une faute grave justifiant le licenciement immédiat du travailleur sans préavis ni indemnité. Disons que cette jurisprudence s'applique notamment au cas où le travailleur prend un article mis en vente par l'employeur en rayon et ne le paie pas à la caisse, quoique les décisions des juges du fond ne soient pas unanimes sur ce point. La numérisation des décisions judiciaires et leur libre accès permettra de pénétrer plus avant dans les décisions des juges pour tenter d'y trouver des éléments permettant de distinguer les critères de leurs décisions lorsqu'ils reconnaissent ou non la faute grave en plusieurs catégories (segmentation). Ainsi, ce type de traitement pourrait par hypothèse montrer que la faute grave est moins souvent reconnue lorsque le travailleur mis en cause est une mère de famille célibataire pauvre et que le produit dérobé est de première nécessité pour l'enfant, comme du lait en poudre par exemple. Cette information pourrait constituer un argument en faveur de la travailleuse. Un traitement de même type pourrait montrer une différence dans la jurisprudence selon que l'employeur est une grande surface ou une épicerie de quartier ou de village. L'avocat de l'employeur pourrait y trouver un contre-argument pour justifier la condamnation de la travailleuse.

Ces avocats pourront tirer de leurs outils des *arguments statistiques* complémentaires, tels que, par exemple, « dans 70% des cas où l'employée est une mère célibataire pauvre, la faute grave n'a pas été retenue par le juge du fond ». Notez que ce type d'argument pourrait être invoqué quand bien même la question du statut de la travailleuse n'a pas été discutée

comme telle dans la motivation. Ceci n'enlèverait pas selon moi toute force de conviction à l'argument, ce qui entraînerait ici un glissement dans le fonctionnement de la raison judiciaire.

Dans quelle mesure les juges tiendront-ils compte ou pourront-ils tenir compte de telles circonstances dans leur jugement. L'étude de la jurisprudence enseigne que les circonstances de fait spécifiques à l'affaire peuvent former la base d'une distinction (*distinguishing*) permettant de justifier une différence de traitement dans l'application de la loi, notamment par rapport à des précédents. C'est là l'un des moteurs éternels de l'évolution et de la création jurisprudentielles.

Mais pourrait-on ainsi passer d'une différence purement factuelle à une différence de régime juridique ? C'est effectivement ce que l'observation enseigne de manière certaine, même si certains observateurs sont amenés à ne pas le voir ou à le contester catégoriquement, notamment sur la base de théories bien établies comme la loi de Hume (*no ought from an is*) ou de la formule du syllogisme judiciaire, qui prend bien soin de séparer les questions de fait des questions de droit, selon une méthode qui conserve toute sa place dans la formation du juriste et dans la jurisprudence, tout particulièrement dans celle de la Cour de cassation, qui ne connaît que du droit et non des faits.

Les travaux de l'École de Bruxelles au début des années 1960 ont cependant montré qu'il n'existe entre les faits et le droit qu'une différence de degré et non de nature⁶⁷⁸. Ainsi, dans la jurisprudence de la Cour de cassation sur sa propre compétence limitée aux questions de droit à l'exclusion des questions de faits, la Cour décide, d'ailleurs de manière variable dans le temps, s'il est justifié d'abstraire d'un ensemble de (ou même d'une seule) décisions préalables une véritable notion juridique dont la Cour pourra, dans l'affirmative, vérifier si elle a été correctement appliquée par la décision déférée à sa censure. Pour l'exprimer autrement à la manière des logiciens et des mathématiciens, la distinction entre le fait et le droit correspond à la différence entre la définition d'une classe ou d'un ensemble en extension, c'est-à-dire par l'énumération de ses éléments, et la définition en intension, c'est-à-dire par l'énoncé d'une propriété commune que ces éléments partagent. Voici qui permet d'expliquer ce mystère (qui n'est tel qu'en raison de l'ontologie dominante) du passage du fait au droit, laquelle s'opère principalement par le moyen de la jurisprudence.

Certes, dans ce schéma, la Cour de cassation pourra conserver le dernier mot sur le passage ou non à la notion juridique qui fera entrer la distinction, la catégorie, la théorie dans le champ du droit positif.

2° Je pense que les nouveaux outils d'exploitation des décisions judiciaires numérisées modifieront également en profondeur non pas la mission de la Cour de cassation, qui est d'assurer l'unité de la jurisprudence et partant l'égalité dans l'application du droit, mais la manière dont elle pourra exercer celle-ci. La Cour de cassation me semble appelée dans l'exercice de cette mission à faire un usage intensif, voire systématique, des bases de données

⁶⁷⁸ Ch. Perelman (dir.), *Le fait et le droit, Dialectica*, 1961, n° 1 et 2; Bruylant, 1961. Pour une analyse synthétique de cette question, B. Frydman, « L'œuvre collective de l'École de Bruxelles en argumentation juridique », in *Le droit selon l'École de Bruxelles*, op. cit., p. 118-120.

judiciaires, ce qui peut justifier le fait qu'elle souhaite jouer un rôle particulier, de donneur d'ordre ou de pilote, dans la construction de tels outils.

On sait en effet que la Cour de cassation se préoccupe depuis longtemps du contrôle et de la réduction des divergences dans l'application de la loi sur le territoire et par les différentes juridictions. Il est peu conforme à l'égalité qu'un voleur de pommes soit condamné à une amende dans l'ouest et à la prison ou au bracelet électronique dans l'est. Il paraît assez évident que les nouveaux outils en construction permettront non seulement d'avoir une connaissance bien plus intime et rapide de ces divergences, mais également à la Cour de cassation d'innover en créant de nouveaux moyens de les résorber. Je n'entre pas ici dans le détail de ces techniques. En substance, il me paraît que l'évolution technique est de nature à accroître l'efficacité de l'action de la Cour de cassation dans sa mission d'assurer l'unité ou du moins de réduire les divergences et les contradictions dans l'application des lois, sans préjudice ce qui a été dit en 1°.

- Au-delà, si évolution il devait y avoir, que nous dirait-elle de la place de la jurisprudence parmi les autres sources du droit aujourd'hui ? Plus encore, que pourrait-elle nous indiquer de l'évolution du droit lui-même ?

D'après nos réflexions et les travaux entrepris plus largement sur l'évolution du droit et des instruments de régulation dans les sociétés numériques contemporaines, l'innovation technologique dans le domaine de la justice, notamment par la numérisation des dossiers et des décisions et leur traitement y compris par les moyens dits de l'intelligence artificielle, qu'ils soient symboliques ou connexionnistes, produira des effets majeurs sur l'évolution du fonctionnement des juridictions et plus généralement du droit et de la jurisprudence. Comme dans les autres domaines, les évolutions en cours favorisent l'émergence de nouveaux instruments normatifs, tels que les normes techniques et la standardisation, les labels de qualité et les indicateurs de performance. Je me bornerai ici à une seule observation détaillée relative au développement et à la réglementation d'outils de prédiction ou d'aide à la décision judiciaire qui seront développés sur base de la totalité des décisions numérisées et publiées.

L'invention de nouveaux médias a eu des conséquences importantes sur l'évolution du droit et de la justice et le rôle de la jurisprudence dans le passé comme le passage de l'oralité à l'écriture, l'invention de l'imprimerie et l'informatisation des métiers du droit. Il n'y a pas de raison qu'il en aille différemment des nouvelles techniques de traitement des données numériques, y compris celles dites d'intelligence artificielle. Il importe dès lors de se montrer très attentif comme le fait la Cour de cassation et votre groupe de réflexion aux voies et moyens de la numérisation et à leur utilisation.

Il faut considérer avec une attention particulière à cet égard la *proposition de règlement européen du 21 avril 2021 établissant des règles harmonisées sur l'intelligence artificielle*. Ce règlement prévoit que les règles régissant les applications d'IA seront fixées, en fonction de leur niveau de risque, au niveau européen, en limitant fortement les possibilités des États membres de fixer des règles supplémentaires, plus ou moins rigoureuses. Cela est vrai y compris pour les techniques d'IA qui concernent les services publics et singulièrement la justice. Selon l'annexe III de la proposition de règlement, seront considérés comme des applications à haut risque et donc soumises comme telles au régime de « gestion des risques » mis en place par le

règlement non seulement des applications relatives à la justice répressive (notamment les outils de prédiction de la récidive du type *Compas*)⁶⁷⁹ mais aussi spécifiquement « *les systèmes d'IA destinés à aider les autorités judiciaires à rechercher et à interpréter les faits et la loi, et à appliquer la loi à un ensemble concret de faits* »⁶⁸⁰.

Le considérant 40 de la proposition de règlement se montre plus explicite :

Certains systèmes d'IA destinés à être utilisés pour l'administration de la justice et les processus démocratiques devraient être classés comme étant à haut risque, compte tenu de leur incidence potentiellement significative sur la démocratie, l'état de droit, les libertés individuelles ainsi que le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial. En particulier, pour faire face aux risques de biais, d'erreurs et d'opacité, il convient de classer comme étant à haut risque les systèmes d'IA destinés à aider les autorités judiciaires à rechercher et à interpréter les faits et la loi, et à appliquer la loi à un ensemble concret de faits. Cette qualification ne devrait cependant pas s'étendre aux systèmes d'IA destinés à être utilisés pour des activités administratives purement accessoires qui n'ont aucune incidence sur l'administration réelle de la justice dans des cas individuels, telles que l'anonymisation ou la pseudonymisation de décisions judiciaires, de documents ou de données, la communication entre membres du personnel, les tâches administratives ou l'allocation des ressources⁶⁸¹.

Ce règlement européen met en réalité en place les bases d'un système de certification et de labellisation CE des produits d'intelligence artificielle. Ce système est bien connu puisqu'il est similaire à celui mis en oeuvre par la Commission Delors pour la réalisation du marché unique et qui fonctionne et étend son empire depuis 20 ans. Il reposera sur des normes techniques mises en place par les comités de normalisation européens, qui tendront eux-mêmes à se référer à des standards globaux. Ceux-ci sont d'ores et déjà bien avancés en la matière avec plusieurs normes et de l'ISO et surtout la série des normes P7000 élaborées par l'IEEE. Ces normes n'ont de « technique » que la forme et le nom car elles règlent explicitement des questions juridiques de première importance comme les modalités du respect des droits fondamentaux par les applications. Il est donc très important de surveiller de près ces travaux notamment par le biais des représentants français dans ces organes de normalisation, qui ne sont cependant pas du tout des organisations interétatiques, mais des groupes dominés par des industriels et des ingénieurs⁶⁸².

Cette délégation annoncée de la réglementation européenne des logiciels d'aide à la décisions judiciaire vers la normalisation technique annonce la prolifération à moyen terme de ce type d'outils sur les marchés européens et français. Ceci d'autant plus que seuls les logiciels « destinés à aider les autorités judiciaires (...) » sont considérés à haut risque à l'exclusion des outils, en réalité semblables, à destination d'autres acteurs intéressés comme les avocats, les juristes d'entreprise, les compagnies d'assurance, etc., qui ne pourront être soumis qu'à un

⁶⁷⁹ Voir dans le détail Annexes à la proposition de règlement, annexe III, domaine 6, a) à g), p. 5- 6.

⁶⁸⁰ Annexe III, domaine 8, p. 6-7.

⁶⁸¹ Proposition de règlement op. cit., p. 33.

⁶⁸² Pour un examen en détail de ces questions, le lecteur peut consulter : B. Frydman et A. Van Waeyenberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs*, Bruylant, 2013.

contrôle des plus légers. Nous savons d'ailleurs que certains logiciels sont d'ores et déjà présents sur le marché français et se présentent très ambitieusement comme des « intelligences artificielles » alors qu'ils reposent en réalité sur des techniques statistiques assez rudimentaires et déjà connues. Mais d'autres outils reposant sur des techniques plus sophistiquées suivront bientôt.

L'observation des développements dans le domaine distinct mais voisin des logiciels d'aide aux décisions administratives, tant en France que dans les autres pays, montre une grande appétence des autorités publiques pour ce type d'outils, ainsi qu'une tendance malheureuse à mettre en œuvre ceux-ci sans qu'ils aient été développés et testés suffisamment, parfois avec des conséquences assez dramatiques pour les usagers du service public et la qualité de celui-ci⁶⁸³. Il semble que les informaticiens aient réussi à transmettre à l'administration leur culture « agile » qui consiste à « faire tourner » des applications en rodage et à les améliorer « au fil de l'eau ». Il n'est pas nécessaire d'insister ici sur les risques inacceptables qu'une telle méthode feraient courir à l'institution judiciaire en cas d'usage à grande échelle de logiciels affectés de biais, produisant des erreurs, etc.

Dans cette situation, la Cour de cassation, ou plus largement les pouvoirs publics compétents, seront confrontés à des choix importants. La première option, qui paraît s'imposer d'évidence, consistera à interdire aux magistrats de recourir à de tels logiciels, du moins tant qu'ils ne présenteront pas les qualités jugées suffisantes aux yeux des autorités judiciaires nationales. Cependant, cette interdiction pure et simple risque de créer progressivement une asymétrie de moyens et d'information entre les magistrats et les avocats ou même la doctrine, qui sera difficile à tenir notamment pour satisfaire à l'obligation de motivation des décisions judiciaires. Imaginons-nous aujourd'hui d'interdire aux magistrats le recours aux moteurs de recherche pourtant privés à l'utilisation desquels tous les juristes sont formés dès les premières années de faculté ?

L'autorisation qui serait donnée aux magistrats de recourir à de tels outils futurs, à supposer qu'ils soient disponibles sur le marché, n'est pas non plus satisfaisante ni même acceptable. Comme c'est déjà le cas aujourd'hui pour des décisions administratives prises à l'aide d'algorithmes dits « propriétaires », c'est-à-dire ces logiciels dont la propriété intellectuelle appartient à une personne privée qui concède à titre onéreux ou même gratuits des licences d'utilisation, l'usage par l'administration pose à la fois des problèmes de transparence et de confidentialité⁶⁸⁴ : transparence car l'administration se trouve limitée dans son obligation légale d'expliquer complètement le fonctionnement de l'algorithme qui a suggéré la décision ; confidentialité car l'intelligence artificielle se nourrissant et « apprenant » par le moyen de nouvelles données, il est à craindre que le propriétaire de l'application utilise à son profit le résultat des consultations de son application.

En réalité, la seule solution acceptable à moyen terme semble la mise au point sous la responsabilité des autorités judiciaires d'un algorithme spécifique, respectueux de toutes les règles constitutionnelles, légales, réglementaires et déontologiques relatives à l'exercice du pouvoir judiciaire, à l'office du juge, à la prise de décisions judiciaires et à leur motivation, mais aussi présentant toutes les garanties de performance, d'absence de biais ou d'erreurs, de

⁶⁸³ Voyez en détail sur cette question : B. Frydman, « Le contrôle juridique des algorithmes », *Liber amicorum Dieux*, Larcier, 2022, p. 727-757.

⁶⁸⁴ B. Frydman, « Le contrôle juridique des algorithmes », *op. cit.*, spéc. p. 745 et s.

transparence etc. qui s'imposent à une application aussi délicate et effectivement « à haut risque ». Fort heureusement, ce choix d'une application publique spécifique me paraît conforme aux pratiques habituelles et à la culture de la République française.

Ceci est un chantier très lourd, périlleux, qui semblera aujourd'hui peut-être spéculatif, mais qui s'inscrit logiquement comme la prochaine étape dans la droite ligne de l'*open data* judiciaire et des évolutions technologiques en cours, dans un contexte social et politique favorable à de tels développements. Il convient dès lors, à mon avis, de s'en préoccuper dès à présent.

Groupe de réflexion sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence

Éléments de réponses au questionnaire

Xavier Henry

Professeur à l'Université de Lorraine

Février 2022

Précision liminaire. Compte tenu du nombre de problèmes soulevés par le questionnaire, de la complexité de certaines questions et du temps limité de l'audition, il a semblé plus respectueux du travail de comité de rédiger un document écrit tentant de répondre à toutes les questions posées. L'orientation globale retenue vise à tenter de faire ressortir les enseignements théoriques d'une pratique ancienne de la « jurisprudence accessible ». Celle-ci a été réalisée à partir de la base Jurica et pour une part de décisions de première instance (site du Cerclab). Cette approche préfigure ce que pourrait être l'utilisation de l'Open data, mais elle a été réalisée dans un domaine particulier et en vue de décrire des problématiques non quantifiables (ou non immédiatement quantifiables). Dans ce cadre, l'Open data n'institue pas forcément de rupture majeure, comme il sera indiqué à plusieurs reprises plus loin. Il ne peut en être inféré que des outils informatiques nouveaux, que je ne connais pas, ne soient pas en mesure de réaliser des « structurations » différentes des décisions des juges du fond. Enfin, la présentation a été assortie d'anecdotes personnelles, qui peuvent éclairer ponctuellement le propos et illustrer certains cas concrets, mais qui ne sont pas nécessairement généralisables.

1. Pistes de réflexion sur une « jurisprudence du fond »

1.1. - Existe-t-il selon vous aujourd'hui une « jurisprudence des juges du fond » ?

C'est bien sûr la question fondamentale, mais y répondre nécessite de préciser tout de suite deux termes de la question, qui ne sont pas forcément ceux auxquels on pense en premier...

* « *Existe* ». À quelles conditions une jurisprudence « existe-t-elle » ? Sans doute à partir du moment où on la considère comme contraignante (d'une manière ou d'une autre). Cette idée a été d'une certaine façon défendue par le Doyen Carbonnier lorsqu'il a conditionné l'accès de la jurisprudence au rang de source du droit par le biais détourné de la coutume. Mais, cette thèse a sans doute un point faible : elle raisonne principalement sur une coutume « substantielle ». Autrement dit, c'est la réception par les juristes de la solution posée par les juridictions qui la fait accéder au rang d'une véritable règle de droit (ex. l'interprétation nouvelle de l'ancien art. 1384 al. 1^{er} C. civ. aboutissant à la consécration d'une responsabilité générale du fait des choses). Or, la coutume est peut-être plutôt ou aussi une coutume procédurale : ce qui est reçu par les juristes, c'est que l'interprétation d'un texte par la Cour de cassation fait corps avec lui et qu'une fois qu'elle a fixé sa position, la Cour s'y tient au moins pendant un certain temps, que les juges du fond ont pris acte de cette pratique et globalement

se conforment aux positions de la Cour et enfin que les praticiens ont également intégré et accepté ce fonctionnement judiciaire. Dans cette « réception », les juges ont un rôle central : le cœur de la jurisprudence, c'est le cerveau des juges et leurs présupposés sur le fonctionnement du système judiciaire. Sous cet angle, et dans la ligne des travaux de Madame Serverin, la manière dont la règle abstraite s'extrait progressivement de la multitude des espèces, devient intéressante et il n'est sans doute plus discuté désormais, que cette extraction est l'œuvre commune de la Cour de cassation et de la doctrine.

À partir de là, une jurisprudence des juges du fond ne peut exister que si les juges du fond eux-mêmes, puis la doctrine et les praticiens sont convaincus que des tendances se dégagent de ces décisions, mêlant fait et droit, et qui ne seront jamais totalement unanimes, ont un pouvoir contraignant. Dans le fil de cette réflexion, et même si toute ma pratique jurisprudentielle s'inscrit dans la conception de Madame Serverin, selon laquelle la notion de jurisprudence dépend des modes d'accès au contentieux, il faut se rendre à l'évidence : la modification des modes d'accès au contentieux est une condition préalable à la modification de la conception qu'on se fait de la jurisprudence, elle n'est nullement suffisante. L'accessibilité croissante aux données décisionnelles (inédits de la Cour de cassation, sélection d'arrêts d'appel, quasi-intégralité des arrêts d'appel en matière civile) n'a pas suffi à faire changer les mentalités et, fondamentalement, les pratiques. Les avocats y sont pourtant prêts, les juges un peu moins et les universitaires, pour une bonne part, pas davantage (V. *infra* 3.4.).

Autrement dit, une jurisprudence des juges du fond *pourrait* d'ores et déjà exister, mais je ne suis pas persuadé que cette idée soit encore suffisamment reçue par les magistrats, la doctrine et les éditeurs (V. not. *infra* 3.4. *in fine*).

* « Une ». Autre terme soulevant d'importantes interrogations : y a-t-il « une » jurisprudence ou « des » jurisprudences du fond ? Je serai de plus en plus enclin à penser qu'il peut exister plusieurs types de jurisprudence des juges du fond.

Tout d'abord, il faut absolument tenir pour acquis que les juges du fond, qui jugent en droit et en fait, abordent un nombre considérable de questions de droit : plus que la Cour de cassation, nécessairement avant elle et souvent sans elle.

À propos de l'art. L. 221-3 C. consom., un arrêt récent (CA Bordeaux (4^e ch. civ.), 3 novembre 2021 : *RG n° 19/04055* ; *Cerclab n° 9229*) avait abordé explicitement la question du mode de calcul du nombre de salariés, en écartant les textes du code du travail et en comptant chaque salarié à temps partiel comme un salarié au sens de ce texte. Une décision plus récente (CA Montpellier (ch. com.), 11 janvier 2022 : *RG n° 19/04111* ; *Cerclab n° 9351*) retient implicitement une solution différente en se référant à une attestation de l'expert-comptable mentionnant « la présence de cinq salariés équivalent temps plein lors de la conclusion des contrats ».

Ceci illustre : l'existence d'un problème de droit, l'apparition d'une divergence entre juges du fond, l'absence d'information « horizontale » entre cours d'appel. Il me semble aussi intéressant de noter que le premier arrêt a été obligé par les parties d'examiner spécifiquement ce problème, alors que le second n'a fait que le résoudre « au passage » : cette situation est tout à fait caractéristique du fait que la formulation d'un problème de droit et la perception de son utilité dans la résolution du litige ne se mettent qu'en place que progressivement (V. aussi dans la nouvelle version de la synthèse de l'Observatoire mise en ligne l'apparition du traitement des effets de l'annulation : ce problème existait sans doute

depuis le début et je n'y ai peut-être pas attaché une importance suffisante, toutefois ces arrêts récents y consacrent plus de développement et le lien avec la jurisprudence sur les contrats interdépendants est nouveau).

C'est ici qu'intervient le problème de réception soulevé plus haut : de quel droit parle-t-on ? Si on continue de se référer à un droit abstrait, pure construction intellectuelle détachée du fait et des litiges, c'est la conception classique qui perdure et la prise de position de la Cour est déclarative et rétroactive : le droit correspond immédiatement à la position qu'elle adopte et il en a toujours été ainsi dès l'entrée en vigueur de la disposition concernée ou de la naissance du litige (tout ce qui a été jugé avant ne « disait » pas le droit).

Si on regarde la réalité judiciaire telle qu'elle est, il est flagrant que le droit résultant de l'interprétation nécessaire de la loi préexiste à l'intervention de la Cour, mais qu'il n'est pas encore nécessairement stabilisé : un « *work in progress* » en quelque sorte, révélé par une jurisprudence en *streaming*... ou pour éviter ces anglicismes, un droit sous condition résolutoire. L'intervention de la Cour viendra soit le désavouer, soit le consolider : elle paraît davantage constitutive, en marquant à la fois la fin d'une période transitoire et le début d'une jurisprudence au sens classique du terme.

L'Open data ne fait que rendre encore plus indispensable la réponse à ces questions, sans changer fondamentalement les termes du débat.

* Ensuite, les juges du fond jugeant en fait et en droit, l'accessibilité totale à leurs décisions ne peut conduire qu'à élargir sans doute les conceptions de la jurisprudence. Elle ne peut plus être limitée à la seule définition abstraite de l'interprétation de la loi, mais elle permet aussi de représenter, de synthétiser, la façon dont la règle abstraite « épouse » le fait. Ici, le champ à explorer semble immense et particulièrement utile pour les justiciables. Il est en effet tout à fait réalisable d'effectuer des comparaisons entre des décisions provenant de juridictions différentes, mais concernant des hypothèses de fait similaires.

Ce qui soulève immédiatement une autre question : comment définir cette similarité ? Si le questionnement peut sembler pencher du côté de la logique du précédent anglo-saxon, il s'en distingue nécessairement puisqu'il s'agit ici de rapprocher des décisions émanant de juridictions différentes et toutes libres, y compris à l'égard de leurs propres précédents. L'interrogation en induit nécessairement une autre : n'y a-t-il pas derrière tout cela un problème de détermination de la méthodologie utilisée pour la typologie des faits ? Un article de Mélanges (de mémoire les Mélanges Burgelin) soulevait cette question de façon originale et *a priori* particulièrement pertinente : la typologie des faits est-elle une question de droit ? Ce qui fait entrer la Cour de cassation dans le raisonnement : si elle n'est pas juge du fait, a-t-elle un rôle à jouer dans la méthodologie à respecter pour classer les faits ? Et si c'est le cas, par quel cas d'ouverture : manque de base légale ? insuffisance de motifs ? Ou pourquoi pas un cas d'ouverture nouveau « d'écart non justifié à la moyenne » ? Il est désormais bien connu que le fait n'est pas exclusif de toute contrainte : l'état des connaissances à une date donnée sur les risques de l'amiante ou du distilbène, les modes de contamination ou la durée d'incubation d'une maladie, l'existence d'un vice de conception d'un modèle spécifique de réservoir d'essence d'une voiture, ne peuvent plus être réduits à de purs faits que les juges du fond pourraient librement apprécier en aboutissant à des solutions radicalement incompatibles.

Le cas échéant, à partir de quel instant est-il possible de dater l'apparition d'une telle jurisprudence, relativement à une question donnée ?

Il est particulièrement difficile de répondre à cette question, sachant que tout dépend des contentieux décrits.

S'agissant de contentieux « artificiellement » structurés, autour d'un angle choisi par le descripteur (ex. cités ci-dessous des accidents de caddie dans un supermarché, des morsures de chien ou des troubles de voisinage causés par des travaux de démolition), la « jurisprudence » n'existe pas avant que sa présentation synthétique soit accessible, elle peut exister à compter de cette date si les juristes la considèrent comme telle.

S'agissant des problèmes soulevés « naturellement » par l'interprétation d'un texte, notamment nouveau (ex. l'art. L 221-3 C. consom. évoqué plus loin et lors de l'audition), le rapprochement des décisions rendues n'est pas contestable en lui-même. Tout dépend alors de la masse critique qu'il est nécessaire d'atteindre pour, d'une part, avoir inventorié les principaux problèmes juridiques posés par le texte, d'autre part, avoir également identifié les différents arguments utilisés pour les résoudre, et enfin, avoir mis en évidence les tendances affectant la matière. Cette masse critique me semble variable selon les contentieux et elle suppose aussi de prendre en compte les différents cadres procéduraux utilisés. Concernant par exemple des questions comme la notion de déséquilibre significatif dans le cadre de l'ancien art. L. 442-6 C. com., il est nécessaire de disposer d'un maillage factuel suffisant afin de mettre en lumière les indices utilisés (ex. l'absence de réciprocité, l'analyse globale des clauses, la prise en compte des contraintes ou des spécificités d'un secteur). Pour la définition de l'objet du contrat entrant dans le champ de l'activité principale de l'art. L. 221-3, ce n'est pas le nombre de décisions qui compte, mais la variété des hypothèses abordées : par exemple, il suffit de trois ou quatre décisions concernant un contrat de télésurveillance pour voir si les juridictions appréhendent le lien avec l'activité principale de la même manière.

En revanche, la prise de conscience de l'existence d'une contrainte suppose nécessairement de disposer d'un nombre suffisant de décisions (ici, l'ampleur du contentieux concerné joue nécessairement un rôle) inégalement réparties. Si le contentieux des juges du fond se partage par moitié, tout juge qui connaît cette situation peut continuer à prendre sa décision librement. Si la répartition est 90/10, le juge peut toujours s'écarter de la tendance majoritaire, mais à mon sens, doit motiver sa décision. Il faut aussi souligner deux points importants dans cette manière d'aborder la jurisprudence : tout d'abord, la domination d'une tendance sur l'autre peut apparaître assez progressivement, mais, ensuite, elle est très difficile à renverser.

1.2. - Au regard de votre expertise dans l'analyse des décisions rendues en première instance et en appel, percevez-vous une tendance des juridictions du fond à statuer en considération de la motivation d'une décision rendue par une autre juridiction du fond ? Le cas échéant, une référence à cette autre décision apparaît-elle explicitement dans la décision rendue, ou bien est-il procédé par appropriation de ses motifs ?

* La réponse à ces deux questions nécessite deux précisions préalables : si les indications qui suivent découlent de la lecture de dizaines de milliers de décisions du fond,

celles-ci ne concernaient que des matières particulières (le droit civil et de la consommation) et elles mériteraient d'être confirmées ou pas par des spécialistes d'autres secteurs (commercial, social, étant noté que dans des matières rares mais particulièrement techniques, des revues ou des sites spécialisés peuvent permettre un suivi très fin).

Ensuite, si l'on prend la contextualisation de la position du juge dans une perspective plus large, il faut aussi intégrer la doctrine. Sur ce point, il est possible de constater que la référence à des opinions d'auteurs est extrêmement rare.

* Globalement, les décisions des juges du fond que j'ai pu consulter (appel pour le Mégacode, l'Observatoire et le Cerclab et, dans le périmètre du Cerclab, première instance) ne citent que très rarement d'autres décisions des juges du fond. Les rares fois où elles le font, c'est souvent pour écarter la pertinence de la décision avancée par l'une des parties. La lecture des motifs permet parfois d'entrevoir que les avocats ont produit de nombreuses décisions du fond extraites des bases de données juridiques, mais celles-ci ne sont jamais reprises, y compris dans l'argumentation des parties.

Un arrêt récent (CA Rennes (3^e ch. com.), 18 janvier 2022 : *RG n° 19/05460 ; arrêt n° 43 ; Cerclab n° 9361*) contient les motifs suivants : « *De même, c'est encore à tort que la société PFSB affirme que ces clauses sont contraires à un principe, prétendument validé par la jurisprudence, selon lequel, en matière de prestation de service de télécommunications, le prestataire serait toujours tenu à une obligation de résultat. Au contraire, la cour observe que les quelques précédents cités par la société PFSB concernent des fournisseurs d'accès (Orange ou AOL) qui, du fait même de l'objet du contrat qui consiste à fournir au client un accès à l'internet, ne peuvent pas prétendre s'exonérer de cette obligation, sauf force majeure, ce qui explique que soit réputée non écrite toute clause qui aurait pour effet de vider cette obligation de sa substance Tel n'est pas le cas du contrat d'acheminement souscrit par la société PFSB auprès de la société Masselin Communication, lequel, comme précédemment rappelé, relève d'un système complexe faisant interagir d'autres opérateurs, notamment le fournisseur d'accès sur lequel le prestataire n'a pas de prise, ce qui explique qu'il ait pu convenir avec sa cliente, au demeurant non tenue d'y adhérer, d'un certain nombre d'échecs admissibles dans les communications à émettre ou à recevoir par son intermédiaire.* »

L'arrêt illustre la pratique de l'éviction des précédents cités par une partie (justement peut-être parce que, n'émanant que d'une partie et non d'un référentiel objectif extérieur, la sélection de ces précédents est nécessairement orientée). Il montre aussi que cette éviction suppose une réflexion typologique, distinguant les fournisseurs d'accès purs et les intermédiaires offrant un système complexe s'appuyant sur des prestataires extérieurs. Enfin, même de manière plus subliminale (mais c'est ce qui est le plus révélateur du cadre intellectuel du juge), l'arrêt, en utilisant la formule « *les quelques précédents cités* » présuppose qu'il peut exister une jurisprudence, constituant un ensemble mathématiquement fini, de « *tous les précédents susceptibles d'être cités* », tout en sous-entendant que ce référentiel théorique est inaccessible. Dit autrement, le juge justifie sa liberté de décision au regard de précédents connus par le postulat de précédents inconnus dont la synthèse pourrait conduire à des conclusions différentes. Ici, l'Open data change radicalement la perspective, en permettant de transformer ce référentiel virtuel en description réelle de l'effectivement jugé.

J'ajoute que ces constatations valent aussi bien pour les décisions d'autres juridictions, que pour celles émanant de la juridiction saisie. Lorsque le précédent émane de celle-ci, il semble quand même que les juges justifient leur positionnement, notamment lorsqu'ils estiment que l'affaire antérieure était différente. Si les juges du fond étaient soumis au régime du précédent, une telle motivation serait sans doute impossible.

En revanche, les juges du fond citent des arrêts de la Cour de cassation et des décisions de la CJUE, notamment lorsqu'ils en appliquent les positions de principe.

1.3. - Diriez-vous que ce phénomène de prise en considération des décisions des juges du fond s'est développé durant ces trente dernières années ? Si oui, pour quelle(s) raison(s) ? L'augmentation de la diffusion des décisions de justice vous semble-t-elle être le facteur principal, les magistrats de l'ordre judiciaire recherchant ainsi l'existence de décisions antérieures sur des bases de données ?

Ici aussi, les termes de la question méritent d'être précisés. « L'utilisation » des décisions du fond par les praticiens ou les éditeurs a incontestablement augmenté. L'évolution ne pouvait se faire jour qu'à partir du moment où ces décisions étaient accessibles. Le Fichier national de jurisprudence géré par Juris-Data a à la fois initié le mouvement tout en le freinant, puisqu'il n'était consultable que par cet éditeur. L'avènement de Jurica et le fait que tous les éditeurs aient pu en prendre une licence a accéléré l'évolution. Ensuite les éditeurs ont exploité ces sources, dans les revues et les encyclopédies (sans même parler du Mégacode). Il me semble important de souligner que les ouvrages professionnels (ex. Lamy, Memento F. Lefevre, etc.) ont utilisé de façon beaucoup plus systématique les décisions du fond, alors que la documentation classique comme les manuels ou les traités restaient et restent toujours en retrait (pour des raisons aisément compréhensibles de contraintes de volume). Enfin, il est tout à fait logique, pour ne pas dire nécessaire, qu'un praticien, notamment un avocat qui plaide devant les juridictions du fond, puisse être particulièrement intéressé par leurs décisions, pour de multiples raisons : le texte est nouveau et aucune prise de position de la Cour de cassation n'existe (la remarque vaut aussi pour un problème nouveau d'articulation de plusieurs textes), le contentieux est sériel, le litige intègre des appréciations de fait qui sont éligibles au raisonnement analogique (V. *supra* 1.1).

En revanche, la « prise en considération » de ces décisions par les magistrats me semble encore très insuffisante (1.1.1 et 3.4 pour la doctrine). En théorisant le propos, on pourrait avancer qu'il faut distinguer trois degrés dans l'émergence d'une jurisprudence des juges du fond : l'accessibilité (accroissement progressif achevé par l'Open data), la connaissance ponctuelle (décisions produites par les parties) ou systématique (synthèses de l'effectivement jugé dans l'esprit du Cerclab ou de l'Observatoire), la prise en considération (qui suppose une prise de conscience que cette jurisprudence est un élément à prendre nécessairement en compte pour motiver la solution, voire une « conviction » que c'est le cas).

D'autres facteurs ont-ils pu favoriser ce phénomène (recours à des listes de diffusion entre magistrats, élaboration et mise en commun de « bibles » d'attendus ? uniformisation du traitement de contentieux répétitifs entre magistrats d'une même juridiction ? autres éléments ?), et si oui, dans quelle mesure ?

Concernant les relations internes aux magistrats, je ne dispose que de quelques informations très parcellaires faisant état par exemple de relations entre présidents de chambre de l'instruction. Par ailleurs, il est tout à fait évident, à leur simple lecture, que des attendus similaires ont circulé entre les juges d'instance dans les années 2000 en matière de crédit à la consommation.

1.4. - Sur cette même période, quel regard portez-vous sur les rapports entretenus par la doctrine avec l'analyse des décisions du fond ? Diriez-vous qu'elle est plus encline à des études systématiques (et non seulement ponctuelles) de cette jurisprudence ? Le cas échéant, quels bénéfices ou quel usage en retire-t-elle (ou pourrait-elle en retirer) ?

L'utilisation des décisions du fond s'est clairement généralisée, notamment dans les revues (peut-être d'ailleurs davantage dans les revues spécialisées que dans les revues généralistes, telles que le Recueil Dalloz ou la Semaine juridique qui ne contiennent quasiment plus d'annotation de décisions du fond). Mais cette exploitation reste plus illustrative que systématique (V. aussi 3.4. *in fine*).

1.5. - Selon votre expérience, l'exploitation croissante des décisions des juges du fond dans certains ouvrages – par exemple, dans le Méga Code civil – résulte-t-elle de la demande des éditeurs ? D'une initiative des auteurs ? D'un besoin exprimé ou anticipé des praticiens ?

Il me semble que les phénomènes mentionnés sont très imbriqués et qu'il existe une indéniable interaction entre les initiatives des universitaires, des éditeurs, des juges et des praticiens, notamment les avocats.

La création de Juris-Data résulte très clairement d'une initiative du Professeur Pierre Catala qui en a d'ailleurs décrit l'origine (à noter qu'il s'agissait d'un dialogue avec un informaticien). Mais, cette idée (réfléchie, notamment quant au périmètre limité aux cours d'appel pour des raisons évidentes à l'époque de faisabilité) n'a pu voir le jour qu'avec le soutien des Éditions techniques et de son président de l'époque. Elle a créé une pratique qui concernait essentiellement les universitaires pour la sélection, mais la base qui en est résultée, puis le Fichier national de jurisprudence, ont ensuite provoqué des échanges avec les juges et les avocats, pour tenter de satisfaire leurs besoins.

Pour le Mégacode civil, l'initiative est partie de l'éditeur Dalloz, qui souhaitait marquer la date anniversaire de son Code civil. Le contenu initialement envisagé et proposé aux annotateurs de l'époque, les professeurs Gilles Goubeaux et Philippe Bihr, de nature plus doctrinale, n'a pas été retenue. L'orientation de l'ouvrage vers une présentation de la jurisprudence du fond a donc relevé davantage des auteurs.

L'accès élargi aux arrêts d'appel en matière civile par la base Jurica semble en revanche provenir d'une volonté spécifique de la Cour de cassation.

Quant à l'accès complet réalisé par l'Open data, il m'est plus difficile d'en juger, même s'il semble que l'accès aux données publiques est un mouvement général imposé par l'Union européenne et qu'il répond à un besoin clairement revendiqué par les nouveaux acteurs du

secteur (Doctrine.fr, Prédicite, etc.) qui abordent le phénomène jurisprudentiel sous un angle informatique, compte tenu des outils nouveaux permettant de traiter le « big data » et d'utiliser l'intelligence artificielle.

Cette dernière évolution m'amène à formuler quelques remarques plus personnelles (ou plus politiquement incorrectes...). Quel est le « plan business » des start-ups de l'IA appliqué au droit jurisprudentiel ? Il faut en effet être parfaitement lucide : le marché français de l'édition juridique et de la connaissance de la jurisprudence n'est pas extensible à l'infini. Je peux aisément concevoir que ces start-ups aient la capacité de convaincre les praticiens de la supériorité de leur outil et de son utilité pour élaborer leur « stratégie de défense » pour reprendre des termes à la mode. Mais (cf. ci-dessus), ce que le client achète n'est en définitive qu'une description ou un outil permettant une description de la jurisprudence, laquelle sera proposée au magistrat : cela n'assure en rien que cette description entraînera la conviction dudit magistrat. Encre une fois, le cœur véritable de la jurisprudence, c'est le cerveau du juge, ou, plus précisément l'idée qu'il se fait de ce qu'est la jurisprudence (V. ci-dessus 1.1.).

2. Questionnements sur l'utilité et les modalités de l'Open data appliqué à la « jurisprudence du fond »

2.1. - Que peut-on attendre de l'Open data des décisions des juges du fond, de votre point de vue ? La quantité de décisions disponibles permettra-t-elle selon vous de mieux déceler les tendances nouvelles en jurisprudence ou, au contraire, rendra-t-elle cette tâche plus complexe ?

Travaillant sur la jurisprudence accessible, en m'adaptant à l'accroissement de cette accessibilité, depuis plus de trente ans, la connaissance de la jurisprudence des juges du fond me semble un progrès incontestable, pour de multiples raisons exposées par ailleurs en réponse aux autres questions. L'Open data ne change pas la nature de cette constatation. Il permettra par ailleurs d'écarter l'objection récurrente faite à des traitements sélectifs tels que Juris-Data, puisque potentiellement la possibilité d'un accès exhaustif permet de vérifier la pertinence d'une première analyse partielle.

L'Open data, tout comme Jurica, permet aussi de repérer les erreurs éventuellement commises. Elles sont inévitables, comme dans toute activité humaine : une appendicite ratée reste de la médecine, un mauvais jugement reste une décision de justice (avec une formule exécutoire et les conséquences qui peuvent en découler). Les identifier et éviter qu'elles se reproduisent me paraît un progrès pour les justiciables.

En revanche, il semble incontestable que l'augmentation de la masse à traiter va accroître la tâche des juristes cherchant à exploiter rigoureusement les décisions du fond. C'est un dilemme connu depuis longtemps : vaut-il mieux se concentrer sur l'exploitation d'un corpus partiel que l'on peut étudier de façon exhaustive ou tenter d'exploiter partiellement un corpus exhaustif ? Le plus probable est que trois méthodes vont coexister : un traitement exhaustif d'un corpus partiel (délimité soit par la juridiction, cassation ou fond, soit par un problème juridique donné), un traitement partiel d'un corpus exhaustif (Open data analysé de façon statistique), un traitement exhaustif d'un corpus exhaustif (Open data dépouillé intégralement par des outils d'intelligence artificielle, le jour où de tels outils seront assez fiables).

2.2. - Quels outils permettraient le cas échéant d'améliorer le traitement de ces décisions (algorithmes, signalement par les juridictions du fond des décisions importantes, meilleure structuration des décisions des juges du fond, etc.) ?

Les trois pistes indiquées appellent des réponses spécifiques.

2.2.1. – *Concernant les algorithmes*, il m'est difficile de répondre précisément, faute de connaissance du contenu exact de ces derniers. Pour être tout à fait clair, les créateurs de ces algorithmes les considèrent comme le cœur de leur offre commerciale, couverte par conséquent par le secret des affaires. La transparence n'est donc pas de mise à l'égard des tiers, *a fortiori* lorsqu'ils peuvent, comme c'est mon cas, collaborer avec plusieurs éditeurs qui sont en concurrence entre eux... Pour ne prendre qu'un exemple, toutefois, une jeune informaticienne semble avoir très surprise que je puisse suggérer une association automatique entre un texte et sa formulation langagière, pour récupérer toutes les décisions utilisant l'une ou l'autre de ces formulations (ce qu'en interrogation classique, on fait très classiquement par l'opérateur « ou »), comme « 1167 (ancien) du code civil » et « action paulienne » ou « 1166 (ancien) du code civil » et « action oblique ». Apparemment, l'idée ne lui était pas venue à l'esprit !

2.2.2. – *Concernant le signalement des décisions importantes*, il me semble qu'il faut distinguer plusieurs aspects.

* En premier lieu, il y a incontestablement des décisions des juges du fond qui sont importantes, soit parce qu'elles abordent pour la première fois une question nouvelle, soit parce qu'elles marquent une inflexion de la position de la juridiction (cf. ex. ci-dessous), soit parce qu'elles interviennent dans des affaires d'importance majeure (ex. certains contentieux sériels). Si les juges du fond n'ont pas explicitement d'arrêts « pilotes », comme peut le faire la CEDH, la consultation de nombreuses décisions du fond (Cerclab ou Observatoire) montre que les premières décisions sont souvent importantes : les juges réfléchissent à une solution, la motivent soigneusement et, en général, s'y tiennent.

* Ensuite, se pose la question différente de la sélection par les magistrats des décisions « importantes ». Ici, et l'expérience des Ateliers régionaux de jurisprudence est décisive, il me semble incontestable que les magistrats ont une conception restrictive des décisions importantes et que les universitaires ont une vision beaucoup plus large, incluant des décisions « intéressantes ».

* Enfin, l'intérêt du signalement des décisions « importantes » ne doit pas, à mon sens, occulter le fait que le flux est également intéressant et, surtout, que l'intérêt ou l'importance d'une décision ne peut se mesurer à l'aune de la seule activité de la juridiction qui l'a rendue : c'est le rapprochement entre les positions des différentes juridictions qui est particulièrement significatif lorsqu'on raisonne sur une jurisprudence des juges du fond.

2.2.3. – *Concernant la meilleure structuration des décisions du fond*, il y a ici beaucoup à dire.

* Tout d'abord, l'identification des décisions reste très variable. Le numéro de RG et le numéro Portalis sont systématiquement présents (en tout cas pour les décisions d'appel consultées), mais ce n'est pas le cas pour le numéro de minute (le terme étant d'ailleurs peu compréhensible pour un non-juriste). Une harmonisation serait donc nécessaire.

En revanche, le numéro de RG de la décision attaquée n'est pas toujours présent en appel (quand il l'est, il ne l'est pas de façon homogène, comme l'illustrent les cas des jugements de tribunaux d'instance qui ont une numérotation standardisée qui n'est pas respectée par les cours d'appel). Il n'est jamais présent dans les arrêts de la Cour de cassation (sauf dans le cas de décisions du même jour dans une même affaire). J'ai interrogé directement la Cour de cassation sur cette question et il m'a été indiqué que ce refus était justifié par un souci de respecter l'anonymat. Je ne comprends toujours pas cette position, qui empêche (ou en tout cas complique inutilement) le chaînage automatique des arrêts, indispensable pour savoir si la décision a été infirmée ou cassée, en tout ou partie. Le contraste est ici saisissant avec les juridictions administratives dont la pratique est exemplaire, puisque même devant le Conseil d'État, le numéro de requête des décisions de première instance est connu.

* *Concernant la structuration des décisions du fond*, certaines améliorations seraient sans doute opportunes. Toutes les décisions du fond comportent quatre parties : les éléments d'identification (dans une présentation malheureusement non standardisée), l'exposé du litige (faits, procédures, demandes et arguments des parties), motifs, dispositif. Les titres de chaque partie pourraient être harmonisés. Le titrage est lui aussi perfectible : les mises en forme sont perdues lors de l'accès numérique, ce qui compromet la lisibilité de la hiérarchie des titres. Il est absolument impératif que les titres soient précédés d'indicateurs (I, A, 1°, ou 1., 1.1, 1.2, 2., 2.1 etc.) pour éviter toute confusion.

Par ailleurs, certaines décisions commencent à pratiquer une numérotation des attendus (y compris désormais systématiquement la Cour de cassation). Cette pratique est intéressante lorsqu'il s'agit de citer un passage précis d'une décision. Il me semble pourtant que l'essentiel est ailleurs : les décisions ont une nature composite et c'est le zonage informatique des passages qui est essentiel (rappel des faits et de la procédure émanant de la juridiction, arguments émanant des parties), motifs et dispositifs contenant la prise de position spécifique à la décision concernée.

Il semblerait donc assez logique que, dès la rédaction de la décision, ce balisage informatique de la nature des zones concernées soit systématiquement précisé.

Dans cette perspective, il faut signaler, qu'au moment même où les outils informatiques semblaient avoir résolu le problème du zonage automatique des décisions (V. ci-dessus), certaines juridictions ont mis en place une présentation nouvelle qui compromet la fiabilité de ce découpage. Le mouvement semble être parti de la Cour d'appel de Paris mais il s'est étendu à d'autres cours. Il s'agit de reprendre les arguments des parties dans la zone des motifs : Attendu que l'appelant soutient..., Attendu que l'intimé répond ..., Attendu (réponse de la cour). Cette présentation encourt deux griefs : tout d'abord, elle mélange dans la zone des motifs, qui devraient émaner de la juridiction, des arguments venant des parties ; ensuite, la fin de l'argumentation de l'intimé n'est pas toujours facile à identifier. Pour certaines décisions du Cerclab, j'ai même été obligé de le mentionner explicitement parce que certains attendus pouvaient constituer soit la fin de l'argumentation de l'intimé, soit le début de la prise de

position de la Cour. Ce défaut a, semble-t-il, fini par être identifié, puisque les arrêts ajoutent désormais la formule « Sur ce » pour bien marquer le début des motifs.

* *Concernant l'anonymisation*, la lecture des arrêts d'appel et leur anonymisation rigoureuse pour le site du Cerclab montre que les parties peuvent être présentées de multiples façons, ce qui perturbe la fiabilité de cette anonymisation. Cela peut venir d'erreurs d'orthographe dans les noms ou encore de la présence ou de l'absence de tiret dans les noms composés. Par ailleurs, les formulations sont souvent variées, y compris dans une même décision, ce qui me semble anormal : M. Lucien R., M Lucien R., Lucien R., Monsieur Lucien R. Monsieur R. Lucien, M. R., M R., Monsieur R. et Madame S., Monsieur et Madame R., M. et Mme R., les époux R, les conjoints R, les époux R. S., les époux R.-S., etc.

* Globalement, il me semble que **les juges du fond doivent désormais systématiquement prendre en compte, dans la rédaction de leur décision, le fait qu'elle sera accessible numériquement**, ce qui impose de respecter certaines contraintes indiquées plus haut. Mon impression générale est que cette dimension n'est pas encore suffisamment perçue (contrairement, là encore, aux juridictions administratives, qui ont pris en compte cette préoccupation dès la création des cours administratives d'appel).

2.3. - Pensez-vous que le traitement conjoint de ces données par les praticiens et les universitaires (à l'instar de ce qui a pu avoir lieu dans le cadre des ateliers régionaux de jurisprudence) permettrait une hiérarchisation pertinente de l'ensemble des décisions rendues ? Une telle hiérarchisation est-elle possible/nécessaire ?

Une hiérarchisation des décisions par les seuls magistrats qui les ont rendues doit absolument être complétée par une sélection d'universitaires ou de praticiens pour les raisons qui ont déjà été indiquées (V. *supra* 2.2.2.). Tout d'abord, les magistrats sélectionnent peu (V. par exemple le nombre réduit de décisions intégrées sur Jurinet ou celles du fond disponibles sur Légifrance). Ensuite, l'existence, l'ampleur ou la régularité de la sélection est très variable selon les magistrats (V. la surreprésentation de certaines cours d'appel sur Légifrance ; l'expérience des Ateliers régionaux de jurisprudence a montré à de nombreuses reprises la disparition du jour au lendemain de la sélection par les magistrats, en raison de la modification de la composition de la chambre concernée). Enfin, l'intérêt résultant du rapprochement entre juridictions, la vision d'une seule d'entre elles ne peut être suffisante.

2.4. - Plus ponctuellement, l'analyse des décisions ne devrait-elle porter que sur certains contentieux ? Quels sont alors les domaines dans lesquels ce type de démarche devrait être instauré ? Par exemple, seulement s'agissant des contentieux émergents ? Également concernant les contentieux sériels ? Encore, dans les contentieux où un plaideur peut par stratégie renoncer à porter une affaire à la connaissance de la Cour de cassation ? D'autres contentieux seraient-ils particulièrement éligibles ?

Dans l'absolu, l'Open data n'exclut aucun contentieux et aucune manière de les structurer. L'ensemble du corpus peut être décrit sous de multiples angles, soit purement juridiques (ex. la condition d'extériorité dans la force majeure), soit sous un prisme initialement factuel (ex. les vols de marchandises transportées) qui débouche inévitablement sur des questions juridiques (force majeure, faute inexcusable) croisées avec des typologies de fait (vol

simple ou à main armée, de jour ou de nuit, en stationnement ou en marche, avec force ou avec ruse, sur des marchandises banales ou précieuses, etc.). L'Observatoire des contentieux en fournit plusieurs illustrations : responsabilités liées à l'utilisation de caddies dans des supermarchés, responsabilités liées à des morsures de chien, troubles de voisinage liés à des travaux de démolition (N.B. le repérage des décisions est ici difficile car la démolition est souvent la conséquence du trouble de voisinage et non sa cause). Tous les exemples cités par la question sont donc parfaitement pertinents.

Le suivi des contentieux émergents permet de connaître les difficultés d'interprétation de façon accélérée. C'est déjà le cas pour Jurica, ce sera encore plus vrai avec l'Open data qui pourrait faire gagner un temps précieux dans la stabilisation de la jurisprudence (ex. sans doute en cours : la clause Axa et le Covid ; ex. sans doute à venir : la résiliation de milliers de compte ING direct).

Les contentieux sériels sont bien entendu également concernés. Ils relèvent déjà de la catégorie des contentieux émergents. Synthétiser les problèmes abordés et les arguments mobilisés pour les résoudre permet non seulement de rapprocher les décisions du fond mais aussi d'égaliser la situation des justiciables, chaque avocat sollicité pouvant s'inspirer des décisions déjà rendues dès lors qu'elles sont facilement accessibles et présentées de façon structurée. Le rapprochement des décisions du fond est également particulièrement précieux sur des aspects factuels. Par exemple, dans l'affaire *Helvet immo*, le raisonnement sur les connaissances de la banque quant aux évolutions futures de la parité euro/franc suisse, le caractère compréhensible de la clause, les indications précises sur les simulations effectivement communiquées sont des points nécessitant des appréciations de fait dont il importe de savoir si elles sont partagées ou pas par toutes les juridictions saisies.

Il existe aussi, effectivement, des contentieux où un plaideur renonce par stratégie à porter une affaire à la connaissance de la Cour de cassation. Je peux citer l'exemple des clauses des contrats d'assurance de véhicule exigeant la double preuve d'une effraction : un seul arrêt de cassation pourrait condamner définitivement ces clauses, dont la rédaction est souvent restée inchangée en dépit de la modification radicale des conditions matérielles des vols pour les voitures équipées de clés électroniques.

Il est possible également de citer le suivi des revirements. Jurica et, *a fortiori*, l'Open data permettent de vérifier la portée réelle et non supposée des évolutions de la Cour (V. Observatoire sur les clauses de divisibilité conventionnelle dans les groupes incluant une location financière).

Toutefois, il faut insister sur le fait que les exemples qui viennent d'être donnés ne concernent que des utilisations dans une perspective centrée sur des problèmes juridiques d'interprétation de la loi et de typologie des faits concernant des données non quantifiables. Les outils modernes peuvent sans doute ouvrir la voie à des descriptions tout à fait nouvelles.

Qu'en est-il par exemple du droit pénal ? Un traitement automatisé sans accès aux décisions pour des raisons de confidentialité et sous l'égide sans doute de la Cour de cassation ou du ministère de la Justice pourrait sans doute permettre d'établir des statistiques sur le niveau des peines, infraction par infraction. Pour être efficace, le dispositif supposerait sûrement une présentation standardisée des décisions pour isoler de manière uniforme le texte concerné et les sanctions appliquées. Il faut noter d'ailleurs qu'en la matière (selon la remarque judicieuse de M. Catelan), les décisions ne suffisent pas et que le suivi d'autres mesures (composition pénale,

rappel à la loi) pourrait aussi être intéressant (ce qui illustre ici le fait que la standardisation des présentations ne peut se limiter aux seuls jugements et arrêts).

3. Questionnements sur les incidences de l'Open data appliqué aux décisions du fond

3.1.1. - Quelles conséquences l'Open data pourrait-il avoir sur l'autorité des décisions de la Cour de cassation, leur rédaction, etc. ?

Concernant « l'autorité » de la Cour de cassation, au regard de son positionnement au sommet de la hiérarchie judiciaire et à la fin des litiges (en tout cas potentiellement), ainsi que du fait qu'il n'y a qu'une seule Cour de cassation (formule figurant dans les textes et mise en avant par la Cour elle-même), l'Open data ne change rien à l'autorité naturelle et pour ainsi dire structurelle des décisions de la Cour de cassation.

Concernant la « vision » des arrêts de la Cour ou l'opinion qu'on peut s'en faire (qu'on peut éventuellement concevoir comme une forme non structurelle d'autorité ou de « révérence »), la connaissance préalable des décisions d'appel et à terme des décisions de première instance et d'appel exerce nécessairement une influence. Pratiquant régulièrement cette approche chronologique, notamment dans le cadre du site du Cerclab, plusieurs conclusions peuvent à mon sens en être tirées.

* La première influence est quantitative. Elle est facile à comprendre lorsqu'on regarde les statistiques judiciaires, notamment les taux d'appel et de cassation. En matière civile, en 2020, le taux d'appel est de 23,7 % pour les TGI en premier ressort, 7,5 % pour les tribunaux d'instance, 12,9 % pour les tribunaux de commerce et 59,7 % pour les conseils de prud'hommes. En 2016, 240.673 arrêts d'appel ont été rendus en matière civile alors que 20.398 pourvois étaient enregistrés. La proportion de pourvoi est donc de moins de 10 %, chiffre similaire pour les deux années précédentes (V. Question écrite n° 01714 de M. François Grosdidier, JO Sénat du 26/10/2017 - page 3305 - <https://www.senat.fr/questions/base/2017/qSEQ171001714.html>). Autrement dit, le juriste qui s'intéresse à la jurisprudence des juges du fond en amont de la Cour de cassation a nécessairement une vision beaucoup plus large du contentieux et peut « situer » un pourvoi au sein d'un courant jurisprudentiel (en son cœur ou en périphérie, sur une question suscitant ou pas des divergences). L'autorité « structurelle » des décisions n'est pas remise en cause, mais leur portée réelle et leur aptitude à « quadriller » et « stabiliser » la matière peut être appréciée de façon beaucoup plus précise et exacte. Il est fréquent qu'au fil des recours, la matière, simultanément, se décante et s'appauvrit (pour une illustration concrète, V. *Contentieux civil « Helvet immo », De quelques questions toujours sans réponse...*, D. 2021, p. 223). Cette première remarque peut être confirmée par une autre constatation faite à plusieurs reprises lors de la réalisation du Mégacode civil : un plan des annotations d'un article réalisé à partir du contentieux du fond « absorbe » sans aucune difficulté les décisions de la Cour de cassation ; à l'inverse, un plan dégagé à partir des seuls arrêts de cassation doit obligatoirement être modifié pour intégrer une description du contentieux du fond.

* Ensuite, il faut prendre en compte le taux de cassation. *Grosso modo*, en matière civile, la Cour casse un quart des décisions qui lui sont soumises. Ce chiffre doit au surplus être modéré par le fait que certaines cassations ne sont que partielles et que d'autres sont justifiées par des motifs « disciplinaires » n'apportant aucun enseignement de fond. Il en résulte que dans

soixante-quinze pour cent des cas, les positions adoptées par les juges du fond n'ont pas été modifiées. Sur un plan quasi psychologique ou/et cognitif, le juriste qui connaît les positions des juges du fond avant que celles-ci ne soient entérinées ou validées par la Cour attribue dans ce cas à la Cour de cassation une fonction de « consolidation » d'un droit en construction qui lui préexistait, plus qu'une fonction déclarative d'un droit qui n'existait pas avant son intervention. La motivation peut ici être importante car un contrôle léger, sans affirmation séparée d'un principe abstrait, atténue l'autonomie de la prise de position de la Cour de cassation (et non l'autorité qui s'attache à la consolidation de la tendance des juges du fond).

* Enfin, une connaissance préalable des positions des juges du fond invite à réfléchir aux problèmes juridiques nouveaux qu'ils soulèvent et aux arguments avancés pour les résoudre avant même que la question soit examinée par la Cour de cassation. L'Open data et l'accès potentiel à des descriptions de l'effectivement jugé sur certains contentieux ouvre la voie à une intervention doctrinale antérieure à celle de la Cour de cassation, avec un examen potentiellement plus large des problèmes discutés devant les juges du fond, au regard de ceux qui seront mis en exergue par les moyens du pourvoi.

Or, il peut arriver que cette réflexion préalable soit quelque peu déçue par la lecture de l'arrêt finalement rendu, ce qui peut provoquer un certain sentiment d'insatisfaction et laisser l'impression que la question reste en suspens, sans avoir été véritablement tranchée.

3.1.2. - Par exemple, la motivation enrichie des décisions de la Cour pourrait-elle faire une place à l'évocation des décisions rendues par les juges du fond ?

Intégrer des citations de décisions du fond *dans* un arrêt de cassation me semble *a priori* très compliqué et pas forcément opportun. La première objection tient à la double fonction judiciaire et jurisprudentielle de la Cour : la seconde s'exerce au travers de la première qui s'inscrit dans un pourvoi contre une décision précise. Citer dans l'arrêt de cassation des décisions de cours d'appel dans le même sens ou en sens inverse de la décision attaquée pourrait entraîner des confusions sur la portée exacte de l'arrêt. La seconde concerne le choix des décisions citées : sur quels critères la Cour pourrait-elle sélectionner telle décision plutôt que telle autre ?

Il pourrait sembler plus logique que la Cour cite ou, d'une façon ou d'une autre, fasse un lien entre son arrêt et une synthèse globale extérieure (comme elle fait un lien avec des décisions antérieures). Ce lien pourrait figurer lors de la publication de la décision sur le site de la Cour, sur Judilibre ou sur Légifrance.

Cette solution, plus neutre, pose toutefois un problème : il semble impossible pour la Cour de renvoyer à une synthèse interne à un éditeur privé. Ce qui fait penser qu'il pourrait être utile que la Cour, par le biais du SDRE, crée une cellule de veille des contentieux du fond et/ou qu'elle préside à la création d'un portail permettant d'accueillir de telles synthèses ou d'établir un catalogue de liens permettant d'accéder à de telles descriptions où qu'elles se trouvent (sites universitaire, d'éditeurs, d'avocat, etc. ; V. aussi *infra* 3.4 *in fine*).

3.2. - Quelles conséquences l'open data pourrait-il avoir sur l'activité du législateur lui-même, au regard de la vision plus complète qui serait offerte à ce dernier sur les décisions rendues par les juges du fond ?

Sur le principe même, il me semble absolument incontestable qu'une meilleure connaissance du contentieux du fond est un outil précieux pour le législateur. Tel était déjà le cas pour l'accès élargi aux arrêts d'appel par la base Jurica et l'Open data ne peut que renforcer cette constatation. Comme il a été indiqué plus haut (3.1.1.), les interventions de la Cour de cassation sont partielles et ne donnent qu'une idée imparfaite du contentieux du fond, lequel peut d'ailleurs révéler des difficultés purement pratiques ou factuelles ne relevant pas en elles-mêmes de la Cour de cassation. La constatation a été faite par certains auteurs, par exemple pour le projet de réforme du droit de la responsabilité civile, qui semble avoir été élaboré en se focalisant à l'excès sur les seules décisions de la Cour de cassation. Le Mégacode civil me semble en fournir de multiples illustrations. Le premier exemple concerne la nécessité de réformer le changement de nom, lorsque ne sont en jeu que des questions de choix du double nom, par adoption ou abandon, notamment par l'enfant à sa majorité (Focus sous art. 61, problème pour partie résolu par la loi du 4 mars 2022). Le second concerne le régime de l'annulation pour trouble mental des changements de bénéficiaire d'une assurance vie (Focus sous art. 414-2).

Il faut toutefois signaler une difficulté d'ordre temporel : quand le législateur doit-il intervenir ? La résolution rapide d'une difficulté dès sa découverte devant les juges du fond vient perturber les affaires en cours, si la loi n'est pas déclarée interprétative (ou si elle ne peut l'être). Cette première difficulté en entraîne une seconde : la prise en compte ou pas de l'intervention législative dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les solutions actuelles ne sont pas du tout homogènes : la Cour maintient parfois les positions antérieures pour les affaires en cours (ce qu'a fait la troisième Chambre civile pour la rétractation du promettant... pendant un certain temps, avant de se déjuger, ce qui fait que des promesses unilatérales conclues avant le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur du nouvel art. 1124 C. civ., ont été jugées de deux façons différentes), mais elle unifie aussi rétroactivement les solutions à la suite d'une intervention du législateur (comme pour la primauté de la déchéance du terme dans les crédits à la consommation sur l'annulation de la clause d'intérêts en application du Code civil, solution qui a totalement bouleversé le contentieux massif en cours sur l'utilisation de l'année lombarde de 360 jours – contentieux initié notamment par Humania consultant, promettant de faire apparaître des erreurs de calcul de TEG – et rendu pratiquement sans espoir toutes les actions intentées).

3.3. - D'après vous, la mise à disposition des décisions rendues par les juges du fond doit-elle impliquer une modification des méthodes de la doctrine ? Quelles conséquences cela pourrait-il avoir sur la place de la doctrine en France ?

Pour les raisons indiquées plus haut et déjà exposées par ailleurs (*Le renouvellement de l'approche de la jurisprudence, A propos du site du Cerclab*, JCP 2020. 938), l'accès élargi à la jurisprudence du fond, *a fortiori* l'Open data, peut permettre d'opérer un changement paradigmatique en permettant la constitution d'une réflexion doctrinale avant l'intervention de la Cour de cassation et de faire intervenir celle-ci avec une vision doublement « panoramique » incluant une description large de l'effectivement jugé sur les questions soulevées par le pourvoi et une analyse doctrinale critique de celle-ci (V. aussi *supra* 1.1 et *infra* 3.4. *in fine*).

Il me semble toutefois que sous le terme de « doctrine », il conviendrait d'inclure aussi les critères d'appréciation scientifique des travaux, notamment des thèses dans le cadre du CNU. Pendant longtemps, des thèses s'appuyant sur un traitement élargi de la jurisprudence n'ont guère été appréciées par le CNU, alors que des édifices purement théoriques, bâtis sur un tout petit nombre d'arrêts de cassation et dépourvus de tout effet opératoire, étaient favorablement appréciés. La situation est sans doute en train de changer, étant bien compris qu'un catalogue de décisions n'est pas une thèse, mais qu'il est parfaitement possible, et une nouvelle génération de doctorants y semble prête, d'allier un traitement scientifique rigoureux de la jurisprudence accessible et une véritable et classique réflexion doctrinale.

Mais le mouvement n'est sans doute pas achevé. Pour ne prendre cet exemple, un comité de sélection a demandé à un candidat quel pouvait être l'intérêt de citer autant de décisions dans une thèse ! La réponse est évidente : la seule rigueur scientifique.

3.4. – Question ajoutée : aspects éditoriaux

Il me semble important d'ajouter que le traitement de l'Open data, d'abord pour décrire « l'effectivement jugé » de façon neutre puis d'en présenter une construction doctrinale critique, soulève des problèmes éditoriaux majeurs.

Le premier, évident, concerne la limitation du volume des publications papier. Il est impossible de citer complètement l'appareil scientifique adossé à une chronique décrivant un contentieux massif. La remarque vaut pour les revues, les codes annotés (sauf le Mégacode civil, mais qui a dû passer en deux volumes) ou les encyclopédies. La seule solution est la dématérialisation du support de description, en tout cas pour tous les traitements de données non quantifiables (une présentation statistique des positions des juges du fond, voire des arguments les justifiant, est concevable, mais reste insatisfaisante s'il n'est pas possible d'accéder au texte même des arrêts). C'est cette constatation inéluctable qui a conduit à la création du site du Cerclab et de celui de l'Observatoire des contentieux. Pour ne prendre que cet exemple, la synthèse présentant la jurisprudence rendue dans le cadre de l'application de l'art. L. 221-3 C. consom. (*Observatoire, Emerg. n° 12, et Cerclab n° 5889*) atteint désormais 45 pages et près de 200.000 caractères pour une ou deux notes et quelques lignes dans les Codes de la consommation Litec et Dalloz consacrées aux seuls arrêts de la Cour de cassation (au surplus se retranchant derrière le pouvoir souverain des juges du fond ou refusant d'examiner une QPC !).

Ces deux outils documentaires ont donc été conçus pour décrire la matière en se libérant des contraintes de taille, tout en étant en accès libre et gratuit pour en faire une base commune de référence, sorte de Verbatim partagé permettant aux analyses doctrinales, aux avocats et aux juridictions de s'y référer de façon globale.

Si quelques contacts directs avec des magistrats et des avocats ont permis de constater que ces outils (spécifiquement l'Observatoire mieux référencé sur Google) ont été utilisés avec profit par des praticiens, je ne peux que constater que le bilan est globalement catastrophique : les auteurs et les éditeurs rechignent à se référer à ces synthèses globales (fond et cassation) et continuent comme si rien n'avait changé de décrire le droit jurisprudentiel en se contentant des décisions de la CJUE et de la Cour de cassation, assorties de quelques décisions illustratives des juges du fond. J'en ignore la raison : volonté de rester dans une description éditoriale de la

matière ? Doute implicite sur l'exactitude ou la neutralité de présentations non validées par une publication éditoriale ? Absence de confiance à l'égard d'un contenu gratuit ? Mais, à partir du moment où la matière est partagée de façon transparente, tout utilisateur qui connaît une décision non citée peut la mentionner pour qu'elle soit ajoutée. Une jurisprudence, ou plus exactement, une description de « l'effectivement jugé » 2.0. en quelque sorte...

Pour sortir de cette impasse, outre la cellule de veille et le portail exposés plus haut (3.1.2. *in fine*), il pourrait être particulièrement utile que l'Open data ne se limite pas à une mise à disposition de données brutes. Puisque celles-ci sont anonymisées, identifiables et qu'il est donc possible de rediriger un lien vers chaque décision, il serait particulièrement utile pour les universitaires, les magistrats ou les avocats, qu'ils puissent disposer d'un outil permettant de créer facilement des synthèses décrivant « l'effectivement jugé », un peu sous la forme de celles de l'Observatoire, mais avec un accès direct à chaque décision citée. Détaché des éditeurs, sous un format standardisé et accessible par un portail officiel, un outil de ce type permettrait à de multiples initiatives de quadriller la masse énorme de décisions qui sera bientôt disponible.

Sur un plan technique, il suffirait de pouvoir mettre en ligne un fichier HTML et disposer d'un logiciel réalisant automatiquement un lien hypertexte entre la décision et sa citation dans la synthèse. Cela suppose que le rédacteur utilise une présentation normalisée, notamment du numéro de RG. Malheureusement, faute d'identifiant unique pour les décisions du fond, cela peut indiquer un lien avec plusieurs décisions : il faudrait donc que le rédacteur lance la recherche de lien et, en cas de doublon, choisisse la décision pertinente.

Audition par le Groupe de réflexion sur la diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence

Frédéric ROUVIERE

Professeur à l'Université Aix-Marseille

Mars 2022

S'il vous semble que la notion de jurisprudence a déjà pu évoluer depuis la fin du 19^e siècle et le début du 20^e siècle, comment expliqueriez-vous et caractériseriez-vous cette évolution ? Comment peut-on évaluer la part de la pratique et de la doctrine dans cette éventuelle évolution ?

La jurisprudence s'est progressivement affirmée comme une source du droit. D'opinion sur un problème elle est passée au statut de norme. Elle est désormais traitée dans les faits comme une source.

Pourtant, depuis la fin du 19^{ème} siècle et le début du 20^{ème} siècle, la jurisprudence n'était pas une source du droit. François Geny, dans ses ouvrages, ne reconnaît comme sources formelles que la loi et la coutume. La jurisprudence était considérée comme une autorité, conception qui sera encore celle du doyen Carbonnier après la seconde guerre mondiale. A ce titre, on relèvera que la RTD civ. fondée en 1902 par Adhémar Esmein commente les arrêts *sans reproduction des textes des arrêts* ce qui implique que la jurisprudence est conçue comme une position argumentée sur un problème juridique et non comme une norme qui s'impose. Les solutions se discutent.

La clé de l'évolution se trouve dans l'influence de certains auteurs.

Henri Capitant, avec son recueil des grands arrêts de la jurisprudence civile, accrédite l'idée que certains arrêts sont plus importants que d'autres : ils font jurisprudence. Dans cette voie, les arrêts créateurs (Boudier en 1897, Coquerel en 1915 Jand'heur en 1930) servent à réformer un droit perçu comme vieillissant et la jurisprudence sert de contrepoids politique à l'inaction du législateur. C'est en effet la doctrine qui choisit de promouvoir tel ou tel arrêt à une époque où il n'existe aucune publication systématique des arrêts. La doctrine joue le rôle de filtre. Elle contribue à façonner l'image du droit positif.

Les publications au Bulletin de la Cour de cassation jouent un rôle similaire en lui permettant de garder secrets ses arrêts inédits, éventuellement contraires aux grands principes et solutions affirmés par ailleurs.

Louis Josserand préconise de faire de arrêts la matière première de l'analyse juridique ce qui accentue le trait. Georges Ripert va dans le même sens et accentue quant à lui la politisation dans l'approche des arrêts.

Cette tendance ne fera que s'amplifier après la seconde guerre mondiale si bien que la jurisprudence remplace progressivement la loi dans l'analyse au point qu'il paraît incongru de

ne pas lui donner le statut de source du droit. De fait, le juge l'a fait sans complexe au début du 21^{ème} siècle lorsqu'il aligné le statut de ses arrêts sur celui de la loi à propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence.

La part de la doctrine dans cette évolution est capitale. En décidant de prendre la jurisprudence pour objet d'étude elle prend une décision scientifique : étendre l'exégèse de la loi aux arrêts. Elle prend aussi une décision politique : faire des arrêts un moyen d'exprimer ses préférences pour telle ou telle solution.

La part de la pratique dans cette évolution devient centrale à la toute fin du 20^{ème} siècle. En validant la conception doctrinale de la jurisprudence, elle s'émancipe de l'autorité doctrinale en affirmant pleinement son pouvoir normatif face à une doctrine qui, par définition, n'est pas une source du droit.

Ainsi, la plume des auteurs ne peut que céder devant le marteau du juge.

En se posant comme une source propre du droit, la jurisprudence se traite elle-même au moins comme l'égal de la loi. Ce point nous paraît résumer l'état actuel de la question.

Que recouvre selon vous aujourd'hui la notion de jurisprudence ? Spécialement, recouvre-t-elle seulement des décisions rendues par la Cour de cassation ou peut-on considérer d'ores et déjà qu'elle comprend les décisions rendues par les juges du fond et, si oui, lesquelles ?

Aujourd'hui, la notion de jurisprudence repose sur une ambiguïté. D'un côté, elle est la masse de toutes les décisions rendues. De l'autre, elle est une source du droit. Ces deux conceptions ne peuvent être totalement compatibles. En effet, tous les arrêts ne peuvent avoir la même portée normative. Aussi, en choisissant quels arrêts sont créateurs et lesquels ne le sont pas, le juge joue un rôle politique qui fait de lui un législateur subsidiaire qui avance masqué.

De cette considération découle la façon d'appréhender les décisions des juges du fond. En tant que données, ces décisions font partie de la jurisprudence au même titre que celles de la Cour de cassation. En tant que normes, ce n'est pas vrai car les arrêts des juges du fond sont soumis au poids hiérarchique de la cassation.

Il reste que la jurisprudence des juges du fond peut s'analyser comme une coutume, spécialement pour ce qui relève de leur pouvoir souverain. A ce titre, il existe des barèmes non officiels plus ou moins suivis dans l'appréciation des préjudices au sein des différentes cours d'appel. A cet égard, les juges du fond produiraient, par sédimentation de leur pratique, une forme de normativité latente dans l'appréciation du fait. Cet aspect relève selon nous plus de la sociologie de la jurisprudence que du concept même de jurisprudence que précisément cette sociologie présuppose.

En effet, épistémologiquement, la jurisprudence ne peut pas se concevoir comme une norme. Le statut normatif ne peut concerner que certains arrêts et non la totalité en dépit du critère formel de la théorie des sources du droit. Aussi, nous pensons que la jurisprudence doit se comprendre de façon plus réaliste comme une réserve d'arguments structurés par le principe du précédent.

Si, dans un sens étroit, le précédent est synonyme de cas jurisprudentiel ; au sens large, le précédent est toute décision qui possède une autorité. Selon ce dernier point de vue, le précédent n'est donc pas un argument mais bien un *principe d'argumentation*. Ce principe consiste à invoquer l'autorité d'une décision précédente. Cette autorité fonde la réitération d'une solution que celle-ci soit argumentée à partir d'un cas, d'une définition ou d'un principe général du droit ou encore d'une autre forme d'argument. La jurisprudence n'est donc que le reflet de cette forme de pensée.

Selon une thèse que nous avons dirigée et qualifiée au CNU en 2022 (G. Leroy, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*), les arguments reposant sur le principe du précédent recouvrent 98% de ceux invoqués par l'avocat général à la Cour de cassation et le rapporteur public devant le Conseil d'État. Les 2% restants concernent des pourvois pour dénaturation où, par hypothèse, le précédent n'a pas vocation à s'appliquer puisque les discussions sont surtout grammaticales.

L'augmentation de la diffusion des décisions des juges du fond pourrait-elle subvertir la notion actuelle de jurisprudence ? À tout le moins, vous semble-t-elle de nature à accroître la vocation jurisprudentielle des décisions des juges du fond et, en ces cas, dans quelle mesure ?

L'augmentation de la diffusion des décisions des juges du fond ne peut subvertir que la conception normativiste de la jurisprudence en mettant en exergue d'autres arrêts qui peuvent être contraires. En cela cette diffusion peut affaiblir l'idée que la jurisprudence de la Cour de cassation s'impose réellement dans les faits. Néanmoins, cette donnée est déjà transparente à travers les taux de cassation en matière civile qui indiquent bien que les juges du fond ne respectent pas toujours les interprétations que la Cour de cassation donne des textes.

La diffusion des décisions des juges du fond ne paraît pas accroître d'autre vocation que celle de servir d'arguments. Par définition, les décisions des juges du fond ne pourront pas avoir la même portée que les arrêts de cassation en raison de l'existence de la hiérarchie des institutions. En revanche, ils pourraient être très utiles pour développer des argumentations locales et forcer les cours d'appel à respecter leur propres arrêts et appréciations. Cette pratique existe déjà chez les avocats et permet en outre aux diffuseurs privés de ces données jurisprudentielles de s'assurer de leur vendre une information qui est pourtant censée être publique.

Pour le dire directement, la diffusion des arrêts des juges du fond ne permettra pas de renverser la jurisprudence de la Cour de cassation puisqu'ils y sont par principe soumis. En revanche, elle permettra d'affiner les stratégies argumentatives des avocats et accentueront la pression du juge pour demeurer cohérent avec lui-même. En somme son pouvoir souverain d'appréciation risque de se trouver mécaniquement réduit par le respect de ses propres précédents.

Un effet bénéfique de la diffusion des arrêts d'appel réside aussi dans l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation. Il est en effet parfois difficile de comprendre les arrêts sans lire le détail de la motivation des arrêts d'appel. Diffuser de telles données éviterait

certainement des erreurs d'interprétations qui sont dues au caractère concis, voire lacunaire, des arrêts de cassation.

Cette évolution pourrait-elle/devrait-elle impliquer une modification du type d'argumentation développé par les parties, une modification de leurs modes de communication, en ce compris la rédaction de leurs écritures, une modification de l'office des juges du fond (possibilité de citer un précédent, obligation de motiver davantage une décision qui s'écarterait d'un précédent par exemple, admission des opinions divergentes ou dissidentes, etc.) ? En contrepoint, quelle pourrait être l'évolution du rôle de la Cour de cassation ?

Comme expliqué à la question précédente, la diffusion des données des juges du fond pourrait permettre aux parties de connaître « le stock de cas » à partir desquels le juge d'appel raisonne. Autrement dit, les parties pourraient anticiper la façon dont la cour va raisonner.

Cela va inévitablement conduire les avocats à penser leur stratégie selon que cette jurisprudence locale leur est ou non favorable. Ce n'est qu'une extension de la logique qui prévaut déjà pour les avocats aux conseils. Si la jurisprudence est favorable, il en réclamera l'application. Si elle est en outre conforme à celle de la Cour de cassation, le procès semblera alors presque gagné. Dans le cas contraire, la partie devra expliquer au juge pourquoi il doit juger différemment, à savoir ou bien parce que le cas soumis est différent des cas de référence ou bien parce qu'il doit respecter une jurisprudence de la Cour de cassation qui serait éventuellement contraire.

Cette possibilité de casuistique devant les juges du fond pourrait avoir comme conséquence que le juge doive s'expliquer s'il s'écarte de ses propres précédents. En bref, les débats pourraient avoir pour objet la façon dont les juges du fond appliquent la jurisprudence de la Cour de cassation.

Toutefois, il n'y a aucun lien mécanique selon nous avec la possibilité de citer les précédents dans la décision. Citer un précédent révèle une attitude théorique, celle de considérer celui-ci comme une source du droit qui impliquerait que le juge doive alors expliquer pourquoi il s'en écarte. Ici, on voit clairement la différence avec le *common law* qui par nature implique cette façon de penser : pour lui le cas est toujours un précédent contraignant ; dans le système français c'est seulement la loi ou les normes supra-nationales qui sont censées avoir ce statut.

En revanche, la rédaction des conclusions des avocats risque d'être alourdie par la citation des arrêts et éventuellement leur analyse. En augmentant les données disponibles on rendra vraisemblablement les argumentations plus longues et plus complexes mais aussi plus fines. L'exigence de justification réduira également la part du pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation du fait.

Enfin, la pratique des opinions divergentes n'est pas une simple question de style mais aussi une vision du droit. Fondé sur l'argumentation, le droit est *a priori* moins politisé que lorsqu'il est fondé sur la loi, œuvre politique par excellence. En effet, en *common law* le juge est la figure centrale et non le législateur, il est un personnage public et n'est pas protégé par le secret du délibéré.

À cet égard, une évolution possible de la Cour de cassation serait d'avoir un office plus doctrinal. Il impliquerait de concurrencer la figure du professeur ce qui supposerait de publier

les rapports des conseillers et avocats généraux qui contiennent l'argumentation décisive au sens propre du terme.

Devant la charge de travail que représenterait une telle tâche, il faudrait que la Cour de cassation réduise le nombre de pourvois examinés. Pour ce faire, il faudrait que le juge d'appel remplisse au préalable un office de cassation à l'égard de la première instance à la fois sur le droit et le fait. Cela permettrait à la Cour de cassation d'intervenir sur un débat déjà formalisé selon les normes de la technique de cassation ce qui faciliterait sa tâche dans la production d'arrêts de non-admission.

En vérité, une telle évolution serait parfaitement conforme à l'idée de l'appel réformation qui n'est pas un réexamen de l'affaire mais une critique de l'arrêt. Cette évolution permettrait surtout à la Cour de cassation de prendre parti avec plus de hauteur dans un débat déjà argumenté et développé en appel. En appliquant pleinement la logique de l'appel-réformation, la Cour de cassation tiendrait de plus en plus une place de cour suprême la faisant évoluer vers un modèle proche du *common law* avec tout ce que cela implique en termes de mutations culturelles.

Au-delà, si évolution il devait y avoir, que nous dirait-elle de la place de la jurisprudence parmi les autres sources du droit aujourd'hui ? Plus encore, que pourrait-elle nous indiquer de l'évolution du droit lui-même ?

De notre point de vue, la diffusion des données décisionnelles ou jurisprudentielles n'implique pas mécaniquement une évolution du concept de jurisprudence. C'est bien plutôt l'inverse qui est vrai : c'est le concept de jurisprudence mobilisé qui décide du traitement à opérer.

En raisonnant à partir en termes normatifs, on sera tenté de parler de jurisprudence des juges du fond sur fond de coutume. Cette analyse ne remettrait pas en cause le modèle hiérarchique puisque la Cour de cassation reste et demeurerait une cour supérieure.

En raisonnant à partir en termes argumentatifs, on rend disponible pour les parties la possibilité d'une argumentation plus précise et on accroît sur le juge l'exigence de cohérence avec ses décisions antérieures.

Si ce dernier aspect devait l'emporter, la théorie des sources du droit évoluerait vers une théorie des sources de l'argumentation. Autrement dit, la théorie des sources de l'argumentation désignerait les énoncés ayant une autorité et que les organes reconnaîtraient comme telle. Ils seraient donc prêts à les respecter en tant que contraintes de justification de leurs décisions.

L'ampleur du travail doctrinal s'en trouverait certainement modifié, la synthèse des données devenant progressivement une tâche de plus en plus ardue. Des outils numériques de recherche bien pensés et combinés avec un travail d'édition nous ferait en quelque sorte rentrer dans une forme de « droit romain 2.0 ». En effet, il s'agirait de passer à une forme de *Corpus iuris civilis* de grande ampleur où les acteurs du droit pourraient puiser pour argumenter.

La diffusion des données décisionnelles et jurisprudentielles doit s'accompagner d'un travail de mise en forme fonctionnelle, en vue de leur utilisation. Sinon cette diffusion risque d'être illusoire et sans lendemain. Autrement dit, la doctrine et les juges sont, plus qu'hier encore, appelés à marcher main dans la main pour que le droit gagne en efficacité, en rationalité et en cohérence.

Réponses aux questions posées lors de l'audition

. Sur la notion de cas

Un cas est une situation de fait stylisée c'est-à-dire dont la complexité a été évacuée. Le cas simplifie une situation, réduite pour les besoins de la cause à ses caractères les plus typiques ou schématiques.

Le cas résulte d'un processus d'abstraction qui n'extrait des faits que les traits jugés les plus pertinents.

Le cas est la fois un objet épistémique et un argument. Il est différent de l'espèce.

En tant qu'**objet épistémique**, le cas fournit l'unité fondamentale de tout raisonnement juridique savant. À cet égard, il se distingue de l'espèce qui porte sur l'ensemble des faits prouvés. Le cas est construit à partir d'une espèce, d'une situation de fait unique dans l'espace et dans le temps et aussi en raison des personnes impliquées. L'arrêt *Coquerel c. Bayard* a transformé une situation de fait unique (une clôture érigée de piques pour crever les ballons dirigeables du voisin) en un cas général d'abus de droit applicable à d'autres espèces semblables. L'espèce n'est pas un argument, seul le cas l'est.

En tant qu'**argument**, le cas est une construction qui fournit l'hypothèse d'application d'un texte. Pour cette raison, il peut indifféremment être d'origine jurisprudentielle ou légale. Le juge détermine si le cas est semblable à un autre déjà jugé et le législateur peut fixer les cas qui tombent dans le champ d'application d'un texte. Le cas est abstrait s'il est issu d'une définition, concret s'il est issu d'un exemple.

En toute hypothèse, l'expression concise du cas permet de se centrer sur ses aspects essentiels et lui conférer une certaine universalité qui permettra de l'invoquer une nouvelle fois même pour des faits légèrement différents. Par exemple, l'adultère est un cas qui se caractérise par une relation extra-conjugale : les juges l'ont immédiatement identifié comme une hypothèse de divorce pour faute bien que la loi ne le prévoyait pas explicitement.

À la lumière de ce qui précède, on comprend que l'espèce est une situation de fait **singulière** qui ne se reproduira jamais à l'identique. Si l'espèce sert d'exception, elle constitue alors un argument d'équité qui écarte la règle générale. Ce type d'équité est imprévisible. Aussi, le travail d'abstraction de l'argumentation juridique consiste précisément à évacuer certains traits considérés comme contingents pour transformer la singularité de l'espèce en cas réitérable par l'argumentation et éviter que le droit soit pulvérisé en exceptions.

Ainsi, le cas relève du précédent au sens où il conduit à s'en tenir à ce qui a déjà été jugé. Le cas est un argument qui justifie d'appliquer une même solution à des hypothèses semblables. Traiter les cas semblables de façon identique est en effet l'exigence minimale de justice à laquelle on peut s'attendre.

. Sur l'analogie

L'augmentation de la diffusion des arrêts des juges du fond ne va pas forcément conduire à une augmentation de l'analogie. En effet, en augmentant le volume des données, on réduit la part d'inédit.

Potentiellement, des cas non présents dans les données disponibles pourront désormais s'y trouver.

Toutefois, en augmentant le nombre de cas disponibles on favorise bien évidemment des analogies fondées sur des faits semblables (essentiellement).

On notera toutefois que ce problème de complétude (qui vise à traiter l'inédit) se distingue de la question de l'harmonie des arrêts. En augmentant les données disponibles, on rend forcément plus difficile l'harmonisation de solutions *a priori* contradictoires, y compris au sein d'une même juridiction.

. Sur le « stock de cas »

J'ai appelé « stock de cas » la mémoire qu'un juge ou une chambre a de sa propre jurisprudence. Je ne vise pas par-là la conscience qu'une cour d'appel a de l'ensemble de ses arrêts et de son éventuelle politique jurisprudentielle.

En diffusant les arrêts des juges du fond, on rend cette vision transparente ce qui permet d'élaborer une stratégie argumentative plus fine et de préparer les débats.

. Sur l'intelligence artificielle

Dans l'activité de conseil que j'ai exercée auprès de la société *Juri'Predis* (qui a programmé un moteur de recherche doté d'intelligence artificielle) j'ai insisté sur le fait qu'aucune donnée ne soit discriminée *a priori*. La recherche s'effectue sur la base d'une organisation des données qui permet de les retrouver par catégories et surtout par motivations semblables, une fonctionnalité très efficace du moteur.

De même l'étiquetage automatique des arrêts inédits a été développé sur la base des mots-clés déjà présents sur les arrêts au *Bulletin* et donc d'une expertise humaine. Elle nécessite ensuite une vérification par sondage par des doctorants. L'humain est au début et à la fin du processus.

Pour les arrêts de cour d'appel un logiciel totalement opérationnel d'anonymisation en temps réel a été développé sur la base d'un découpage catégoriel. Une fois encore, le logiciel n'est pas purement aveugle car les résultats ont été expertisés et vérifiés par des doctorants ou des docteurs.

. Sur le droit romain 2.0

J'appelle « droit romain 2.0 » l'idée d'un *corpus iuris jurisprudentiae*, autrement une compilation de la jurisprudence par voie numérique. Comme le droit romain savant, cette compilation vaut plus par sa structure et son organisation que par les données elles-mêmes.

En somme, **organiser** est plus important que **compiler**.

C'est en effet la structure des catégories romaines qui permet l'exploitation du *Corpus* au 12^{ème} et 13^{ème} siècle en occident et relance formidablement le droit savant à tel point que le code civil de 1804 n'est en définitive que l'héritier et l'enfant lointain de ce mouvement intellectuel.

Par extension, la programmation ne peut porter que sur l'*organisation* des données et non leur *interprétation*. Diminuer le temps de recherche de l'information, c'est alors augmenter celui de la réflexion.

Sur ce point, on notera toutefois une différence à propos du statut de la jurisprudence qui était évidemment source du droit à Rome (littéralement « le droit des prudents », c'est-à-dire des sages au sens de la *phronesis* grecque). La diffusion est donc distincte de la question de savoir si un juge d'appel doit expliquer dans un moyen propre pourquoi il s'écarte d'un précédent. Dans un pays romano-germaniste, la référence étant la loi, c'est elle qui est fait autorité.

À mon sens, il paraît difficile de basculer dans un système mixte où certains arrêts auraient la même portée que la loi (et devraient à ce titre s'imposer dans la motivation des juges du fond) et d'autres ne l'auraient pas. Dans le système de *common law* tous les arrêts sont obligatoires et l'argumentation les prend pour base.

En droit français, la dimension argumentative existe en dehors de la question des sources du droit. En vérité, la question des sources est en partie indifférente puisque la réalité hiérarchique assure en elle-même la suprématie de la Cour de cassation. Le poids de la jurisprudence de la Cour de cassation est en effet déjà réel sur les juges du fond en raison de la hiérarchie. Toutefois, cette hiérarchie suppose un contrôle réel incluant des cassations disciplinaires pour défaut de motivation. Le nombre de pourvoi se multiplierait si le juge du fond devait répondre à chaque jurisprudence invoquée avec pour corollaire un contrôle de la part du juge de cassation.

De même, le juge ne pouvant être tenu normativement par ses propres arrêts, il ne peut avoir qu'un rapport argumentatif avec ceux-ci.

En somme, en *common law* les énoncés juridictionnels peuvent être fondés sur des énoncés jurisprudentiels tandis qu'en droit continental, les énoncés juridictionnels doivent être fondés de façon ultime sur la loi. Pour résumer, le développement de la jurisprudence-argument ne se superpose pas totalement avec la jurisprudence-norme.

Open data des décisions, jurisprudence et régularité statistique
Quelle harmonisation des décisions des juridictions du fond ?

Isabelle SAYN

Directrice de recherche au CNRS

Mars 2022

Jurisprudence, « jurisprudence du fond » et régularité statistique.....	237
Diffusion des décisions du fond, régularité statistique et harmonisation des décisions .	239
Diffusion des décisions du fond, régularité statistique, référence nouvelle pour décider et usages de professionnels du droit	241
Les incidences de l’Open data des décisions du fond sur la notion de jurisprudence ? régularité, harmonisation et jurisprudence.....	243
Open data et sélection des décisions ayant une vocation jurisprudentielle.....	243
Le rôle des Legaltech	245
Note sur la motivation des juges du fond en référence à d’autres décisions	246

Ce texte s'efforce de répondre aux différentes questions posées à l'occasion de nos échanges, et son plan s'y adapte. Il aborde la distinction entre jurisprudence et régularité statistique et évoque la possible naissance d'une norme nouvelle pour décider issue de ces régularités, permettant d'envisager autrement la question de l'harmonisation des décisions et imposant de s'interroger sur les usages de cette référence. Il s'interroge ensuite plus spécifiquement sur les conséquences de l'open data sur la notion de jurisprudence et la sélection des décisions comme sur le rôle des *legaltech* dans la production d'outils d'aide à la décision, activité susceptible d'être régulée. Il termine par une courte remarque sur les modalités d'utilisation des décisions antérieures par les juges.

Jurisprudence, « jurisprudence du fond » et régularité statistique

Même si l'on retient une définition classique de la jurisprudence telle que proposée dans la lettre de mission comme étant la solution généralement donnée par les tribunaux à une question de droit, on admet aussi que ces questions de droit sont réglées par les juridictions supérieures, dont les décisions sont connues des magistrats et des professionnels de justice intervenants dans les juridictions du fond, et que ces solutions sont suivies d'effet, au sens où les questions de droit identiques seront globalement réglées de façon identiques par ces juridictions.

1-Cette connaissance de la bonne solution, au sens de solution retenue par la juridiction supérieure, est liée aux modalités de diffusion et de publication des arrêts qui, au terme de ce processus, vont « faire jurisprudence ». C'est dire, *a contrario*, que toutes les décisions des juridictions supérieures ne sont pas appelées à faire jurisprudence : elles ne règlent pas toutes une question de droit nouvelle et peuvent reprendre une question de droit déjà réglée. La diffusion de ces décisions peut alors être plus modeste. Dans ce processus, le caractère commercial des publications juridiques et la nécessité pour les jeunes auteurs de construire leur cursus professionnel avec une bibliographie ne doivent pas être négligés⁶⁸⁵. Il n'en reste pas moins qu'un juriste averti saura distinguer une décision apportant une solution nouvelle d'une

⁶⁸⁵ Sur son point, on reprendra la citation reprise par Marianne Cottin sous la plume de Xavier Henry dans son article *Jurisprudence et contentieux, une (r)évolution à attendre ?* : « Depuis des années, chaque éditeur d'une collection nouvelle ne manque pas de se vanter de quelques milliers d'arrêts de plus que n'en a offert celui qui l'a précédé, et cela peut aller ainsi jusqu'à épuisement des archives des greffes du royaume... Reste à savoir ensuite ce que la science y a gagné... - Nous l'avons souvent dit, et nous le répétons ici, tous les arrêts, surtout ceux des cours d'appel, ne sont pas bons à recueillir, tous ne sont pas appelés à faire autorité en jurisprudence. (...) Les arrêts ainsi rendus, et qui peuvent quelquefois (...) paraître heurter les principes ou une jurisprudence antérieurement établie, ne sauraient être introduits dans la science sans dommage, sans y jeter le désordre et la confusion. (...). De tels arrêts accumulés dans les recueils, non seulement en augmentent le volume sans utilité, mais encore y rendent les recherches plus longues et plus pénibles (...). Nous nous bornerons donc à dire que dans cette collection, nous croyons n'avoir rien omis d'utile, et que nous y avons fait entrer tout ce qui nous a paru pouvoir faire autorité en jurisprudence, apporter quelque trait de lumière dans la science. Nous ne savons au juste à quel chiffre d'arrêts nous atteindrons ainsi ; mais nous le disons en toute sincérité, nous n'entendons nullement nous faire de l'élévation de ce chiffre un moyen de succès ou une cause de préférence : nous laissons à ceux qui ne traitent la jurisprudence que comme chose marchande, comme opération de librairie, le soin de compter leurs arrêts et les nôtres » (Recueil Sirey, 1840), *in Droit et numérique, quelle (r)évolution ? Actes du séminaire e-Juris* (Lyon, 2018-2019), Supplément n°44-45, La Semaine Juridique, 28 oct. 2019.

autre, fut-elle commentée, l'auteur du commentaire se devant d'ailleurs de positionner l'arrêt commenté par rapport au réseau des décisions antérieures.

2-La vocation jurisprudentielle d'une décision de justice est parallèlement liée à la hiérarchie des juridictions. Alors même que les magistrats sont indépendants et n'ont pas, par principe, l'obligation de suivre les interprétations retenues par les juridictions supérieures, ils s'alignent globalement sur cette jurisprudence, écartant ainsi le risque de voir leur décision désavouée en cas de recours.

Lorsque des questions de droit, soulevées par la doctrine ou devant des juridictions du fond, ne trouvent pas de réponses dans la jurisprudence issue de la Cour de cassation, les magistrats du fond sont alors plus libres de trancher dans tel ou tel sens et ils peuvent pour se faire se rapporter à d'autres sources, en particulier la jurisprudence de leur cour d'appel de référence – sans pour autant la citer. Peut-être est-ce là le rôle des « recueils locaux de jurisprudence » construits à partir des décisions de cours d'appel (cf. infra). On pourrait alors retenir l'expression de jurisprudence issue des juridictions du fond, d'envergure locale et par essence soumise à un possible contrôle de la Cour de cassation.

3-La jurisprudence se distingue aussi par sa capacité à préciser une norme, en répondant à une question d'interprétation, à trancher une dispute sur le sens de la règle, au terme d'un raisonnement spécifiquement juridique. Ce raisonnement est très brièvement ramassé par les attendus de la Cour de cassation mais trouve sa source dans les travaux préparatoires des décisions. Une règle de droit, tout comme une interprétation unifiée de la règle (jurisprudence), produit donc des régularités. Celles-ci, recherchées par les règles de procédures, au premier rang desquelles le mécanisme du recours, ne doivent pas être confondues avec les régularités qui sont issues des analyses statistiques de contentieux.

Ces analyses, facilitées par la diffusion en masse des décisions des juridictions du fond, n'ont en effet pas pour objectif d'extraire des décisions les raisonnements juridiques suivis par leurs auteurs. Les outils qui en sont issus ne sauraient donc donner une place au raisonnement juridique. Ils proposent des corrélations entre des déterminants de la décision (des critères implicites ou explicites de décision, légaux ou a-légaux) et la décision rendue (principe de la décision ou montants attribués). Ils proposent par conséquent de refléter la réalité des décisions rendues (« barèmes constatés »)⁶⁸⁶ en se fondant sur une partie seulement des informations et opérations intellectuelles réalisées pour rendre une décision de justice. Ils sont en particulier aveugles à tout ce qui a pu se jouer en amont de la formulation des demandes des parties et aveugles à l'activité de qualification des faits sur lesquels ils se fondent pour fonctionner. Ils sont également indifférents au possible raisonnement juridique qui lie la décision aux déterminants dégagés⁶⁸⁷. L'expression « jurisprudence du fond » semble donc devoir être écartée de façon à ne pas entretenir une confusion avec cette autre réalité, issue de l'analyse statistique des décisions.

⁶⁸⁶ Sur cette notion, E. Serverin, V° « barème », in Dictionnaire de la justice, L. Cadiet (dir.), PUF, 2004

⁶⁸⁷ De ce point de vue, les barèmes construits peuvent être plus attentifs aux règles de droit et à leurs interprétations jurisprudentielles, en les intégrant dans la structure même du barème, au stade de son élaboration, ce qui permet d'emblée d'éliminer les déterminants non légaux de la décision, parfois qualifiés de biais.

Diffusion des décisions du fond, régularité statistique et harmonisation des décisions

4- L'accès aux décisions du fond peut être utilisé, par les praticiens en général et par les magistrats en particulier comme une source inépuisable d'exemples dans lesquels ils pourront trouver une affaire similaire qui leur servira d'argument (avocat) ou de consolidation de leur démarche (magistrat). Cet usage ne permet pas une meilleure harmonisation des décisions. L'harmonisation susceptible d'être produite à partir de la diffusion des décisions des juridictions du fond suppose un travail préalable d'analyse assez lourd (4.1) et la connaissance de telles régularités n'assure pas pour autant qu'elles cadrent les décisions à venir (4.2), mais les magistrats peuvent trouver ailleurs des ressources pour harmoniser leurs décisions (4.3).

4.1 L'harmonisation susceptible d'être produite à partir de la diffusion des décisions des juridictions du fond suppose un travail préalable d'analyse permettant d'en extraire des régularités. Pour procéder à un travail d'analyse sérieux, il est nécessaire au préalable d'accéder aux décisions du fond. Bien qu'annoncée, cette possibilité est encore attendue pour les décisions de première instance (et des formations pénales en appel), alors d'une part que les analyses issues de décisions d'appel offrent peu d'informations sur les décisions de première instance, et d'autre part que les décisions d'appel ne sont pas représentatives des décisions de première instance. Les résultats issus de ces analyses doivent donc être pris avec précaution. Par ailleurs, le texte de la décision de justice ne représente qu'imparfaitement le raisonnement et les contraintes pesant sur le juge. En particulier, l'office du juge est délimité par les prétentions des parties, qui ne se retrouvent pas toujours explicitement dans le texte des décisions. De plus, établir des régularités – ou établir des disparités - suppose d'avoir une connaissance statistique des décisions qui ont été rendues dans des espèces comparables. En effet, une dispersion des résultats peut parfaitement être justifiée par des espèces différentes. La difficulté de l'exercice consiste donc à comparer des décisions effectivement comparables. Enfin, établir des régularités suppose une analyse rigoureuse du contenu de chacune des décisions avant de pouvoir procéder à une analyse globale, activités que les progrès des techniques numériques semblent pouvoir alléger mais qui restent pour l'heure un investissement lourd en temps et en compétences pour des résultats parfois incertains.

4.2-En admettant que des régularités puissent être mises en évidence, encore faut-il que ces régularités influencent effectivement les décisions à venir. On évoque ici la question de l'effet performatif de ce qui est parfois, et à tort, qualifié de « justice prédictive » et qui semble dorénavant, et plus justement, être qualifié de « jurimétrie ». Ces techniques conduisent à proposer des références pour décider, proches des « barèmes » déjà en usage dans les juridictions. Ces démarches aboutissent en effet, avec plus ou moins de sérieux (cf. infra), à fournir aux professionnels les régularités issues de l'analyse de masses de décisions.

Les résultats de ces travaux pourraient être utilisés par les magistrats et le sont déjà au sein de certains cabinets d'avocats. Les travaux théoriques issus de l'économie du droit montrent cependant que la connaissance par les magistrats de telles régularités n'assure pas pour autant qu'elles influencent leurs décisions à venir⁶⁸⁸. Mais la question se pose

⁶⁸⁸ Voir en particulier les travaux du BETA et l'intervention de Myriam DORIAT-DUBAN (professeure en sciences économiques, Université de Lorraine) lors du colloque de restitution organisé le 17 décembre 2020 à la Cour de cassation par la Mission de recherche Droit et Justice : Que peut-on attendre de la mise en place d'un barème : que nous apprennent les travaux en économie du droit ?

parallèlement s'agissant de la connaissance par les parties de telles régularités, dès lors que les magistrats sont tenus de statuer *intra petita*. Cette question délicate devrait, à l'avenir, susciter des travaux de recherche non seulement sur les techniques mises en œuvre et relevant parfois de l'intelligence artificielle, mais aussi sur la réception de ces travaux par les praticiens.

4.3- Si les magistrats sont attentifs à connaître et respecter la jurisprudence en ce qu'elle propose une interprétation des règles de droit, ils ne sont en revanche pas tous préoccupés par l'harmonisation de leurs décisions avec celles de leurs collègues magistrats. En raison de leur conception de leur indépendance, certains magistrats considèrent ne pas devoir rechercher une telle harmonisation voire se l'interdisent.

Les magistrats attentifs à la régularité de leurs propres décisions ou à la régularité des décisions rendues sur leur ressort trouvent des solutions⁶⁸⁹. L'harmonisation recherchée résulte de plusieurs démarches, toutes informelles et réparties inégalement selon les magistrats, les types de contentieux ou les juridictions. Ce sont le recours à des listes de diffusion entre magistrats, des échanges entre magistrats d'une même juridiction, éventuellement formalisés par des réunions régulières, pour résoudre telles difficultés spécifiques (contentieux répétitifs, article 700 CPCiv, par ex.) ou encore des échanges réalisés à l'occasion des formations continues. On rencontre aussi des barèmes et plus globalement des outils d'aide à la décision qui proposent des nomenclatures (aide à la qualification) ou des montants (aide à la quantification). Les régularités recherchées concernent ici l'espace de liberté qu'offre aux magistrats l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, en particulier sur des *quantums*.

Les nombreux entretiens réalisés avec des magistrats du premier degré à l'occasion d'une recherche sur l'usage des barèmes dans les juridictions montrent que ces démarches ne sont jamais conçues comme un succédané de jurisprudence, d'abord parce qu'elles laissent chaque magistrat libre d'y adhérer ou pas, ensuite parce qu'elles ne prétendent en aucun cas produire une interprétation des règles de droit, sauf peut-être à combler à l'occasion des lacunes repérées dans la jurisprudence de la Cour de cassation s'agissant de point de droit qui ne lui ont pas été soumis et qui se répètent devant la juridiction.

L'élaboration et la mise en commun de collections d'attendus ne se situent pas sur le même plan : il s'agit plutôt de faciliter la rédaction des décisions (plus rapide) en reprenant des éléments d'un raisonnement juridique déjà formalisé sous la forme d'attendus et qui vont être insérés dans un raisonnement plus long. Les attendus sont véritablement la trace de jurisprudences établies – éventuellement au niveau des cours d'appel. Les régularités obtenues concernent ici l'obligation des magistrats de juger en droit, y compris à l'aide les interprétations jurisprudentielles des règles qu'ils mobilisent.

⁶⁸⁹ Sur les opinions des magistrats et leur pratique des outils d'aide à la décision, voir SAYN I., PERROCHEAU M., et alii. (dir.), *Les barèmes (et autres outils techniques d'aide à la décision) dans le fonctionnement de la justice*, Rapport de recherche, 2019. Mission de recherche Droit et Justice, <**halshs-02283040, version 2**>

Diffusion des décisions du fond, régularité statistique, référence nouvelle pour décider et usages de professionnels du droit

5. – Les usages que les praticiens (avocats, juristes des entreprises, associations, syndicats, administrations, etc.) et les universitaires font d'ores et déjà des décisions rendues par les juridictions du fond sont variables.

Cet usage peut rester au stade de la recherche d'exemples illustrant tel ou tel type d'affaire et venant au renfort d'un argumentaire ou d'un raisonnement. Les recherches par mots-clefs au sein du texte des décisions permettent d'y accéder facilement, dans un vivier beaucoup plus large que celui précédemment disponible. Au-delà et compte tenu de la masse des décisions, cette matière n'est pas directement accessible et impose un traitement préalable pour en extraire des connaissances. Certains acteurs peuvent participer à cette production de connaissance, d'autres ou les mêmes peuvent les utiliser dans une perspective opérationnelle, ce qui soulève une question d'impartialité.

5.1-Les chercheurs : proposer une référence nouvelle pour décider ?

Les chercheurs font globalement un usage très limité de ces masses de décisions : les recherches empiriques sur le contentieux restent peu fréquentes, même si on assiste récemment à leur multiplication. Cela reste une méthode très lourde à mettre en œuvre, en attendant d'une part un accès facilité aux décisions de justice de première instance, d'autre part des méthodes d'extraction moins lourdes de données fiables des décisions de justice, via des techniques numériques en cours de développement. Cela reste également une méthode souvent éloignée des préoccupations des universitaires, plutôt centrés sur l'analyse des règles, de leur interprétation et de leur évolution (donc sur la jurisprudence) plus que sur les modalités de leur mise en œuvre par les juridictions du fond. Il n'en reste pas moins que la conjonction d'un accès facilité aux décisions et du développement de techniques numériques permet d'espérer une multiplication des analyses de contentieux et partant à une meilleure connaissance des activités de justice de premier degré.

5.2-Les magistrats : utiliser une référence nouvelle pour décider ?

À partir de la distinction entre jurisprudence et régularité statistique, on peut affirmer que l'évolution attendue des connaissances produites ne devrait pas aboutir à une remise en cause de la notion de jurisprudence. En revanche, la connaissance ainsi acquise pourrait constituer une nouvelle source de régularité, non pas liée à l'application régulière d'une règle de droit stabilisée, mais à une référence d'une autre nature permettant aux magistrats de connaître les pratiques habituelles (essentiellement chiffrées) de leurs collègues. Si l'on raisonne à partir de l'exemple des barèmes utilisés dans les juridictions du fond, cette référence restera un élément de fait propre à éclairer le juge.

En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation veille à ce que les outils d'aide à la décision et les barèmes en circulation demeurent en dehors du débat contradictoire, en limitant très fortement la possibilité pour les juges du fond de mentionner l'usage qu'ils en font dans le texte de leurs décisions. Elle pourrait faire de même s'agissant des outils algorithmiques. On peut espérer au contraire que la mention de l'usage d'outils d'aide à la décision soit autorisée dans le texte des décisions. Ainsi, en entrant dans les débats, ils pourraient devenir un objet de discussion, ce qui permettrait de débattre de leurs qualités. Ils ne constitueraient pas pour autant

une référence jurisprudentielle mais, là encore, une référence d'une autre nature permettant aux magistrats de connaître les pratiques habituelles de leurs collègues et d'introduire cette connaissance dans leur raisonnement.

Parallèlement à ce phénomène, on notera l'existence des ateliers locaux de « jurisprudence », issues d'association entre les cours d'appel et les facultés de droit⁶⁹⁰. Ces ateliers soulèvent la question du sens prêté ici au terme jurisprudence, notamment à travers les règles de sélection des décisions⁶⁹¹. La diffusion sélective qui en est ainsi assurée, même si elle reste relativement confidentielle, tend à construire une jurisprudence locale, même si les décisions commentées ne constituent pas nécessairement une interprétation originale de la règle de droit. Leur existence doit également être analysée à partir des enjeux locaux de création de liens entre l'université et les juridictions et de l'intérêt pédagogique de cette activité. Quoiqu'il en soit ces décisions sont sélectionnées et font l'objet de commentaires, plus ou moins développés, mais pas à notre connaissance d'analyses statistiques transversales.

5.3-Les acteurs institutionnels : se construire une référence nouvelle pour décider

Les juristes des grandes entreprises peuvent déjà alimenter leur réflexion stratégique à partir des jeux de décisions les concernant, décisions possiblement nombreuses s'agissant de grandes structures (SNCF, Compagnie d'assurances, franchiseurs, grands employeurs ...). Ils disposent ainsi de leurs propres capacités d'analyse et il est envisageable que l'open data des décisions de justice alimente encore leur réflexion, sous réserve des moyens dont ils disposent pour en produire une analyse utile. Les connaissances ainsi produites restent confidentielles et n'ont pas vocation à être diffusées, mais il y a lieu de s'intéresser à des outils qui seraient produits sous l'autorité ou avec le financement de telles structures et qui pourraient manquer de l'impartialité nécessaire pour jouer le rôle d'outil d'aide à la décision, en particulier dans un processus amiable. On sait que les joueurs récurrents au jeu de la justice peuvent anticiper les contentieux à venir et tenter de peser sur les règles applicables, notamment en cherchant à obtenir une interprétation favorable des textes les concernant⁶⁹². De la même façon que des articles de doctrine peuvent défendre tel ou tel point de vue, des outils d'aide à la décision pourraient défendre tel ou tel point de vue, sous couvert de leur apparente scientificité.

5.4-Les *legaltech* et les éditeurs historiques : commercialiser des références nouvelles pour décider

Les *legaltech* et les éditeurs juridiques historiques se placent sur le terrain de la production de connaissance à partir de l'analyse de grandes masses de décisions de justice, encore que les éditeurs juridiques traditionnels se montrent beaucoup plus prudents dans la production de connaissances consolidées et susceptibles d'être commercialisées. Leurs services

⁶⁹⁰ Pour la cour d'appel de Lyon, voir <https://publications-prairial.fr/bacaly/>

⁶⁹¹ Les décisions remarquables sélectionnées sont-elles des décisions qui sortent de l'ordinaire en ce qu'elles reprennent une jurisprudence établie? en ce qu'elles s'opposent à une jurisprudence établie? en ce qu'elles inaugurent une interprétation jurisprudentielle ? en ce qu'elles concernent un contentieux spécifique à la cour concernée ? en ce qu'elle porte sur un cas d'espèce original ?

⁶⁹² Sur la notion de jouer récurrent versus joueur occasionnel, Marc Galanter "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law and Society Review* (1974), in *Droit et Société* n°85/2014 Injustices de la Justice ? Autour de Marc Galanter.

Recherche et développements sont mobilisés, ils échangent avec les legaltech, mais ils se trouvent actuellement en retrait par rapport aux propositions commerciales des *legaltech*.

Ces outils sont dans le commerce et utilisés par des cabinets d'avocats, dans une mesure qui reste à préciser. Ils constituent *a minima* un « argument de vente », ou une « preuve de sérieux » pour la cabinet, mais ils peuvent également jouer un rôle dans les décisions stratégiques des conseils, en orientant la formulation des demandes et en orientant le choix entre une stratégie contentieux et une négociation. Des travaux de recherche seraient bienvenus, à la fois sur l'effet de ces outils sur les usages professionnels et sur la qualité des résultats proposés par ces outils.

Les incidences de l'Open data des décisions du fond sur la notion de jurisprudence ? régularité, harmonisation et jurisprudence

6-On écartera ici une autre définition de la jurisprudence parfois proposée qui serait les pratiques habituelles des juges, y compris des juges du fond. Cette définition fait écho à la connaissance pratique des praticiens qui connaissent la « jurisprudence » de leur juridiction de référence et savent s'adapter aux usages locaux. Elle néglige donc le pouvoir régulateur des juridictions supérieures et renvoie à un objet jusqu'alors inconnu – sauf des praticiens locaux. L'open data des décisions judiciaires aura pour effet de rendre cette « jurisprudence » connaissable, mais sans pour autant donner plus d'autorité à chacune des décisions prises isolément, donc sans accroître la vocation jurisprudentielle des décisions des juges du fond.

7-Dès lors que la jurisprudence est conçue comme l'interprétation plus ou moins constructive d'une règle de droit par une instance légitime (une juridiction supérieure) et appelée à devenir à son tour une règle par incorporation à la règle interprétée, alors l'open data des décisions de justice ne semble pas la remettre en cause. Certes, les magistrats appliquent habituellement les interprétations jurisprudentielles, ce qui constitue une forme de régularité, mais la régularité statistique issue de l'analyse de masse de décisions est ailleurs. Elle résulterait de la mise en évidence de corrélations entre des éléments objectivables contenus dans le libellé des décisions (y compris tel ou tel argument juridique) et le résultat atteint, doublé de l'inclinaison des juges à respecter les régularités ainsi dégagées. Ainsi, la quantité de décisions, leur analyse statistique et la mise à dispositions des résultats dans une forme accessible pourraient aboutir à l'harmonisation des décisions des juges du fond, sous la réserve nécessaire de leur libre pouvoir d'appréciation.

Open data et sélection des décisions ayant une vocation jurisprudentielle

8. Au-delà de la mise à disposition d'un fond de décisions permettant de fournir aux acteurs un stock inépuisable d'exemples, l'open data des décisions des juridictions du fond et les connaissances qu'il va permettre de produire permettent d'envisager une référence nouvelle qui donne de l'importance non pas à un grand nombre de décisions prises individuellement mais aux informations qui sont issues de l'analyse statistique de ces décisions prises en masse.

Parallèlement à la production de cette référence nouvelle, d'une autre nature, les décisions ayant une vocation jurisprudentielle resteront le fait de décisions prises une à une, identifiées et diffusées comme contenant une information relative au sens de la règle. Ces décisions sont au final des décisions d'envergure nationale, issues des juridictions supérieures et en particulier de la Cour de cassation. S'agissant des arrêts de la Cour de cassation, le travail de classification dorénavant réalisé en son sein⁶⁹³ permet d'ailleurs d'identifier les arrêts ayant, selon la cour elle-même, une vocation jurisprudentielle et d'assurer leur diffusion, notamment en les signalant auprès de la doctrine. Parallèlement, les auteurs peuvent se saisir d'arrêts non signalés mais accessibles qu'ils estiment remarquables tandis que les praticiens peuvent se saisir d'arrêt non signalés qui servent leur argumentaire.

9-En l'absence même provisoire de réponse fournie par la Cour de cassation à une question de droit, un meilleur accès aux décisions de fond peut conduire à identifier parmi elles une décision y répondant et assumant alors le rôle de référence, au moins au sein du ressort de la juridiction concernée. Cette décision peut être appelée à exercer un rôle sur un territoire plus large, en l'absence d'autres interprétations locales ou se révéler différentes d'autres interprétations locales, en attendant une probable unification par la Cour de cassation. S'agissant des arrêts des juridictions du fond et particulièrement des cours d'appel, il n'existe pas de travail de classification unifié qui soit réalisé en leur sein, ce qui permettrait d'identifier les arrêts ayant une vocation jurisprudentielle et de les signaler comme tels, sous réserve des recueils locaux propres à quelques cours d'appel. Pour considérer ces recueils locaux comme un moyen de désigner les décisions ayant une vocation jurisprudentielle, il faudrait sans doute s'accorder sur les critères de sélection de ces arrêts et en particulier limiter la sélection aux décisions réglant une question de droit non encore réglée par la Cour de cassation. Cela reviendrait, s'agissant des cours d'appel en particulier, à mieux distinguer dorénavant ce qui relève de la jurisprudence de ce qui relève du contentieux, et à ne pas signaler des décisions qui relèvent de la production des juridictions, production qu'il peut être intéressant de connaître, mais pas du point de vue de la connaissance des normes.

La diffusion de cas d'espèces originaux, curieux, inattendus, ou plus simplement qui reflètent un contentieux spécifique aux cours d'appel et qu'elles souhaitent diffuser comme un signal auprès des praticiens du ressort ne doit pas pour autant disparaître au sein de la masse des décisions en open data mais n'ayant pas de vocation jurisprudentielle. Elles pourraient être mieux distinguées de celles ayant une vocation jurisprudentielle, fut-elle locale et provisoire. Peut-être même faut-il envisager un projet parallèle s'agissant les arrêts de la Cour de cassation, en distinguant au stade de leur diffusion d'une part ceux qui produisent une norme interprétative, publiés via Légifrance en tant qu'ils ont une vocation normative et participent à l'accès à la connaissance du droit, d'autre part ceux qui reprennent une norme stabilisée, publiés au titre de l'open data en ce qu'ils constituent une production de cette haute juridiction. Il est possible que les éditeurs juridiques y voient une réduction de leur vivier, de même que la doctrine, mais l'accès à la connaissance du droit en serait sans doute simplifié.

⁶⁹³ Pour un aperçu de la nouvelle classification des arrêts : <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2021/06/15/la-nouvelle-classification-des-arrets>

Le rôle des Legaltech

10-L'arrivée des Legaltech dans le traitement de la masse des décisions de justice rendues est acquise et elle s'ajoute aux projets développés par les éditeurs juridiques historiques. Ces entreprises se sont fondées dans un premier temps sur les décisions de la base JURICA ou sur des possibilités parallèles d'obtenir des décisions de première instance pour élaborer leurs méthodes d'analyse et elles commercialisent pour certaines les résultats de ces analyses. Elles attendent maintenant la possibilité d'accéder aux décisions de première instance et participaient à cette fin au groupe de travail consacré à l'open date des décisions de justice conduit par le ministère de la Justice en collaboration avec la Cour de cassation et le Conseil d'État (2021). Les objectifs poursuivis étaient pour ces acteurs de s'assurer des spécifications techniques d'accès aux flux des décisions annoncées, de faire valoir leur demande d'accéder à des décisions intègres ou encore de promouvoir une autorégulation de leur activité.

Ce champ d'activité est relativement nouveau et, à notre connaissance, ces entreprises ne se positionnent pas sur l'identification de décisions ayant une vocation jurisprudentielle. Elles proposent des analyses statistiques des décisions prises en masse à partir de données qui en sont extraites de façon plus ou moins automatisée (algorithmiques⁶⁹⁴). Les outils de traitement des décisions des juridictions du fond développés par les *Legaltech* seraient intéressants en tant qu'objets d'études, sous réserve d'avoir un accès suffisant à la façon dont ils sont élaborés et de ne pas se heurter au secret de fabrique. Ils ne peuvent en revanche pas être considérés comme produisant une connaissance valide du contentieux dans la mesure où, à l'opposé d'une démarche scientifique, ils ne présentent pas la méthode par laquelle ils aboutissent aux résultats qu'ils proposent, y compris en précisant la base de décisions sur laquelle ils se fondent.

10-II n'en reste pas moins que les pistes qu'ils ouvrent sont intéressantes et pourraient, sous réserve de pouvoir s'assurer de leur fiabilité, produire des connaissances nouvelles capables de proposer une référence nouvelle pour décider. Des recommandations s'imposent cependant à destination des *Legaltech* dans le traitement des données issues des décisions, du point de vue de leur impartialité (cf. supra) comme du point de vue de la fiabilité des résultats produits, qu'il s'agisse de travailler sur un échantillon représentatif (ou sur l'exhaustivité des décisions), d'extraire des informations justes des décisions, d'extraire les informations utiles pour l'analyse, ou enfin d'apprécier le poids respectif des différentes données collectées. Sans entrer dans les détails de ces difficultés, on notera par exemple qu'il n'est pas toujours aisé d'extraire de façon automatisée et sans les confondre les montants offerts, demandés et fixés par le juge ou encore qu'il faut statuer sur le sort des déterminants a-légaux des décisions qui ont pu être détectées.

⁶⁹⁴ Dans leur rapport Comment le numérique transforme le droit et la justice par de nouveaux usages et un bouleversement de la prise de décision. Anticiper les évolutions pour les accompagner et les maîtriser, les auteurs proposent l'expression de Modes Algorithmiques d'Analyse des Décisions (MAAD). Voir GODEFROY Lémy, LEBARON Frédéric, LEVY-VEHEL Jacques, Rapport à la Mission de recherche Droit et Justice, juillet 2019 – en ligne.

Ces références pour décider vont assez probablement se développer à l'avenir et peut-être être utilisées par des magistrats, comme elles le sont déjà par d'autres professionnels du droit. Indépendamment de cela, leur influence sur les décisions de justice pourrait être grande dès lors que les magistrats statuent *intra petita* et que ces outils influenceront les demandes formulées par la partie. Par ailleurs, ces outils peuvent être articulés avec des plateformes de médiation en ligne, qui se multiplient, constituant ainsi une référence pour décider nouvelle conduisant les parties à s'accorder sur le montant proposé. Ils peuvent également être utilisés à l'occasion d'une médiation traditionnelle, là encore comme référence pour décider, sur le modèle des barèmes déjà existants. Leur rôle sera de ce point de vue d'autant plus important que la volonté de déjudiciariser portée par les autorités publiques se réalisera.

Ces outils d'aide à la décision justifieraient donc, tout comme les barèmes de facture traditionnelle, une politique transversale permettant de contrôler leur qualité et a minima une mise en discussion de leurs mérites entre les professionnels du droit, ce qui justifierait de les laisser entrer dans le débat contradictoire. Ce contrôle qualité pourrait également être conduit de façon interdisciplinaire, par une réunion d'experts. C'est la conclusion à laquelle avait abouti l'un des groupes de réflexion sur l'éthique constitué à l'occasion du groupe de travail conduit par le ministère de la Justice (cf. *supra*), sans trouver beaucoup d'écho. Le recours à ces outils justifierait également d'envisager un processus d'apprentissage par les professionnels du droit, afin qu'ils puissent connaître les principes de leur élaboration et leurs limites

Note sur la motivation des juges du fond en référence à d'autres décisions

11-Les magistrats motivent leurs décisions par hypothèse au regard des conditions légales applicables au contentieux concerné, en anticipant un contrôle de la juridiction supérieure : on retrouve donc dans les décisions du fond les références au texte, parfois même du « couper/coller » d'articles, sans pouvoir pour autant déterminer exactement quelle partie de cet article a pu jouer sur la décision.

Cette motivation peut aussi contenir des « formulations » issues de la jurisprudence de la cour de cassation, voire de la cour d'appel de référence s'agissant de décisions de 1er degré : les magistrats ne citent pas les décisions du fond antérieures au soutien de leur décision, alors même que les parties peuvent l'avoir fait au soutien de leurs demandes. Mais cette abstention ne doit pas les empêcher pour autant d'utiliser la motivation d'autres juridictions, y compris de juridictions du fond, dans la construction et dans la rédaction de leurs décisions. La détection de ces emprunts implicites dans les décisions des juges du fond demanderait un travail considérable, mais il semble pouvoir être automatisé, au moins si ces formulations sont reprises à l'identique ou de façon suffisamment proche. Sur ce point, on signalera un travail en cours piloté par magistrat du TA de Lyon, avec l'aide d'un stagiaire e-Juris,⁶⁹⁵ sur les décisions des

⁶⁹⁵ e-Juris désigne un groupe de travail qui se réunit régulièrement pour réfléchir collectivement et de façon pluridisciplinaire aux impacts de la jurimétrie sur les professionnels du droit comme sur la matière juridique elle-même. Ce travail de fond permet de mieux appréhender les enjeux de l'utilisation des outils proposés ou à venir, enjeux puissants dès lors que ces outils prétendent participer à l'oeuvre de justice. Après un séminaire théorique et pour concrétiser sa réflexion dans des domaines encore peu explorés, le groupe de travail a souhaité monter en compétence et il expérimente plusieurs techniques d'extraction automatisée de données d'un corpus de décisions de justice.

juridictions administratives. Il s'agit de retrouver, au sein de la masse des décisions rendues, les considérants de principe constitutifs des sommaires des décisions publiées du Conseil d'État, permettant ainsi de mieux connaître la prospérité dans le temps et dans l'espace de telle règle jurisprudentielle comme sa diffusion dans différents contentieux. Un exercice comparable sur les attendus de principe de la Cour de cassation pourrait être envisagé.

LA DIFFUSION DES DONNÉES DÉCISIONNELLES ET LA JURISPRUDENCE

Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes ?

À l'heure où entre progressivement en vigueur la mise à disposition massive, par la voie numérique, des décisions judiciaires – autrement appelée open data –, la Cour de cassation a souhaité engager une réflexion visant à appréhender les incidences d'une telle diffusion sur l'essence même de la jurisprudence. Placée aux confins des sources du droit et du droit du procès, la réflexion charrie des enjeux multiples.

À l'avenir, en raison de cette large diffusion, les décisions des juridictions auront-elles de facto une portée jurisprudentielle plus importante ? Faudrait-il aller plus loin et leur reconnaître, en droit, valeur jurisprudentielle ? Comment repenser l'office de la Cour de cassation dans cet environnement jurisprudentiel en mutation ? Quelles questions pratiques les acteurs du droit doivent-ils s'attendre à affronter – à commencer par les juges du fond et les avocats ? Comment les y aider ?

Instruits par les auditions et les consultations écrites de praticiens, d'universitaires, d'éditeurs juridiques et de LegalTech, les membres du groupe de réflexion ont entrepris, d'abord, d'effectuer un état des lieux de la diffusion des décisions de justice et de leur réception par les justiciables et les professionnels du droit, afin de déterminer précisément la situation actuelle que l'open data pourrait affecter. Ils ont ensuite exploré les multiples perspectives offertes par l'ouverture des données décisionnelles, en s'attachant à identifier et mesurer les risques que cette diffusion massive fait planer sur la jurisprudence, sans négliger pour autant de percevoir et valoriser les opportunités qu'elle pourrait offrir.

De cette réflexion se voulant équilibrée et ambitieuse, menée selon une méthode collaborative et constructive, sont issues 34 recommandations, qui ouvrent le rapport. Celles-ci contribueront, du moins est-il permis de l'espérer, à un processus à la fois plus juste et plus cohérent d'élaboration de la jurisprudence, dans l'intérêt du justiciable de demain.