

La politique jurisprudentielle

Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation et Nicolas Molfessis, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1.- Il y a une quinzaine d'années, Bruno Oppetit avait évoqué dans la Grand' Chambre le rôle créateur de la Cour de cassation, soulignant « le chemin parcouru depuis les deux derniers siècles par la voie de la cassation, devenue, de prérogative de justice retenue, puis de sentinelle établie pour le maintien des lois, un moyen de régulation de la réalisation judiciaire du droit »¹. Il n'était alors plus question de faire la preuve de l'influence de la jurisprudence mais de porter attention aux mécanismes mêmes par lesquelles se manifeste sa créativité - interprétation extensive de la loi, participation à son élaboration, mise en œuvre de normes supérieures.

2.- La réflexion sur la politique jurisprudentielle² participe d'une telle prise de conscience du rôle de la jurisprudence. L'existence de politiques jurisprudentielles revient à admettre que la Cour de cassation a vocation à envisager -et donc à rechercher- les effets sociaux que ses décisions pourraient provoquer. Avoir une politique, c'est, en effet, précisément faire des choix, sélectionner des voies, agir. C'est prétendre à une action sur le corps social et, dès lors, mettre en place les instruments d'une telle ambition.

Aussi, puisque toute politique jurisprudentielle est un parti pris, le choix effectué -qui en est la marque- sera nécessairement sujet à appréciations et donc à critiques, controverses, polémiques, accords ou désaccords. Le propre d'une politique jurisprudentielle est d'imposer une voie qui pourra être suivie ou désavouée : autres juges, du fond ou de cassation, législateur, doctrine, justiciables, associations diverses, représentants professionnels... vont dès lors devenir les interlocuteurs de la Cour, destinataires de la politique jurisprudentielle certes, mais aussi relais des choix qu'elle recèle. La politique jurisprudentielle initie le dialogue entre le juge et les justiciables ; elle devrait donc favoriser les formes de communication et stimuler les revendications. Il y a dans toute politique jurisprudentielle une interaction identique à celle que provoque toute décision gouvernementale ou parlementaire.

3. – Qui ne perçoit cette fois l'écueil : le choix d'une politique ne devrait-il pas être l'apanage du législateur ? La seule « politique jurisprudentielle » ne devrait-elle pas consister, pour le juge, à servir la loi ? Prétendre à une politique jurisprudentielle reviendrait à mettre sur un même plan loi et jurisprudence, pour les considérer toutes deux comme des facteurs de réglementation sociale. La politique jurisprudentielle de la Cour de cassation serait dès lors une manière de désigner ce que l'on redoute usuellement derrière l'appellation de *gouvernement des juges*. Comment le juge pourrait-il aspirer à remplir une mission comparable à celle de la loi ? Au surplus, son office lui en confère-t-il les moyens ? Plus encore : peut-il aisément être nourri des éléments indispensables pour effectuer un choix éclairé ?

¹. Conférence prononcée en 1990, sous le titre « Le rôle créateur de la Cour de cassation » et reproduite in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 65.

². Celle qui est ici proposée trouve son origine dans une conférence prononcée par N. Molfessis à la Cour de cassation, depuis lors enrichie des discussions menées avec G. Canivet comme des réflexions conduites par celui-ci sur le rôle et le fonctionnement de la Cour de cassation.

4.- La politique jurisprudentielle n'est donc pas la jurisprudence ; elle est le chemin suivi par cette dernière dans un domaine particulier ou sur une question spécifique. Elle entend donc être au fondement de la jurisprudence, comme soubassement des décisions, ligne directrice et donc inspiratrice du juge. Elle veut être le souffle qui guide la jurisprudence. Cette fois, elle se présente sous un jour favorable : ne doit-elle pas être considérée comme un facteur de sécurité juridique, là où une absence de politique jurisprudentielle fait obstacle à la prévisibilité du droit, accroît l'incertitude et entrave les anticipations ? Dans le même temps, la politique jurisprudentielle se veut aussi facteur d'unité, incitant les juges à suivre un même sillon plutôt que de cultiver les divergences et dissonances de solutions. Pour qu'il n'y ait qu'une jurisprudence, on estimera alors qu'il faut une politique jurisprudentielle qui trace la voie, puisse être comprise, admise et, par conséquent, suivie.

L'expression, sous cet aspect, n'est pas sans parenté avec ce que l'on pourrait vouloir nommer la « doctrine » de la Cour de cassation. Toutefois, cette dernière expression ne doit pas tromper, qui désigne en effet, si l'on suit l'usage qui en est fait dans la jurisprudence elle-même, le contenu d'une décision rendue par la Cour de cassation sur premier pourvoi lorsque l'affaire revient, en second pourvoi, devant les juges de cassation : la question est alors de savoir si les juges du fond ont suivi la *doctrine* de la Cour de cassation³. Dans cette acception, elle n'évoque pas une voie volontairement choisie par les juges comme le prétend la politique jurisprudentielle.

Parce qu'elle atteste de choix de fond et donc substantiels, la politique jurisprudentielle ne saurait davantage être confondue avec la « politique judiciaire ». Celle-ci renvoie à une politique de la justice ou, parfois, de l'organisation juridictionnelle. Désengorger la Cour de cassation, accélérer les processus de décisions, renforcer l'efficacité des jugements, sont autant de finalités de politique judiciaire. Il reste toutefois que politique jurisprudentielle et politique judiciaire ont souvent partie liée. La première ne peut ignorer la seconde car elle peut être un instrument de sa réalisation. Ainsi, on admettra aisément que, pour éviter la multiplication des pourvois et tenter d'alléger la tâche de la Cour de cassation, l'existence d'une politique jurisprudentielle est essentielle.

5.- Proche d'une doctrine de la Cour sans devoir être confondue avec elle, distincte de la politique judiciaire tout en entretenant des liens avec ce qu'elle recouvre, signe d'un pouvoir discuté et en même facteur de sécurité et de stabilité, la politique jurisprudentielle reste à cerner. Au fond, tant ce qu'elle recouvre que ses mécanismes méritent d'être éclairés, avec en arrière-fond, mais bien présent, le problème du statut même de la jurisprudence. Dans cette perspective, la réflexion doit porter tant sur la notion de politique jurisprudentielle (I) que sur la construction des politiques jurisprudentielles (II).

I.- La notion de politique jurisprudentielle

6.- Toute politique jurisprudentielle se manifeste par deux traits : elle est toujours un choix (A) et elle répond nécessairement, du moins l'entend-elle ainsi, à un besoin (B).

³. Sur le sens de l'expression et ses usages, v. RTDciv., 2003, 567. Toutefois, elle pourrait avoir un sens différent, que traduirait une décision isolée (Soc., 13 sept. 2005, *D.*, 2005, 279 ; v. RTDCiv., 2006, 73, obs. Pa. D.)

A.- Un choix

7.- Il y va en jurisprudence comme en tout autre domaine : la politique qui la guide implique un choix. Dans cette manière de gouverner et de décider que postule une politique, il faut en effet une opinion préalable, non seulement un accord sur la décision à prendre mais aussi une insertion de cette décision dans un mouvement d'ensemble qui la justifie et l'explique. De là le choix, qui peut être de nature diverse : social, éthique, culturel, économique, etc. Stopper la pratique des mères-porteuses et placer hors la loi les associations qui les mettent en relation avec les familles désireuses d'adopter un enfant ; faciliter l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, au point de ne quasiment plus jamais considérer qu'elles pourraient avoir commis une faute inexcusable les privant de leur droit à réparation ; promouvoir la vérité scientifique dans le droit de la filiation ; tenter de stopper la pratique des loteries publicitaires, en découvrant un nouveau quasi-contrat ; lutter contre les clauses abusives en s'autorisant de les dénoncer même en l'absence de décrets, comme l'imposait naguère la loi du 10 janvier 1978, etc. Les exemples abondent. Derrière les choix effectués, une pensée plus ou moins structurée – on devrait dire une doctrine⁴ – prévaut, qui commande la décision. D'où l'on déduira être en présence d'une politique libérale ou bien sociale, progressiste ou conservatrice, audacieuse ou timorée, répressive ou non, etc. Là encore, les appréciations pourraient être multipliées. Mieux vaut insister sur deux aspects spécifiques, qui permettent de mieux cerner ce choix.

8.- 1°).- Sur le fond, tout d'abord, on observera qu'un tel choix procède nécessairement d'une confrontation entre une appréciation portée par le juge sur la situation sociale qui constitue l'arrière-fond de sa décision et son désir d'action sur cette situation.

Ainsi, si toute politique jurisprudentielle ouvre sur l'avenir, le choix qui la détermine résulte par hypothèse de l'évaluation d'une situation présente, non traitée ou mal traitée, sur laquelle la décision va prétendre agir : c'est la considération des nécessités sociales nouvelles, et précisément l'évolution des formes de rééducation sociale des personnes handicapées mentales, des mineurs en rééducation ou des délinquants, en milieux ouvert et semi-ouvert, qui a conduit la Cour de cassation à découvrir un principe général de responsabilité du fait d'autrui à la charge de ceux qui les organisent⁵. Un tel constat ne saurait être négligé, car il implique que les juges soient en mesure d'évaluer les situations qu'ils entendent régir.

Dès lors, parce qu'elle est en prise avec des données sociales préexistantes, toute politique jurisprudentielle est appelée à varier en fonction de leur évolution. D'où il ressort que toute politique jurisprudentielle est appelée à évoluer et à se transformer.

Ainsi en témoigne, de façon caractéristique, la jurisprudence relative à l'indétermination du prix dans les contrats. De politique jurisprudentielle, il était bien évidemment question, ce dont le Premier avocat général Jéol ne s'était précisément pas caché, en débutant ses conclusions sous les arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995 par l'affirmation selon laquelle : « L'un des paradoxes de notre Cour, c'est d'être au service de la loi – l'allégorie de Baudry, au-dessus de nos têtes, nous le rappelle en permanence – et à ne pas hésiter, devant un **besoin social impérieux**, à l'appliquer au-delà, et même en dehors de ce qu'avait voulu le législateur »⁶.

⁴. Si n'étaient les risques de confusion évoqués *supra* n°4.

⁵. F. Terré et Y. Lequette, *GAJCiv.*, Dalloz, 11e éd., n°218-219/4, p. 347.

⁶. M. Jéol, *JCP*, 1996, II, 22565.

Il est notable que, sur cette voie, il parvenait tout aussi bien à justifier l'ancienne jurisprudence, celle initiée au début des années 1970, que la nouvelle, que les arrêts d'Assemblée plénière allaient consacrer :

« Est-ce à dire que l'échec de la jurisprudence antérieure était "programmé" lorsque nos prédécesseurs l'ont adoptée ? Il serait injuste de l'affirmer catégoriquement... Au début des années 1970, en effet, la plupart des "distributeurs" - le pompiste et le débitant de boissons en étaient les prototypes – se trouvaient à la merci des "offreurs", et il a pu paraître légitime, à l'époque, de protéger les premiers contre les seconds. Dans le même temps, les droits de la concurrence et de la consommation étaient encore embryonnaires, face à un Code civil fort de son histoire et de ses concepts.

Le paysage économique et juridique a considérablement évolué depuis vingt-cinq ans. Dans un marché plus mouvant, plus diversifié, la faiblesse n'est plus nécessairement du côté de la distribution, loin de là. Quant au droit des affaires, qu'il soit national ou communautaire, il a envahi contrats et prétoires, provoquant un certain reflux du droit civil et une remise en cause de ses principes. Bref les choses ont beaucoup changé... Comment une interprétation *circonstancielle* de la loi pourrait-elle survivre à de tels changements ? »

Parce qu'elle est une adaptation de la règle de droit, la politique jurisprudentielle repose sur une analyse nouvelle de la situation sociale en cause et se propose de la régir pour l'avenir, en orientant, en interdisant, en tolérant... Elle entend être un principe de réalisme social en même temps qu'elle fixe des objectifs de réglementation. La politique jurisprudentielle est la marque de l'adaptation de la jurisprudence aux contraintes économiques et sociales, avant que d'être, dans le même temps, programme d'action. En cela, elle altère la distinction entre les systèmes français et de common law, marqués par une approche conséquentialiste⁷.

On comprend alors qu'elle exige un deuxième terme, fonction non pas de la situation sociale – donnée en quelque sorte exogène – mais de l'opinion de celui qui décide – donnée interne. C'est l'opinion défendue, la pensée qui prévaut et marque précisément le choix. Et ceux-là sont évidemment prédominants. Il peut ainsi s'agir, en matière contractuelle, de protéger ceux que l'on pense faibles ou, à l'inverse, de faire prévaloir la force obligatoire du contrat en ne prêtant que peu d'effets aux inégalités entre contractants : les deux présupposés mèneront à des politiques logiquement opposées. C'est le credo de la politique jurisprudentielle qui s'exprime ici. C'est aussi ce qui provoquera, en retour, les réactions face aux choix du juge.

9.- 2°).- On aura compris que, dans ses modalités, la politique jurisprudentielle implique le plus souvent une création prétorienne : découverte d'un nouveau quasi-contrat ; invention d'un principe général du droit ; interprétation créatrice de la règle. Mais il faut faire ici une double observation. D'une part, toutes autres figures sont possibles. Ainsi, la politique jurisprudentielle peut n'exiger qu'une simple interprétation de la règle. La faute inexcusable de la victime piéton d'un accident de la circulation, évoquée précédemment, résulte d'une simple interprétation de l'article 3 de la loi du 5 juillet 1985. Plus encore, l'absence de choix prétorien, non sans quelque paradoxe, peut également contribuer à une forme de politique jurisprudentielle. C'est ce qui a souvent été dit de la jurisprudence de la Chambre criminelle, qui conserve parfois le souci de la casuistique pour mieux satisfaire aux exigences de

⁷. Sur laquelle, v. H. Muir Watt, « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de common law », in *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005, p. 53, spéc. n°35 et s., p.69 et s.

répression sociale qu'elle entend remplir. Le constat est riche d'enseignement sur la relativité de la distinction entre interprétation et création du droit par le juge : celui-ci peut avoir pour ambition de suivre une politique de fond sans avoir recours à une pure invention prétorienne. Tous autres modes d'intervention peuvent participer de la régulation du droit par le juge.

D'autre part, un même objectif de politique jurisprudentielle peut emprunter des solutions techniquement différentes : où l'on voit alors les efforts juridiques que commande une politique jurisprudentielle. Ainsi, pour parvenir à contraindre les promoteurs de loteries publicitaires, la Cour de cassation a pu emprunter des fondements divers : passage par l'engagement unilatéral de volonté, découverte d'un contrat entre l'auteur de la publicité et le destinataire du courrier, jusqu'au fondement déjà évoqué d'un nouveau quasi-contrat. Mais dans toutes ces hypothèses, derrière des solutions diverses et hétérogènes, agissait une même volonté d'endiguer ce type de pratiques. Un choix opportun de politique juridique pourra, d'ailleurs, résulter de dispositifs techniquement discutables : la politique jurisprudentielle peut impliquer l'annexion de la règle de droit à une fin, au risque, à travers son instrumentalisation, de sa déformation ou de son dévoiement. Les logiques politiques et les logiques techniques peuvent ne pas s'entendre.

B.- Un besoin

10.- Si elle est un choix, la politique jurisprudentielle est là aussi pour satisfaire à un besoin. Ce besoin se manifeste différemment, cependant, selon que l'on prend en compte la loi, la jurisprudence ou la doctrine. Ce qui est manifeste, c'est que dans les trois cas, le besoin de politique jurisprudentielle est source de tensions et conflits.

11.- 1^o). C'est tout d'abord dans son rapport à la loi que se comprend la politique jurisprudentielle. Admettre qu'il existe une politique jurisprudentielle, c'est poser en postulat l'aptitude du juge à agir sur les situations sociales comme l'entend normalement le législateur. L'ordre des sources le justifie : le juge intervient après la loi et se saisit de faits qui trahissent les données sociales. D'où l'on déduit logiquement qu'il est le mieux à même d'adapter le droit aux faits. Gény avait perçu cette supériorité pratique de la jurisprudence que sa libre recherche scientifique exprime puisqu'elle prône la nécessité, pour le juge, d'interpréter le texte comme s'il était législateur pour le mettre en harmonie avec les contraintes sociales. Dans cette substitution de modes de raisonnement, il y a déjà un appel à la politique jurisprudentielle du juge. En raisonnant comme s'il était législateur, le juge reconnaît précisément, par hypothèse, sa vocation à se substituer à la loi, défailante ou lacunaire.

12.- Cela ne signifie pas qu'il y ait nécessairement conflit entre la jurisprudence et la loi : toute la palette des relations entre pouvoirs distincts peut ici s'exprimer. La politique jurisprudentielle peut conforter, prolonger, suppléer harmonieusement à la politique législative. Elle peut également prendre appui sur la loi tout comme, en sens inverse, la politique législative prend appui, cette fois naturellement, sur la jurisprudence. L'arrêt Desmares en fut une illustration, manifestation d'une politique jurisprudentielle appelant l'intervention législative, qui viendra par la loi sur les accidents de la circulation.

Mais c'est évidemment lorsque la politique jurisprudentielle heurte celle de la loi que la mise en cause de la légitimité de la jurisprudence trouve un terrain d'élection. Dans ces deux sources de politiques juridiques qui s'opposent, pour des raisons politiques, sociales, économiques, la tradition française désavoue la jurisprudence, illégitime puisque issue de

volontés qui n'incarnent pas la volonté générale. Le désaveu législatif sonne alors la sanction de la politique jurisprudentielle. L'affaire Perruche traduit mieux que toute autre illustration le conflit de pouvoirs qu'entraîne l'opposition des politiques suivies.

13.- La tentation serait alors de désavouer toute politique jurisprudentielle au prétexte qu'elle traduirait nécessairement une usurpation de pouvoir dans un système constitutionnel qui vit sous l'emprise officielle du légalisme.

Discutant « de quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », le doyen Aubert put ainsi rappeler que notre système ne consacre qu'une « simple autorité judiciaire », notre culture ne faisant pas droit à un juge « érigé en complément, en concurrent, voire en substitut, du législateur, pour l'élaboration de l'ordre juridique »⁸. Pour autant, les politiques jurisprudentielles ne sont jamais rien d'autre, quand bien même il n'y aurait pas création de droit, que la marque d'une emprise du juge sur l'ordre social. L'impossibilité constitutionnelle ne peut empêcher la réalité de prévaloir. Ne vaut-il pas mieux, dès lors, mettre en place les conditions d'une acceptation de ces politiques jurisprudentielles ?

14.- 2°).- Au regard de la jurisprudence et de sa place dans notre système juridique, l'affirmation d'un besoin de politiques jurisprudentielles semblera relever de l'évidence. Elles favorisent, on l'a déjà évoqué, l'accessibilité et l'intelligibilité du droit.

S'il en est ainsi, c'est parce que toute politique jurisprudentielle a vocation à relier entre elles les décisions passées et les décisions futures. Elle assure donc la prévisibilité du droit jurisprudentiel alors même que notre système ne reconnaît pas l'existence, la cohérence et la constance de la jurisprudence. En quelque sorte, la politique jurisprudentielle supplée à l'absence d'autorité du précédent, puisqu'elle opère en soubassement, source réelle de la jurisprudence. Au reste, elle n'exige pas davantage l'arrêt de règlement, puisqu'elle trace une voie sans contraindre. Différemment, la politique jurisprudentielle implique la jurisprudence constante⁹.

Elle est donc une aspiration à l'unité, puisqu'elle prétend mettre en ordre rangé des décisions censées tendre vers un même but, sans pour autant imposer.

15.- Il suffirait d'ailleurs, pour assurer d'un tel besoin, de s'attarder sur les contre-exemples qui ne manquent pas, toutes ces hypothèses d'absence de politique jurisprudentielle, qui ne sont jamais que les manifestations de jurisprudences sans lien entre elles, arrêts qui ne s'assemblent pas et restent sans fil directeur et sans pensée commune... Dans de telles hypothèses, le mot de jurisprudence est usurpé.

De façon pathologique, l'existence d'une jurisprudence décousue, faite de décisions contradictoires entre elles, sans cohérence d'ensemble puisque opposées dans leurs contenus comme dans leurs finalités, en porte la trace. L'une des plus notables illustrations pourrait être trouvée dans la succession de décisions portant sur l'abus de fonction du préposé, dans le contexte de la responsabilité du commettant. Sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5, ce ne

⁸. J.-L. Aubert, « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 7 et s.

⁹. Ce qui ne signifie pas permanente : il peut donc y avoir, c'est une évidence, des changements de politique jurisprudentielle.

sont pas moins de cinq décisions de la plus haute formation de la Cour de cassation qui ont été rendues en moins de trente ans, sans que l'on ne parvienne jamais à savoir quelle position de fond était finalement prise par la Cour de cassation. C'est d'ailleurs précisément l'absence de politique jurisprudentielle que les auteurs ont pu déplorer : il faut choisir, a-t-il été martelé, entre une protection de la victime qui requiert l'engagement systématique de la responsabilité du commettant et l'allégement de la situation du commettant, qui requiert l'éviction de l'article 1384 alinéa 5. Et n'est-ce pas toujours une absence de politique juridique – ou plus exactement une politique juridique mal maîtrisée – que manifeste, toujours dans le même domaine, la succession des arrêts Costedoat, Cousin, puis ceux qui ont suivi, qui conduisent la jurisprudence, loin de la ligne droite, aux arabesques que l'on sait : absence de responsabilité personnelle du préposé dans l'exercice de sa mission ; responsabilité tout de même en cas de faute constituant une infraction pénale ayant entraîné la condamnation du préposé, puis encore responsabilité du préposé, dès lors qu'il peut être considéré comme indépendant...

Arabesques ou dents de scie, sont d'ailleurs les figures géométriques révélatrices d'une absence de politique jurisprudentielle. C'est le constat que fit le doyen Lerebours-Pigeonnière, il y a un demi-siècle, à propos de la jurisprudence relative à la condition de la loi étrangère en droit français : « la jurisprudence avance en dents de scie », appréciation reprise il y a encore peu pour caractériser le fait que la Haute juridiction ait estimé longtemps que la règle de conflit de lois présentait pour le juge français un caractère facultatif lorsqu'elle désignait une loi étrangère avant de revenir à la solution contraire, pour revenir ensuite, en deux temps, à une solution proche de la position initiale¹⁰. Sur ce thème, à chaque édition des grands arrêts du droit international privé, sa nouvelle décision, en contradiction avec la précédente¹¹.

16.- Mais l'absence de politique jurisprudentielle n'est pas toujours synonyme de pathologie de la jurisprudence. Elle se manifeste également en cas d'absence de position de principe. La jurisprudence d'espèce, sans dogme ni préjugé, est en effet à l'opposé de la politique jurisprudentielle, qui appelle le contrôle et donc la position de droit.

A ce titre, l'absence de politique jurisprudentielle peut être voulue, dès lors que le juge est désireux de ne pas se lier pour l'avenir. Toute politique jurisprudentielle, en ce qu'elle est nécessairement volontariste, est dans le même temps une contrainte, qui exige que la question à traiter soit dominée et orientée.

On pourrait d'ailleurs montrer la difficulté de parvenir à l'équilibre à travers le droit du licenciement et précisément le contrôle de la cause réelle et sérieuse de licenciement. On sait combien la jurisprudence a évolué sur le point de savoir s'il fallait en admettre le contrôle. Comme il l'a été relevé, en des termes qui témoignent de toute la difficulté de choisir la mise en place d'une politique jurisprudentielle, « ce contrôle de la cause réelle et sérieuse des licenciements pour motif économique place les juges devant une redoutable difficulté ; le contrôle doit être effectif sinon les licenciements économiques deviendraient arbitraires ; mais le contrôle ne peut être strict au point de retirer aux chefs d'entreprise le droit de choisir entre plusieurs décisions celle qui est la mieux adaptée à la santé économique de l'entreprise. La Cour de cassation a su élaborer au cours de ces dernières années un système de contrôle permettant de sanctionner les licenciements économiques arbitraires sans mettre en péril le pouvoir de direction des chefs d'entreprise. Elle l'a fait en évitant d'utiliser des formules abstraites et générales, privilégiant au contraire des contrôles multiples sur des points

¹⁰. GADIP, n°74-78/2, p. 691.

¹¹. Le constat est effectué par les auteurs, B. Ancel et Y. Lequette, dans la 5^e édition, 2006.

précis »¹². Un tel satisfecit doctrinal doit d'ailleurs être souligné, qui conduit à envisager le besoin de politique jurisprudentielle au regard des exigences de la doctrine.

17.- 3°).- Parce que l'activité doctrinale consiste pour une partie essentielle à systématiser des solutions, toute doctrine est une invitation à la politique jurisprudentielle. L'absence de politique jurisprudentielle est, en effet, le plus souvent blâmée, même par ceux qui dénie au juge le pouvoir de faire œuvre créatrice. La casuistique signe le désordre, là où la politique jurisprudentielle semble affermir l'ordre du droit. Toutefois, la relation entre doctrine et jurisprudence peut, sous cet aspect, être source de deux types de d'incompréhensions.

18.- Une première difficulté porte sur le spectre que doit posséder une politique jurisprudentielle : doit-on regarder grossièrement un domaine du droit pour y chercher une ligne directrice ou bien faut-il descendre dans le détail des questions qu'il recouvre ? Ainsi, conviendrait-il de pouvoir dégager de l'ensemble du contentieux du droit de la responsabilité une politique jurisprudentielle globale, qui coifferait tous les domaines et sous-domaines visés ? Que la Cour de cassation choisisse la protection de la victime dans les hypothèses d'accidents de la circulation et que, pour ce faire, elle opte pour une conception extrêmement stricte de la faute inexcusable, justifie-t-il qu'elle suive un même penchant pour déterminer si une personne atteinte de sclérose en plaques doit pouvoir obtenir indemnisation du fabricant de vaccin contre l'hépatite B, alors qu'il n'est pas avéré, de façon certaine, que le vaccin est à l'origine de sa maladie ? Doit-on escompter une même faveur pour la victime en dépit de la disparité des fondements en cause - droit de la vente, produits défectueux, garde de la chose : tous ces fondements divers, nul ne l'ignore, peuvent contribuer à l'indemnisation de victimes de produits ou de choses dommageables, sans faute, et permettre ainsi une même attitude face à des risques sociaux comparables. Au fond, la requête d'une politique jurisprudentielle est une incitation à l'analogie, puisqu'il s'agit de déterminer si un même souffle doit guider des questions distinctes sur une voie semblable. Entre doctrine et jurisprudence, la première source d'incompréhension provient alors de la difficulté à délimiter le champ des politiques jurisprudentielles.

19.- La seconde source d'incompréhension se manifeste lorsque la doctrine croit découvrir derrière certaines solutions l'existence d'une politique jurisprudentielle, là où ne se manifestent que des solutions disparates. Le désaccord n'est pas nécessairement fortuit : une tendance doctrinale bien connue consiste précisément à inscrire les solutions dans un mouvement d'ensemble, manière de le faire advenir. Du bon usage doctrinal des politiques jurisprudentielles...

« Politique jurisprudentielle : absence, incohérence ou non-dit ? » : c'est sous cet intitulé qu'un auteur a commenté un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 6 mai 2002 ayant jugé que « le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion »¹³. En l'espèce, sous prétexte de restructurer son réseau, un concédant avait négocié avec un tiers la reprise de la succursale de son concessionnaire, avec une extension du territoire concédé en exclusivité, avant de résilier le contrat de concession. A un premier niveau d'analyse, on put aisément comparer cette solution avec d'autres, favorables au concessionnaire. Ainsi avec celle de la Chambre commerciale du 15 janvier 2002, à l'issue de laquelle un importateur exclusif de véhicules, réalisant des bénéfices et distribuant des dividendes, fut considéré comme ayant abusé de son droit de fixer unilatéralement les conditions de vente en imposant des sacrifices à son

¹². G. Lyon-Caen, J. Péliissier, A. Supiot, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 19^e éd., 1998, p. 485.

¹³. J.-P. Chazal, *R.D.C.*, oct. 2003, p. 34

cessionnaire, lequel devait faire face à un effondrement du marché de l'automobile mettant en péril la poursuite de son activité. Ou encore avec une autre de la Chambre sociale du 11 juin 2002 ayant jugé que « le changement de concessionnaire exclusif entraîne le transfert d'une entité économique », de telle sorte que l'article L. 122-12 du code du travail devait s'appliquer. On en déduisit que « c'est la preuve qu'un transfert de valeur a eu lieu. Plus précisément, c'est une véritable entreprise qu'il a récupérée à l'occasion de la résiliation du contrat de concession au détriment du concessionnaire en place et de la conclusion d'un nouveau contrat à son profit. Cette solution est inconciliable avec celle retenue par la Chambre commerciale dans l'arrêt du 6 mai 2002. Certes, poursuit l'auteur, d'un point de vue technique, ces deux décisions ne sont pas comparables, chacune mettant en œuvre des règles ressortissant à des disciplines distinctes obéissant à des logiques propres. Toutefois, cette objection ne porte pas si l'on place le débat au niveau de la politique jurisprudentielle, qui, à la lumière de ces deux arrêts se révèle hétérogène dans l'appréhension du contrat de concession : simple lien conventionnel entre deux parties pour la Chambre commerciale, entité économique autonome pour la Chambre sociale ».

A un second niveau d'analyse, l'arrêt devait être mis en relation avec nombre de décisions contribuant à la réalisation du solidarisme contractuel : « le solidarisme contractuel a du plomb dans l'aile » pouvait-on en déduire.

20.- L'illustration est symptomatique, qui marque la tendance de la doctrine à relier les décisions les unes aux autres pour y découvrir une politique d'ensemble ou pour déplorer son absence. L'analogie de jurisprudences... Cette facette de l'activité doctrinale est toutefois parfois source d'incompréhension entre auteurs et magistrats. A ce titre, s'intéressant à la nouvelle crise du contrat, un autre auteur a lui-aussi, dans le même sens, déploré, « l'absence de politique jurisprudentielle », étudiant les arrêts sur le prix pour déterminer si l'on pouvait y voir la preuve d'un certain libéralisme ou au contraire une doctrine plus sociale, les comparant à ceux rendus en matière d'obligation précontractuelle d'information, citant la jurisprudence sur la réticence dolosive avant de s'en référer à l'arrêt *Baldus* qui refusa de mettre à la charge de l'acheteur de photographies une obligation d'information au profit du vendeur, qui les lui avait cédées pour 1000 francs, alors que l'acheteur les revendit par la suite 26 000 francs, citant *Chronopost* aux côtés de *Huard* (obligation de renégociation), invoquant l'arrêt sur les cassettes-vidéo du 31 juillet 1996 ayant retenu une conception subjective de la cause... pour conclure qu'il est « difficile de parler de politique jurisprudentielle »¹⁴. Mais en riposte, la Cour fera valoir que le solidarisme contractuel n'est pas une politique jurisprudentielle, incitant à n'y voir qu'un souhait doctrinal et non une réalité prétorienne¹⁵. Des arrêts aussi dissemblables doivent-ils être lus de sorte à y trouver une politique qui fasse le lien entre eux ? Sous cet aspect, il reste que la doctrine est bien souvent la source même de politiques jurisprudentielles.

21.- De ces premiers développements, il résulte donc que la politique jurisprudentielle est un besoin, mais un besoin toujours discuté, source de conflits, de controverses, de dissensions. Là est précisément, l'ambivalence même de la politique jurisprudentielle. Dans cette perspective, l'essentiel est d'en comprendre les mécanismes ; aussi, il convient désormais de réfléchir à leur construction.

¹⁴. Ch. Jamin, « Quelle nouvelle crise du contrat ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Ch. Jamin et D. Mazeaud dir., Dalloz, 2003, p. 7 et s., spéc. p. 21 et s.

¹⁵. Comp., M. Cédras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », Rapport de la Cour de cassation 2003, La documentation française 2004, p. 215 et s.

II.- La construction des politiques jurisprudentielles

22.- Si l'on admet de ne plus mettre en doute la légitimité, sinon la nécessité, des politiques jurisprudentielles, la question principale portera alors sur la manière de favoriser leur avènement. Sur ce point, la réflexion sur la construction des politiques jurisprudentielles implique d'en comprendre les ressorts, les facteurs comme les obstacles.

A ce titre, toute politique jurisprudentielle passe par une phase d'élaboration (A) et par une phase de diffusion (B). L'une et l'autre doivent être réussies pour lui permettre d'exister concrètement.

A.- L'élaboration

23.- On ne saurait tenter de mettre à jour un petit guide-âne destiné à exposer les modes d'élaboration des politiques jurisprudentielles. Celles-ci n'existent d'ailleurs jamais que de façon informelle : elles sont le fruit de facteurs divers qui concourent à leur développement. Aussi, il convient de saisir ces facteurs, qui relèvent de l'organisation même de la Cour de cassation mais aussi du fond des décisions.

24.- 1°).- Lorsque l'on songe aux données qui font obstacle à l'élaboration des politiques jurisprudentielles, ce sont généralement des questions d'organisation interne de la Cour de cassation qui se trouvent en cause. Toute politique jurisprudentielle appelle l'unité et donc un dialogue entre les chambres qui statuent sur des questions identiques ou voisines, une réflexion sur le rôle des différentes formations, qu'il s'agisse des formations restreintes ou de l'Assemblée plénière et plus généralement, une recherche de cohérence.

Sous cet aspect, on sait combien les divergences de jurisprudence trouvent un terrain dans la diversité des formations appelées à statuer sur un même problème. Le risque de discordance est lié à la multiplication des formations de jugement, qui sont autant de sources de différences dans l'interprétation de la règle et dans les choix de fond. Il n'est pas douteux que la division en chambres engendre des divergences, au point que l'on a pu affirmer qu'il existait non pas une mais six cours de cassation. A quoi s'ajoutent les formations internes aux différentes chambres... C'est la raison pour laquelle il est évident que les risques d'incohérence dans l'élaboration de la jurisprudence rendent nécessaire l'instauration de mécanismes correcteurs¹⁶ : du classement des pourvois à l'aide à la décision - à laquelle un temps put contribuer le service de documentation et d'études - ou encore de la sélection des affaires à l'amélioration des techniques de connaissance de la jurisprudence par les magistrats eux-mêmes, nombre de voies ont été ou sont encore explorées.

La période récente est ici marquée par de nouvelles orientations précisément destinées à favoriser l'essor des politiques jurisprudentielles. Ainsi en est-il de l'attention portée au travail de sélection des affaires, en vue de mettre en exergue celles qui doivent faire l'objet d'un traitement approfondi. Dans ce renforcement de la sélection, se manifeste la volonté de

¹⁶. V. G. Canivet, « L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ? », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p. 3, spéc. p. 10 et s.

mettre en avant des « affaires test » qui pourront initier la jurisprudence, en configurer les contours et, par suite, servir d'étendard à une politique jurisprudentielle.

Sur cette voie, la Cour de cassation entend faire porter son effort sur la définition de méthodes d'étude approfondie de certaines affaires, afin de pouvoir isoler les affaires importantes – qui relèvent de questions de sociétés, de problèmes sociaux ou économiques nouveaux, qui portent sur les questions d'interprétation de lois nouvelles ou ont trait à des difficultés fréquemment posées aux juges du fond. Dans ces hypothèses, la Cour souhaite donner le la, par l'élaboration de politiques jurisprudentielles de nature à régler les difficultés. Pour cette raison, il apparaît primordial qu'elle dispose des moyens de traiter en profondeur les affaires qui l'exigent. On comprend ici que, progressivement, la Cour de cassation entend revenir à sa mission première, pour ne plus être en charge d'un contentieux de masse et porter attention, de façon approfondie, aux questions essentielles, celles précisément qui appellent l'élaboration d'une politique jurisprudentielle. Libérer la Cour de cassation d'une logique productiviste pour faire droit à sa nature unificatrice.

25.- Dans cette perspective, la Cour de cassation entend développer les mécanismes par lesquels se révèlent et s'observent les discordances de jurisprudence. Le développement de politiques jurisprudentielles implique la recherche de l'homogénéité du discours jurisprudentiel, la quête de l'unité et, par conséquent, la chasse aux divergences. Parquet général ou encore service de documentation et d'études participent à une veille juridique qui y contribue. Ce dernier service procède d'ailleurs à des études systématiques des divergences, supposées ou réelles, notamment à partir de leur repérage doctrinal.

En outre, parce qu'elle est le reflet des politiques jurisprudentielles, la jurisprudence des cours d'appel tient désormais une place essentielle dans les mécanismes de prise de décision de la Cour de cassation. Ainsi, depuis le début de l'année 2004, la Cour de cassation est chargée de la diffusion de la jurisprudence des cours d'appel. Elle a, à ce titre, constitué un pôle national de diffusion de la jurisprudence judiciaire.

Enfin, il convient d'insister sur le rôle croissant des avis de la Cour de cassation. Sans doute faut-il préciser que le recours aux avis régis par les articles L. 151-1 et s. du Code de l'organisation judiciaire et 1031-1 du nouveau Code de procédure civile reste exceptionnel, les juges du fond n'ayant guère pris l'habitude de saisir la Cour de cassation de telles demandes. Aussi, la Cour a-t-elle mis en place une procédure informelle d'avis « spontanés » dans le cadre de sa mission d'uniformisation et d'application de la loi. Ainsi, sous l'égide du service de documentation et d'études, a été mise en place une procédure de réponse aux questions des magistrats professionnels et juges consulaires en charge du contentieux de la sauvegarde des entreprises. Sans doute, les réponses n'engagent-elles pas la Cour de cassation et n'excluent pas même le recours à la procédure d'avis « officielle », le cas échéant. Mais en s'exprimant sans statuer, la Cour entend sans nul doute renforcer sa vocation à maîtriser les solutions rendues par les juges du fond.

26.- 2°).- Reste le fond, qui est le cœur de toute politique jurisprudentielle. Une politique construite exige de pouvoir justement évaluer la situation à régir. Les choix, qu'ils soient politiques, éthiques, économiques, sociaux, doivent être, on l'a déjà souligné, éclairés.

Or, sous cet aspect, on ne saurait minorer la situation particulière dans laquelle se trouve le juge.

27.- D'une part en effet, les informations nécessaires à ses choix font souvent défaut. La Cour de cassation n'est pas le Parlement et ne dispose pas de travaux effectués en commissions spécialisées. Elle ne connaît pas de débat public ou scientifique qui précède la prise de décision et permette de mesurer la solution. L'obstacle ne saurait être négligé. Concrètement, parce que les situations doivent être comprises, ce qui requiert bien souvent des avis autres que juridiques. Mais aussi, parce que l'orientation retenue intéresse bien d'autres plaideurs que les seules parties au litige. L'impossibilité même d'évaluer les politiques jurisprudentielles vient nuire à leur élaboration. La technique des petits pas, qui est au fond à la jurisprudence ce que l'expérimentation est à la loi, est évidemment d'un secours insuffisant.

Sans doute pourra-t-on trouver ici la trace de l'infériorité de la jurisprudence sur la loi et, par voie de conséquence, celle de l'illégitimité de la politique jurisprudentielle par rapport à la politique législative. Mais, arguant du fait que la décision sera prise et qu'il la vaut mieux éclairée et justifiée, divers mécanismes doivent être envisagés pour y remédier. Sauf à prendre le risque de politiques jurisprudentielles hasardeuses, des moyens d'investigation sont en effet nécessaires. Ils conduisent à s'interroger sur la mise en place d'une procédure d'élaboration des choix prétoriens.

Ainsi, du recours à l'*amicus curiae*, auquel la Cour a pu, occasionnellement, avoir recours, justifiant l'initiative précisément par la nécessité d'obtenir un éclairage sur des domaines qui débordent le juridique. Ainsi, à propos de l'application de l'incrimination d'homicide involontaire à un enfant à naître, a-t-on pu écrire¹⁷ :

« Ces difficultés sont d'ordre non seulement juridique, mais également, médical, sociologique, éthique et philosophique à travers en particulier la définition de la personne humaine et celle du commencement de la vie. Elles soulèvent également des interrogations de politique criminelle, notamment quant à l'intention du législateur et à la cohérence du dispositif légal en vigueur. Ces difficultés ne sont d'ailleurs pas surprenantes car ce qui est en jeu est, depuis toujours, au cœur d'une préoccupation consubstantielle à l'humanité, à savoir sa perpétuation à travers les relations de l'homme et de la femme.

C'est en raison de ces difficultés et des différents paramètres à prendre en considération que dans l'instruction de ce pourvoi, il a été décidé, d'un commun accord avec l'avocat général, [...] de demander l'avis, d'une part, de l'Académie de médecine, d'autre part de personnalités, parmi lesquelles ont bien voulu répondre le doyen Carbonnier, Mme Delmas-Marty, Mme Danielle Mayer, M. Jean Michaud. [...]

Nous avons également demandé au service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice de communiquer des éléments d'information de droit comparé... »¹⁸.

Mais les interventions d'*amicus curiae* ne sont pas sans soulever de difficultés, notamment en raison de l'absence de disposition expresse les justifiant. Pour cette raison, la Cour de cassation est sans doute davantage tentée par la possibilité, dans les affaires qui le justifient, de laisser au Parquet la tâche de rendre compte des données nécessaires à la décision. Précisément, les avocats généraux ont pris l'habitude d'interroger les grands acteurs

¹⁷. P. Sargos, rapport sur Ass. plén., 29 juin 2001, Bull. A.P., 2001, n°8, p. 19.

¹⁸. On soulignera que le droit comparé est devenu une priorité, que manifestent les accords entre la Cour de cassation et celles des universités sollicitées qui ont bien voulu lui apporter leur concours.

concernés, - ministères, syndicats professionnels, associations - pour les consulter sur les enjeux des solutions possibles. Une telle recherche n'est évidemment pas secrète, puisqu'elle donne lieu à production de notes et mémoires portés aux débats au cours d'une séance d'instruction, tenue avec le rapporteur et les parties. Ces documents sont annexés à l'avis de l'avocat général. Puisqu'il soutient le point de vue de l'intérêt général, l'avocat général peut fonder son analyse sur diverses consultations ou sur des informations obtenues de diverses sources dès lors qu'il en indique la provenance et le contenu. La méthode reste toutefois encore à préciser.

Au reste, il apparaît bien que l'avenir est à une procéduralisation des choix jurisprudentiels, qui permettent de faire du droit jurisprudentiel un droit délibéré, condition indispensable à sa légitimité en même temps qu'à son efficacité. A ce titre, la tentation d'ouvrir le prétoire pour permettre aux intérêts en cause dans les décisions de principe de s'exprimer est évidente.

28.- Il faut ajouter, d'autre part, que le juge doit pouvoir évaluer les effets de ses décisions. Les risques d'effets pervers ne sont pas l'apanage du législateur. Ainsi, nombre de politiques jurisprudentielles échouent parce qu'elles recèlent des effets non désirés. On se souvient ici de la jurisprudence sur la détermination du prix, dénoncée parce que anti-compétitive mais également parce qu'elle favorisait les comportements de mauvaise foi de la part de distributeurs profitant de la protection qui leur était offerte pour se délier de leurs propres obligations.

B.- La diffusion

29.- La diffusion des politiques jurisprudentielles est au fond un élément de leur existence. Sans diffusion, pas de politique possible, puisque le message délivré serait condamné dans l'œuf à n'être pas entendu. Une politique jurisprudentielle n'existe que si elle est reçue et admise¹⁹. Au reste, la recherche d'unité et de cohérence, indispensable à toute politique jurisprudentielle, implique à son tour la connaissance aussi bien que la compréhension du message jurisprudentiel.

A ce titre, un travail de rationalisation *ex post* des décisions est nécessaire. Les techniques sont nombreuses, du titrage des arrêts à leur sommaire, en passant par leur classement..., elles servent à la hiérarchisation de la jurisprudence²⁰. Parmi celles-ci, le *rapport annuel de la Cour de cassation* contribue sans nul doute à mettre au jour l'existence des politiques jurisprudentielles de la Cour de cassation, par explication des choix. D'ailleurs, le fait que le Rapport, dans sa partie spéciale, porte désormais sur un thème unique devrait conduire à la promotion de politiques jurisprudentielles sur les questions traitées.

Là ne s'arrête pas la mise au jour des choix prétoriens. La publication des rapports, avis et mémoires constitue ici un apport évident, qui présente le double intérêt de fournir une explicitation du message comme de ses ressorts et, dans le même temps, d'inciter les magistrats à formaliser les choix et raisonnements suivis.

¹⁹. V. E. Lesueur de Givry, « La diffusion de la jurisprudence, mission de service public », Rapport de la Cour de cassation 2003, La documentation française 2004, p. 269, spéc. p. 277.

²⁰. V. M.-A. Trapet, « Les tables analytiques des arrêts de la Cour de cassation », Rapport de la Cour de cassation 2002, La Documentation française, p. 281 ; aj. X. Henry, « La jurisprudence accessible. Mégacode civil : théorie d'une pratique », RRJ, 1999-3, p.

30.- Dans cette volonté de la Cour de cassation de mettre à jour ses politiques jurisprudentielles, en quelque sorte de publiciser sa jurisprudence en l'éclairant de ses « travaux préparatoires », l'informatique pourrait venir jouer les trouble-fêtes. La diffusion systématique des arrêts sur des bases de données qui sont réfractaires à la hiérarchisation vient directement brouiller les politiques jurisprudentielles, laissant ressortir des décisions qui semblent se contredire et qu'il n'apparaît pas possible d'agencer. Le brouillage du message provient de la surinformation et d'une impossible maîtrise des données. La remarque semblera peut-être bien secondaire, comparée aux enjeux que soulève l'aménagement des politiques jurisprudentielles : enjeux institutionnels, pour la Cour de cassation, incitée à devenir sélective et donc élitiste ; enjeux substantiels, pour la jurisprudence, appelée à conquérir une place que la tradition juridique française lui conteste ; enjeux systémiques, si l'on admet que le système juridique, sa sécurité, sa qualité, sont en jeu dans les aspirations de la jurisprudence.