

Intervention de François SENERS, membre du Conseil constitutionnel

La jurisprudence

Portée et limites du pouvoir juridictionnel

Il y a une part de mystère dans la jurisprudence. Si les modalités d'élaboration des autres catégories de normes juridiques, en particulier les lois et règlements, font l'objet de règles assez bien identifiées, rien de tel s'agissant de la création normative issue des décisions de justice. Au contraire, l'élaboration de la jurisprudence reste nimbée d'un halo nébuleux.

Si l'on sait et on enseigne comment le Parlement vote la loi, comment s'élaborent les normes réglementaires, du moins celles, principales, qui émanent des autorités de l'Etat et qui font l'objet, depuis quelques années, d'un « Guide de légistique », on sait habituellement peu de choses sur la façon dont les juges créent du droit et selon quelles règles, si tant est qu'il y ait des règles. Leurs jugements, arrêts, décisions sont abondamment commentés, mais principalement pour leur portée, rarement pour la façon dont ils ont été conçus.

Cela résulte, pour une bonne part, d'un principe très généralement suivi en France : la jurisprudence est le fruit de décisions adoptées au cours de délibérés fermés au public et soumis à une stricte règle de secret. Cette règle cardinale, fort bien respectée, est approuvée par la grande majorité des professionnels du droit et je n'ai nullement l'intention de la violer devant vous.

Je vais en revanche m'efforcer, en quelques minutes, de répondre à trois questions :

- que peut, ou que doit être, l'office des juges lorsqu'ils créent des règles ?
- Quels sont les mécanismes de création normative jurisprudentielle ?
- Enfin, quel regard faut-il porter sur les changements de jurisprudence ou les remises en cause de la jurisprudence, notamment par le législateur ?

1. LA CREATION DE NORMES JURISPRUDENTIELLES EST-ELLE LEGITIME ET DANS QUELLE MESURE ?

Il est communément admis, depuis longtemps, que les juges ne peuvent pas se borner à être la « *bouche de la loi* » évoquée par Montesquieu.

La multiplication exponentielle des règles de droit écrit, leurs fluctuations et imperfections, mais aussi la nécessité de concilier le droit national avec la montée en puissance de règles internationales, tout particulièrement celles de l'Union européenne, imposent aux juridictions une œuvre permanente, quasi quotidienne, de clarification, d'interprétation et, parfois même, de construction.

La nécessité d'un processus de création normative jurisprudentielle s'est ainsi accentuée au cours des dernières décennies, mais elle était en germe dès l'entrée en vigueur du code civil napoléonien. Elle place cependant le juge au carrefour d'injonctions contradictoires.

L'article 4 du code civil, inchangé depuis l'origine, interdit au juge français de se réfugier derrière le silence ou l'obscurité de la loi : « *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* ». Le juge est donc tenu de dire le droit quand bien même le législateur n'a pas – ou pas bien – fixé les règles.

Cette obligation légitime le processus jurisprudentiel entendu comme source de droit. Juger ne se réduit pas à trancher des litiges ; il peut s'y ajouter, de façon fréquente, un effet normatif. En « *faisant jurisprudence* », le juge ajoute une seconde dimension, de portée générale, à son office.

Mais les rédacteurs du code civil, qui avaient manifestement anticipé les risques d'un blanc-seing et qui n'avaient pas perdu de vue les excès des Parlements d'Ancien régime, ont gravé à l'article 5, inchangé depuis 1804 également, un second précepte :

« *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

Pris en tenaille entre ces deux interdits, un siècle et demi de jurisprudences, judiciaires et administratives-, s'est efforcé de dessiner une ligne de crête acceptable, entre dénis de justice et arrêts de règlement. Les « solutions prétoriennes » et « arrêts de principe » y sont admis, dès lors que n'est pas franchi le Rubicon du « gouvernement des juges ».

Le respect de cette ligne repose pour l'essentiel sur la discipline interne des juridictions et la déontologie des juges, même si elle comporte une dimension de dialogue avec les autres parties prenantes, autorités normatives, doctrine, société civile.

Cette discipline est une des composantes essentielles de la formation des juges et de leur pratique professionnelle ; elle s'attache à définir les méthodologies d'analyse du droit et d'interprétation des règles écrites (littérale, contextualisée, neutralisante, prétorienne...).

La recherche d'équilibre s'avère difficile lorsque les juridictions peinent à préciser ce cadre. En effet, si le juge définit aisément son devoir d'impartialité à l'égard des parties aux litiges, il peut avoir plus de mal à se libérer d'un risque de partialité à l'égard des enjeux juridiques qu'il appréhende. Tenu de faire appliquer et respecter la loi, sa philosophie du droit et de son interprétation oriente inmanquablement sa jurisprudence.

D'où la question des limites du pouvoir jurisprudentiel.

Cette question, très présente dans les débats de société contemporains, me conduit à penser que le travail jurisprudentiel comporte, pour une part, un travail du juge sur lui-même. Quelles règles se fixe-t-il ? Quelles marges, quelles limites ?

Les juridictions suprêmes des deux ordres juridictionnels, Conseil d'Etat et Cour de cassation, s'efforcent de donner des lignes directrices et de les faire partager par les juridictions de leurs deux ordres. Le Conseil constitutionnel, qui a le pouvoir de censurer la loi parlementaire, s'est astreint à expliciter sa ligne, aussi bien dans ses motivations (selon lesquelles, à certains égards, il « *n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* ») que dans sa doctrine implicite, selon laquelle, en vertu de la fameuse formule du Doyen Vedel, il peut manier la gomme mais pas le crayon, c'est-à-dire censurer la loi, mais non la réécrire.

Où doit donc s'arrêter la normativité jurisprudentielle ? Qu'est-ce qui distingue la jurisprudence prétorienne légitime de celle qui l'est moins ? Je prends le risque d'esquisser une grille d'appréciation.

Une ligne de partage me paraît pouvoir être tracée entre les jurisprudences nécessaires et celles qui relèvent de libres initiatives juridictionnelles ; autrement dit, celles qui accompagnent le législateur et celles qui le débordent.

Dans la 1^{ère} catégorie, toutes les décisions qui comblent les vides juridiques, mettent de la cohérence dans les normes en vigueur, corrigent les imperfections objectives et gommant les aberrations susceptibles de résulter d'une application littérale du droit écrit. Peut-être aussi les initiatives qui suggèrent au législateur ou au pouvoir réglementaire des évolutions qui paraissent souhaitables et qu'ils seront libres de valider ou d'écarter. Celles également qui contribuent à expliciter des cadres juridiques résultant des traditions républicaines, comme lorsque le Conseil constitutionnel fixe les critères des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou lorsque le Conseil d'Etat détermine ceux du service public, même si, dans ces domaines, le risque de subjectivité existe.

Dans la seconde catégorie, les créations de normes qui, relevant d'un libre arbitre, n'entrent dans aucune des catégories précédentes. Ces jurisprudences peuvent être d'autant plus perturbantes au regard de l'Etat de droit, qu'elles empiètent sur les compétences des autorités constitutionnelles investies du pouvoir législatif ou du pouvoir réglementaire.

Je pousse l'audace jusqu'à en mentionner une illustration récente, que je choisis dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, antérieure à ma nomination et sur laquelle j'avais formulé des réserves avant de rejoindre cette institution. Il s'agit de la jurisprudence dite « Force 5 », de 2020, qui regarde comme des actes législatifs, au sens de la procédure de QPC, les ordonnances non ratifiées, une fois expiré le délai de l'habilitation, alors même qu'elles n'émanent que d'une autorité administrative. Jurisprudence d'autant plus audacieuse qu'elle conduit le juge, constitutionnel en l'espèce, à définir lui-même le champ de sa compétence, en contradiction avec la règle selon laquelle celle-ci est définie par les textes. Le Conseil constitutionnel rappelle d'ailleurs fréquemment qu'il ne dispose que d'une compétence d'attribution.

2. QUELS SONT LES MECANISMES DE LA CREATION NORMATIVE ?

Dans son œuvre normative, le juge souffre, dans ce domaine, d'un double handicap par rapport au législateur et à l'autorité réglementaire.

D'une part, en dépit des marges d'appréciation dont il peut user selon les méthodes d'interprétation qu'il a définies, son office est fortement contraint par les textes, constitutionnels, législatifs et réglementaires qu'il lui appartient d'appliquer. Il faut bien admettre que s'il peut être regardé, du fait de son pouvoir d'interprétation, comme coauteur de certaines normes, il n'en est jamais que le second, celui qui s'appuie sur une matrice forgée par d'autres.

D'autre part, le juge n'a qu'une faible maîtrise des questions qu'il peut traiter : alors que le pouvoir d'initiative du constituant, du législateur et du pouvoir réglementaire est très large, le juge est un chasseur à l'affût, tenu d'attendre les affaires qui lui échoient, dans des configurations qui s'imposent à lui.

Un texte législatif ou réglementaire repose toujours sur les intentions de ses auteurs ; une décision de justice se construit à partir des faits soumis aux juges.

Cette différence très structurante impose au juge – du moins celui qui entend définir un cap jurisprudentiel – de penser sa jurisprudence, en aval de ses décisions passées et en amont de celles à venir.

Ce travail a été excellemment décrit par un ancien président de la section du contentieux du Conseil, Raymond Odent : « *Les évolutions jurisprudentielles (...) ont rarement pour origine une illumination individuelle ou collective traversant un délibéré (...). Les véritables progrès jurisprudentiels sont ceux dont les causes et les effets ont été soigneusement étudiés, dont les développements nécessaires ou possibles ont été envisagés, dont les limites, au moins provisoires, ont été prévues ; ils sont donc le fruit d'une réflexion attentive. Mais, pour avoir une chance d'être adoptés, il faut aussi qu'ils soient proposés dans un contexte favorable* ».

Cette analyse le montre parfaitement : si une jurisprudence peut résulter du hasard d'une affaire qui conduit le juge à interpréter des textes ou à édicter une règle prétorienne, elle est, le plus souvent, le fruit d'une réflexion qui s'inscrit dans la durée, qui s'appuie sur les décisions antérieures, leurs éventuels points faibles, et qui, patiemment, attend le « bon dossier », celui qui se prête à la clarification ou à l'évolution souhaitées.

Même s'il estime que les conditions d'une avancée jurisprudentielle sont réunies, le juge avisé procède avec une grande prudence, que l'on qualifie parfois de retenue et qui est éminemment souhaitable en dépit des critiques dont elle fait l'objet de la part de certains commentateurs. La doctrine universitaire rêve fréquemment d'audaces jurisprudentielles. Mais la sagesse du juge le retient de s'y abandonner. Et il y a de bons motifs à cela.

Quelle qu'elle ait pu être, en effet, l'intensité de la réflexion conduite en amont, il n'est pas toujours aisé de mesurer les conséquences de ce qui va être jugé. A cet égard, le juge est à nouveau confronté à deux obstacles particuliers.

Le premier tient à ce que, contrairement au constituant, au législateur et au pouvoir réglementaire, rarement tenus de décider dans l'urgence, le processus juridictionnel de décision repose, *in fine*, sur l'adoption d'une solution déterminée par un délibéré, stade ultime du processus d'instruction et de jugement, qui se joue en un court laps de temps : une, deux ou trois heures, rarement plus. Même si les étapes de préparation de la solution ou des solutions possibles, en amont du délibéré, ont été nombreuses et approfondies, c'est lors de cette phase cruciale que l'affaire se noue, parfois par des retournements imprévus.

Il ne faut pas perdre de vue qu'une décision, aussi structurante soit elle, ne repose pas sur une logique de consensus mais sur un vote à la majorité, qui peut se dessiner dans les dernières minutes d'un délibéré. Il est des exemples de « grands arrêts » adoptés avec une voix de majorité.

Le second obstacle qui incite à la prudence est la difficulté particulière qu'il y a à corriger ou abandonner une jurisprudence qui s'avère problématique. Alors que lois et règlements peuvent être modifiés rapidement, voire en urgence, à l'initiative de leurs auteurs, la contrainte propre

au juge, soumis aux aléas des affaires qui lui sont soumises, peut entraîner de longs délais d'attente avant que l'occasion soit donnée de reprendre la main.

Il est, pour ce motif, plus sage de procéder par touches successives, pour adapter et compléter, avec le recul du temps, une avancée initiale. Cette approche est, depuis de nombreuses décennies, celle du Conseil d'Etat et, je crois, de l'ensemble des juridictions administratives.

L'organisation de la procédure d'instruction des dossiers, au sein de la juridiction, peut et doit contribuer à optimiser le temps de la réflexion sur les affaires susceptibles de faire jurisprudence. Sauf lorsqu'elle est contrainte par des délais impératifs, comme l'est le Conseil constitutionnel ou le juge électoral, la juridiction saisie d'une affaire susceptible d'avoir une portée jurisprudentielle peut et doit se donner le temps de maturation utile, sous réserve qu'il ne confine pas à un déni de justice.

L'ensemble de ces contraintes fait de la norme jurisprudentielle une source du droit moins réactive, en principe, que le droit écrit, d'élaboration plus lente et plus aléatoire. La multiplication contemporaine des textes législatifs et réglementaires, leur instabilité et les critiques qu'elles suscitent, conduisent néanmoins à porter un regard positif sur ce mode d'élaboration du droit ; la « tortue » juridictionnelle, sous cet angle, pourrait inspirer les « lièvres » législatifs et exécutifs.

La construction des lignes jurisprudentielles soulève un enjeu complémentaire, qui est celui de la prévisibilité et de l'acceptabilité.

Les exigences modernes de l'Etat de droit imposent aux autorités publiques qui édictent des règles de se soumettre, elles aussi, à un corpus normatif, destiné à préserver la sécurité juridique, l'intelligibilité du droit et, au final, l'effectivité des règles. Les juges, qui statuent au nom du peuple français, ne peuvent pas ignorer ces exigences sociétales. Ils les intègrent de différentes façons, en particulier en veillant, dans toute la mesure du possible, à donner prévisibilité et visibilité à leurs décisions importantes.

La prévisibilité, qui est la plus délicate, est affaire de techniques juridiques. Les hautes juridictions administratives et judiciaires ont à cœur, le plus souvent, de ne pas statuer par

surprise. Les conclusions des rapporteurs publics de la juridiction administrative et des avocats généraux à la Cour de cassation permettent, par leurs développements, de baliser des voies d'avenir, qui ne trouvent pas d'aboutissement dans l'affaire à laquelle elles se rattachent mais qui peuvent préfigurer de futures orientations.

Certains commentaires institutionnels (comme ceux que publie le Conseil constitutionnel) ou para-institutionnels, émanant de commentateurs attentifs, donnent également l'occasion d'éclairer les débats en cours au sein de ces juridictions. Et, bien sûr, les échanges avec la doctrine, sous toutes leurs formes, contribuent à identifier et expliciter les lignes sous-jacentes.

La visibilité de la norme jurisprudentielle et son indispensable corollaire de l'intelligibilité sont des enjeux de mieux en mieux appréhendés par les juridictions, conscientes de ce que la société n'accepte plus l'opacité du droit.

L'effort de codification opéré pour le droit écrit appelle, sous des formes nécessairement différentes, un travail de facilitation de l'accès au droit jurisprudentiel.

Beaucoup d'outils complémentaires peuvent y contribuer, entre les mains de différentes catégories d'acteurs de la communauté juridique, en particulier les publications diverses des éditeurs, y compris officiels (tel que Légifrance), ainsi que les commentaires de la doctrine et des professionnels du droit.

Mais, quel que puisse être le rôle de ces acteurs, c'est aux juridictions elles-mêmes qu'incombe prioritairement la mission de faire connaître et comprendre leurs jurisprudences.

Leur vecteur primordial est la motivation des décisions. Le caractère explicite et intelligible des motifs sur lesquels se fonde une solution est d'autant plus important que la portée jurisprudentielle est grande. *L'imperatoria brevitatis* appartient au passé. La motivation que l'on qualifie d'enrichie n'est pas seulement une exigence d'intelligibilité pour les parties concernées, elle l'est tout autant pour l'ensemble de ceux qui sont susceptibles d'être intéressés, en raison de l'importance prise par le droit d'origine jurisprudentielle. Les juridictions suprêmes des deux ordres juridictionnels, Conseil d'Etat et Cour de cassation, l'ont remarquablement intégré en

développant, ces dernières années, de nouveaux modes de rédaction de leurs motifs, sans tomber dans les excès volumétriques de certaines cours étrangères.

Et bien sûr, les juridictions disposent, avec les outils modernes de communication, d'un second vecteur pour porter à la connaissance d'un large public les évolutions de leur jurisprudence. Communiqués de presse, lettres d'information, sites internet, réseaux sociaux et autres canaux appropriés sont devenus des vecteurs prioritaires ; ils ne répondent pas, s'ils sont bien utilisés, à des objectifs de valorisation ou de promotion des juridictions, mais à celui de faciliter l'accès à leurs jurisprudences.

3. LA QUESTION DU RESPECT DE LA JURISPRUDENCE

L'édition des décisions ne met pas un point final au processus jurisprudentiel. La jurisprudence n'a, pas plus que le droit écrit, la solidité inébranlable d'un bloc de granit. Elle est sujette à deux catégories de remises en causes : celles qui résultent des revirements ou évolutions imputables aux auteurs mêmes des jurisprudences ou des autres juridictions qui ne la reprennent pas à leur compte et celles que décide le législateur – ou le pouvoir réglementaire dans son champ de compétence – qui a, le plus souvent, le pouvoir de reprendre la main.

A – Les remises en cause par les juges

L'autorité d'une jurisprudence repose sur son respect par les décisions postérieures, ce dont témoigne l'expression « jurisprudence constante ». Rien, juridiquement, n'interdit en effet à la juridiction qui a pris une position de l'abjurer à tout moment et on pourrait citer quelques fâcheux exemples dans l'histoire contemporaine.

La bonne politique jurisprudentielle appelle cependant un minimum de continuité, sauf à faire le constat que la solution qui avait prévalu s'était avérée dommageable. La juridiction –suprême en principe – qui a adopté une ligne jurisprudentielle peut néanmoins avoir deux motifs de faire bouger les lignes. Elle peut, d'une part, selon la méthode précédemment décrite de construction par étapes, compléter, affiner ou infléchir sa jurisprudence à l'occasion d'affaires qui s'y prêtent ; elle peut, d'autre part, pour de bonnes raisons, souhaiter opérer un revirement, de plus ou moins grande ampleur. Indépendamment du cas de constat d'échec d'une jurisprudence, ces bonnes raisons sont au moins au nombre de deux.

Il se peut, tout d'abord, qu'un changement de contexte (juridique, sociétal, technologique...) rende le revirement nécessaire, la jurisprudence en cause étant frappée d'une forme d'obsolescence. Le droit, même jurisprudentiel, est le reflet de la société et évolue avec elle.

Il se peut aussi que ce qu'il est convenu d'appeler le dialogue des juges conduise à remettre en cause une jurisprudence. Cela peut résulter de la confrontation entre les jurisprudences des hautes juridictions nationales (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat et Cour de cassation), ou de la confrontation avec celles des cours européennes (CJUE et CEDH).

Toutes ces juridictions sont souveraines et définissent leurs lignes jurisprudentielles, sans qu'il existe une garantie de convergence. Mais elles ont eu maintes occasions, ces dernières décennies, de montrer leur volonté de converger sur les sujets qui le méritent, dans toute la mesure du possible.

Ce mouvement est d'autant plus marqué et légitime qu'il porte sur des domaines de compétences partagées ; l'attention que portent réciproquement le Conseil d'Etat et la Cour de cassation à leurs jurisprudences respectives en matière de responsabilité et celle que portent le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat à l'évolution de leurs jurisprudences en matière électorale en sont de bonnes illustrations.

Si les relations avec les juridictions européennes obéissent à des ressorts plus délicats, il faut souligner combien les cours suprêmes françaises, tout particulièrement le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, ont à cœur d'opérer les mises en cohérence que justifient l'intelligibilité ou la simplification du droit pour les justiciables, sans renier jamais leurs prérogatives et sans renoncer à convaincre les juges européens du bien fondé de leurs lignes jurisprudentielles.

B – Les remises en cause par le législateur

Le législateur n'est pas insensible aux signaux que lui adresse la jurisprudence, en particulier quand elle met en évidence des carences dans l'ordre juridique ou qu'elle révèle des besoins d'évolution.

Il arrive d'ailleurs qu'une jurisprudence soit conçue, par la juridiction qui en est à l'origine, comme la préfiguration d'un dispositif législatif ou réglementaire que les autorités compétentes sont invitées à élaborer. C'est ainsi que l'arrêt Ternon, rendu par le Conseil d'Etat en octobre 2001, qui a fixé une règle très prétorienne en matière de retrait des actes juridiques créateurs de droits entachés d'illégalité, appelait, avec le recul, un cadrage législatif, qui est intervenu à l'occasion de la rédaction du code des relations entre le public et l'administration. Le législateur a entériné et précisé, dans le même esprit, d'importantes jurisprudences concernant la motivation des actes administratifs et l'accès des administrés aux fichiers de l'administration.

Mais il arrive aussi que l'intervention du législateur ait pour objet de prendre le contrepied de jurisprudences qui ne l'ont pas convaincu.

Ce n'est pas illégitime. La loi doit bien sûr respecter l'autorité de la chose jugée et avoir une portée générale, mais si le juge est seul compétent pour trancher les litiges entrant dans son champ de compétence, il ne dispose pas du pouvoir souverain de fixer les règles de droit. Une illustration très médiatique en a été donnée au début des années 2000 par les suites réservées à l'arrêt Perruche, du 17 novembre 2000, de la Cour de cassation, qui fixait des règles d'indemnisation du préjudice subi à raison d'un handicap, à la naissance, résultant de fautes médicales : une disposition de la loi « Kouchner » du 4 mars 2002 a explicitement fixé des règles différentes, avant que la CEDH puis le Conseil constitutionnel soient conduits à en préciser les modalités d'application.

Cette interaction entre le pouvoir législatif et le pouvoir juridictionnel rappelle que le droit est, fondamentalement, affaire de souveraineté. La jurisprudence n'échappe pas à ce principe.