



**HAL**  
open science

## La jurisprudence des juges du fond existe-t-elle ?

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La jurisprudence des juges du fond existe-t-elle ?. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2020, 01, pp.231. halshs-02544770

**HAL Id: halshs-02544770**

**<https://shs.hal.science/halshs-02544770>**

Submitted on 27 Jun 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## La jurisprudence des juges du fond existe-t-elle ?

A. Jennequin, *Peut-on parler d'une jurisprudence des cours administratives d'appel ? Réflexions à partir des vingt années de contentieux à la cour administrative d'appel de Douai, RFDA 2019. 1047-1055*

Frédéric Rouvière

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

*Laboratoire de théorie du droit*

Anne Jennequin pose en droit administratif une question que le droit civil a sous doute trop vite oublié : existe-t-il une jurisprudence des juges du fond ? Ses réflexions sur la cour administrative d'appel de Douai sont totalement transposables en droit civil. Elles nous conduisent à ressusciter un des sujets d'agrégation de Jean Carbonnier : peut-on parler d'une jurisprudence des juges du fond ? L'enjeu est de savoir si cette jurisprudence mérite d'être étudiée et commentée pour elle-même.

Anne Jennequin relève certes que la doctrine administrativiste réserve le terme de jurisprudence « au seul Conseil d'État » et que les arrêts des cours d'appel sont vus comme « une masse de décisions d'espèces » (p. 1047). Pourtant, il y a une contribution certaine des cours d'appel à la jurisprudence sous la forme d'une « co-interprétation des textes législatifs et réglementaires » (ex. de la jurisprudence sur les tests osseux pour fixer la majorité en matière d'expulsion du territoire) ou d'une « collaboration aux édifices jurisprudentiels » (p. 1049) en complétant ou étendant une jurisprudence déjà établie, comme ce fut le cas en matière d'annulation des marchés publics pour dol ou pour le principe d'impartialité étendu au rapporteur public ayant préalablement été juge du référé-suspension. Plus encore, les cours d'appel inaugurent des solutions jurisprudentielles pour les questions de droit nouvelles et posent ainsi parfois des principes inédits (par ex. sur l'affaire dite de la « tête maorie » où il a fallu déclasser un objet pour le restituer à son pays d'origine même s'il s'agissait d'un reste de corps humain). Les cours ont donc un véritable rôle d'aiguillon du Conseil d'État ; elles sont même parfois à l'origine de revirements, comme par exemple en matière d'accès des Européens à la fonction publique hospitalière.

Malgré cela, Anne Jennequin pense qu'il est contestable de parler de « jurisprudence des cours administratives d'appel » (p. 1051). Les arguments sont cette fois plus classiques : les cours ne peuvent rendre de « grands arrêts ». Ils sont à la fois construits par la doctrine mais aussi par un patient système de fichage des arrêts par le Conseil d'État qui lui permet (à la différence des cours d'appel) de bien identifier la nouveauté de la solution et la portée de ses arrêts. Signe de cette différence, la publication des arrêts des cours administratives a été abandonnée en 2009 pour des raisons de volume. Les arrêts sont désormais accessibles sans hiérarchisation dans les bases de données électroniques et seules quelques lettres d'actualité émanant des juridictions lèvent le voile sur certaines décisions. En tout état de cause, l'autorité des arrêts d'appel est au mieux transitoire : « attachée aux considérations d'espèce » (p. 1053), la solution ne peut rivaliser avec les principes formulés par le Conseil d'État qui par ailleurs peut toujours censurer les juges d'appel. Pour les arrêts d'appel, « leur avenir normal est d'être occulté par un arrêt du Conseil d'État qui devient LA référence » (p. 1054). Associées à l'élaboration de la jurisprudence administrative, les cours d'appel n'en auraient pas.

Il est aisé de transposer le raisonnement d'Anne Jennequin aux cours d'appel de l'ordre judiciaire tant leur histoire est plus ancienne et fourmillent d'exemples du même type. Tous les juristes ont en mémoire des cas de résistance des juges du fond (exemples récents : l'office du juge en matière de contrôle du contradictoire, l'affaire *Baby-Loup*, l'adoption post-GPA, etc.). Ces débats contribuent à former la jurisprudence de la Cour de cassation. La co-écriture de la jurisprudence se manifeste également dans des exemples comme celui des suites de l'arrêt *Mry'ho* en matière d'unité des fautes contractuelles et délictuelles (Cass., ass. plén. 6 oct. 2006). En tout état de cause, les cours d'appel ont par

nature vocation à traiter en priorité les questions inédites. La procédure pour avis, qui existe dans les deux ordres de juridiction, n'est pas d'un usage systématique. Bref, tout semble indiquer qu'il y a aussi en droit civil une jurisprudence des juges du fond en termes de co-interprétation, de collaboration, d'extension des solutions et de traitement des questions nouvelles. Comme en droit administratif, les juges judiciaires peuvent rendre des arrêts uniques en leur genre, non repris par la Cour de cassation. Comme en droit administratif, les juges judiciaires étendent les principes de la Cour de cassation à des cas nouveaux. Comme en droit administratif, les juges judiciaires ont la primauté des applications des textes nouveaux. Comme en droit administratif, les juges judiciaires inaugurent aussi des solutions. Mais, comme en droit administratif, n'y a-t-il que la Cour de cassation qui « fasse jurisprudence » et rende des grands arrêts ?

On sait que le Conseil constitutionnel a considéré que la jurisprudence des juges du fond ne peut établir une « jurisprudence constante » (V. P. Deumier, RTD civ. 2011. 495, qui rappelle tout l'historique du débat sur la jurisprudence des juges du fond). Cette position relaie l'argument hiérarchique dont Anne Jennequin se sert pour réserver la qualification de jurisprudence aux seules décisions du Conseil d'État.

Pourtant, c'est oublier que la façon de raisonner des juges d'appel est sans doute la même que celle du Conseil d'État ou de la Cour de cassation : ils appliquent des textes et perpétuent les lignes jurisprudentielles. À une chose près cependant : les juges d'appel sont effectivement soumis à l'autorité des précédents de leur Cour suprême. Mais c'est admettre avec d'autres mots que l'autorité joue un rôle central dans l'argumentation juridique, en ce sens que la source de l'argument prime le contenu (V., sur ce point, l'éclairage déterminant de F. Schauer, *Penser en juriste*, Dalloz, 2018, p. 66 s.). Pour le dire encore autrement, il ne faut pas confondre deux choses : l'intérêt du raisonnement et sa portée pratique. La notion de jurisprudence a trop souvent pris pour modèle celui d'une Cour suprême unique. Les raisons sont certainement historiques (F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991). Il est en effet stratégiquement peu pertinent d'argumenter un dossier à partir d'arrêts émanant de cours inférieures quand il existe un arrêt (même unique) de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. De là vient encore l'idée que les arrêts d'appel peuvent faire *autorité* à cette seule condition qu'ils soient uniques.

Cependant, cela ne veut pas dire en général que les arrêts d'appel soient structurellement différents sur le raisonnement ou de moins bonne qualité, y compris lorsqu'ils se font casser. En outre, il y a dans la jurisprudence d'appel des cas bien plus variés et exposés de façon souvent plus complète qui fournissent des hypothèses intéressantes d'innovation pour l'argumentation juridique. En outre, nous ne sommes absolument pas convaincus par la catégorie des « grands arrêts », même si des collections éditoriales entières portent ce nom. Les réflexions sur le sujet (dont celle de G. Braibant, Qu'est-ce qu'un grand arrêt ?, AJDA 2006. 1428) ne donnent souvent que des critères tautologiques : un arrêt est grand parce qu'il intervient dans un champ important du droit, parce que la question tranchée est importante ou qu'il suscite des réformes dans la société... Un arrêt est grand parce qu'il est grand, l'explication est souvent circulaire. D'ailleurs, même le caractère inédit des faits ne garantit pas que la solution soit nouvelle ou originale. Bref, une fois encore, le « grand arrêt » est une catégorie aux multiples visages qui oscille en permanence entre un pôle normatif (c'est un arrêt « quasi législatif », v. F. Zenati, RTD civ. 1992. 359) et un pôle épistémique (c'est un arrêt dont l'argumentation est novatrice).

À cet égard, il faut bien une mise en perspective ou une méta-analyse pour dire quel arrêt est important et quel autre ne l'est pas. De surcroît, l'un des paradoxes les plus curieux est qu'une fois ce point acquis, l'arrêt se range sagement dans le *corpus* des grands arrêts qui viendront alors nourrir les mises en perspective futures. Le droit incorpore en lui-même les appréciations qu'on porte sur lui, comme si un arbre se nourrissait de ses propres fruits.

En somme, il serait sans doute plus exact de dire que les grands arrêts et ceux qui « font jurisprudence » sont en définitive ceux qui méritent d'être généralisés, en d'autres termes d'être étendus à d'autres cas. C'est donc bien qu'une appréciation qualitative (et pas seulement hiérarchique) doit être menée sur eux. Ici, la stratégie argumentative nourrie

de l'autorité formelle et organique (donc du principe hiérarchique) cède momentanément le pas à des considérations savantes tirées de la force des arguments : l'autorité est cette fois substantielle, c'est-à-dire liée au contenu de l'arrêt et à ses arguments.

Enfin, on soulignera encore que ce n'est pas le moindre des paradoxes que les juges aient eu à statuer sur le fait de savoir si la jurisprudence existait pour déterminer sa rétroactivité (Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, n° 98-11.982, D. 2000. 593note C. Atias ; RTD civ. 2000. 592, obs. P.-Y. Gautier ; *ibid.* 666, obs. N. Molfessis; RTD com. 2000. 707, obs. B. Bouloc ; 9 oct. 2001, n° 00-14.564, D. 2001. 3470, et les obsrapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; RTD civ. 2002. 176, obs. R. Libchaber ; *ibid.* 507, obs. J. Mestre et B. Fagesou pouvait être constante (V., *supra*, la position citée du Conseil constitutionnel). Cette approche admet en définitive, presque par la force des choses, que la jurisprudence est un objet de connaissance et non une seule question hiérarchique. Cet objet de connaissance est d'ailleurs singulier car il engage avec lui une certaine conception du droit et de son raisonnement. C'est sans doute la raison pour laquelle la question est toujours ouverte, jamais refermée, que le débat rebondit là où on ne l'attend pas. Cela le rend interminable si ce n'est vain (Ch. Atias, D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé, RTD civ. 2007. 23).

La difficulté vient sans doute encore du fait qu'en façonnant la jurisprudence à l'image de la loi, on l'a colorée politiquement, ce qui rend du coup les auteurs réticents à considérer que les juges de cassation aient un pouvoir concurrent à celui du législateur, et à plus forte raison pour les juges d'appel. C'est bien ce que montre la prise de position sur l'existence d'une jurisprudence des juges du fond : elle implique une certaine façon de comprendre le droit soit comme l'expression d'un pouvoir, soit comme un savoir et une argumentation. Or aucun choix décisif n'a été opéré à cet égard alors que le XXI<sup>e</sup> siècle est déjà bien entamé. Comment alors espérer dire des choses assurées sur la jurisprudence des juges d'appel ?