

Directeur honoraire
Jacques Ghestin
Professeur émérite
de l'Université Paris I
Panthéon-Sorbonne

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 635

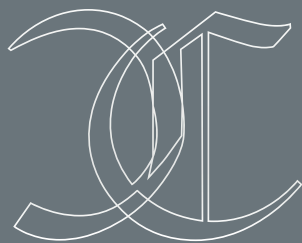
Dirigée par
Guillaume Wicker
Professeur
à l'Université
de Bordeaux

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

Guillaume Leroy

Préface de Frédéric Rouvière



Prix de thèse de la Cour de cassation 2022

Lauréat du prix de thèse d'Aix-Marseille Université 2021

Accessit du prix de thèse Joinet 2021

LGDJ

un savoir-faire de
lextenso

Directeur honoraire
Jacques Ghestin
Professeur émérite
de l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 635

Dirigée par
Guillaume Wicker
Professeur
à l'Université
de Bordeaux

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

Guillaume Leroy

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris-Panthéon-Assas

*Préface de
Frédéric Rouvière*

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Prix de thèse de la Cour de cassation 2022

Lauréat du prix de thèse d'Aix-Marseille Université 2021

Accessit du prix de thèse Joinet 2021

*Bibliothèque de droit privé fondée par Henry Solus
Professeur honoraire à la Faculté de droit
et des sciences économiques de Paris*

LGDJ un savoir-faire de
lextenso



© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275118055
ISSN : 0520-0261
Collection : Thèses

À mon grand-père

PRÉFACE

Au-delà de l'opposition classique entre les pays de droit écrit et de *common law*, la thèse de M. Guillaume Leroy révèle que le précédent est un argument omniprésent en droit français. Son rôle est même cardinal dans la pratique du juge de cassation, en droit privé comme en droit public, car il contraint l'exercice de son pouvoir. Mieux : il encadre et structure sa politique jurisprudentielle. Ces conclusions d'apparence contre-intuitive au regard des enseignements classiques du droit comparé ne sont pourtant que l'une des qualités d'une thèse qui est, à bien des égards, proprement exceptionnelle.

La thèse est d'abord exceptionnelle par le choix d'exploiter une littérature rarement étudiée pour elle-même, à savoir les avis de l'avocat général à la Cour de cassation et les conclusions du rapporteur public au Conseil d'État, son homologue et son vis-à-vis dans l'ordre administratif. Leur diffusion par les hautes juridictions a rendu possible l'analyse et le dépouillement minutieux de l'argumentation de trois-cent-soixante rapports. Pour le reste, M. Guillaume Leroy a pu les obtenir sur le terrain grâce à la collaboration de cabinets d'avocats aux Conseils. On doit ainsi se féliciter et saluer cette coopération en bonne intelligence entre la pratique et l'Université.

La thèse est encore exceptionnelle par la rigueur de la méthode utilisée. Choisisant de se concentrer sur le XXI^e siècle, de l'an deux mille aux années deux mille vingt, M. Guillaume Leroy a mis en œuvre une méthode des « quotas », approche qualitative qui permet de prendre des exemples dans toutes les chambres et formations des deux juridictions. De l'assemblée plénière de la Cour de cassation à ses formations restreintes, de l'assemblée du contentieux aux arrêts de section (désormais « chambres ») et de sous-section du Conseil d'État, toute la palette des arrêts, mineurs comme majeurs, est passée au crible. De la sorte, M. Guillaume Leroy évite les biais cognitifs qui seraient issus d'une surreprésentation des formations les plus solennelles ou d'une surreprésentation des arrêts publiés. Cette démarche par récurrence permet la généralisation des analyses. En effet, l'échantillonnage qualitatif tend à l'objectivité et, pour tout dire, à la scientificité.

La thèse est ensuite exceptionnelle par son approche comparative. Il est rare, pour ne pas dire rarissime, qu'un jeune chercheur doctoral navigue avec autant d'aisance entre le droit privé et le droit public. Cette qualité est d'autant plus remarquable qu'absolument aucune matière de droit public ou privé n'est oubliée : le droit civil, commercial, criminel, social se conjuguent avec le recours pour excès de pouvoir et le plein contentieux. C'est peu de dire qu'il faut une culture juridique de très grande ampleur et un esprit juridique particulièrement affûté pour se mouvoir d'un domaine à l'autre, d'une branche à l'autre et finalement arpenter toutes les terres du droit français.

La thèse est également exceptionnelle par son résultat empirique. Celui-ci ne peut, en effet, laisser indifférent. Le précédent est invoqué dans près de quatre-vingt-dix-huit pour cent des avis des avocats généraux à la Cour de cassation et des rapports des rapporteurs publics au Conseil d'État. Les plus malicieux se demanderont ce que couvrent les deux pour cent restants ? Ils concernent les pourvois pour dénaturation, précisément les seuls cas où l'argumentation se fonde en priorité sur les règles de grammaire et se limite donc à la singularité de l'espèce. Autrement, le précédent est un véritable principe de raisonnement qui structure durablement la pensée du juriste. La thèse de M. Guillaume Leroy en administre une remarquable preuve empirique. Mais ce n'est pas tout.

La thèse est aussi exceptionnelle par les analyses menées au fond. Le voile est levé sur la formation de la jurisprudence. Le paradigme habituel est renversé : il ne s'agit plus de voir le résultat, la norme produite, mais plutôt le processus intellectuel, à savoir l'argumentation déployée. Depuis le début du XX^e siècle, la théorie des sources du droit a été exploitée, surexploitée même au point que les meilleurs esprits continuent de gloser sur la jurisprudence comme « une source du droit qui n'est pas vraiment une, mais qui en est tout de même une »... M. Guillaume Leroy nous tire de cet embarras en considérant le pouvoir du juge non plus sous l'angle normatif, mais sous l'angle argumentatif. La fécondité de cette analyse éclate à chaque page. Le précédent cristallise le savoir juridique et agit comme une contrainte dans l'exercice du pouvoir du juge. Le savoir est mis en tension avec le pouvoir. La théorie éclaire la pratique et réciproquement.

Dans cette voie, les théories dites « réalistes » qui insistent sur le pouvoir total du juge se doivent d'être sérieusement modérées, voire reconsidérées dans leurs affirmations les plus extrêmes. Car, dans la pratique, le juge tient compte du précédent pour d'évidentes raisons de cohérence, mais encore parce que le précédent est solution d'un cas. À la fois règle et modèle, il est une réelle contrainte argumentative.

Dans la seconde partie de sa thèse, M. Guillaume Leroy élabore une classification des usages judiciaires du pouvoir, ce qu'on a coutume de dénommer « la politique jurisprudentielle ». La puissance explicative de sa classification est telle qu'il est très difficile, sinon impossible, de la prendre en défaut. Son apport est considérable pour comprendre les relations entre le savoir et le pouvoir.

Qu'on en juge. L'hypothèse normale est bien celle de la *neutralisation* du pouvoir au sens propre du terme car le pouvoir est coupé de ses motifs politiques. En effet, le savoir prend le pas sur le pouvoir car le juge respecte la cohérence passée des décisions déjà prises dans les cas semblables. Ce n'est que lorsque ce passé révèle des contradictions, qu'il faut envisager une deuxième hypothèse. Cette fois, le pouvoir revient sur le devant de la scène pour exprimer une préférence et donc un choix sur la meilleure solution. Mais il est à noter que si l'usage du pouvoir est nécessaire, il s'inscrit néanmoins toujours dans une réflexion de type savant. Plus étonnante est la troisième hypothèse, celle où le pouvoir est limité par la cohérence future des solutions. La politique se trouve alors canalisée par l'anticipation que fait l'avocat général ou le rapporteur public du précédent sur les solutions futures. La lumière du savoir fait reculer l'ombre du pouvoir. Ce n'est finalement que dans la quatrième et dernière hypothèse que le pouvoir s'affirme contre le savoir et que, dans son exaltation, il renie purement et simplement le précédent. Mais l'on apprend dans les développements de la thèse que les exemples de telles situations sont en définitive si peu nombreux qu'ils font figure d'anomalie. N'est-il pas dès lors paradoxal de les prendre comme

exemples du fonctionnement du droit ? C'est bien la question que doivent se poser les théories qui politisent le droit à outrance en tenant le précédent pour quelque chose de totalement négligeable. La thèse de M. Guillaume Leroy a bien le mérite de soulever la question.

Enfin, la thèse est exceptionnelle simplement parce que l'on ne se saurait dire si elle est théorique ou pratique. L'unité est si parfaite entre ces deux aspects que toute distinction confine à une déformation. En effet, M. Guillaume Leroy a su puiser dans la littérature internationale de théorie du droit des analyses du précédent et de l'argumentation pour les mettre au service de sa propre analyse empirique. L'érudition est harmonieusement mariée avec les enjeux les plus bruts et les plus terre à terre puisque la question qui se pose est bien de savoir ce que le juge va concrètement décider dans chaque espèce.

Les éloges sur le travail de M. Guillaume Leroy ne sont certes ici que ceux de son directeur de thèse qui pourrait passer comme étant d'un tempérament trop enthousiaste. Il ne faut toutefois pas s'y tromper. La présente publication est le prolongement de l'avalanche de prix hautement prestigieux qui ont été décernés à la thèse de M. Guillaume Leroy (dont celui de la Cour de cassation en 2022) ainsi que des recensions tout aussi enthousiastes qui lui ont été consacrées dans des revues juridiques de droit privé et public de première importance. Cela ne fait que confirmer que nous sommes face à une thèse qui sort de l'ordinaire, ce qui est la définition même de l'exceptionnel.

Cet enthousiasme a aussi été partagé par le jury de soutenance qui a salué les nombreuses qualités de cette thèse. Il était composé de M^{me} la Professeure Blandine Mallet-Bricout, avocate générale en service extraordinaire à la Cour de cassation et qui a donc pu lire la thèse avec un double point de vue, de M. le Professeur Fabrice Melleray et de M^{me} la Professeure Delphine Costa qui ont apporté leurs incontournables analyses pour la part relevant du droit administratif.

Il faut encore compter avec tous les autres examinateurs postérieurs. À ce titre, nous ne résistons pas au plaisir de citer des extraits tirés des écrits des chroniqueurs de la thèse, du jury du prix de la Cour de cassation, présidé par M^{me} l'Avocate générale à la Cour de cassation Sandrine Zientara-Logeay, mais encore des discours de M. le Procureur général de la Cour de cassation François Molins, et de M. le Premier président de la Cour de cassation Christophe Soulard, prononcés lors de la remise du prix de thèse de la Cour de cassation.

Ainsi, « la thèse de M. Guillaume Leroy constitue un apport majeur aux réflexions sur le statut de la jurisprudence en droit français [avec] des résultats d'une richesse exceptionnelle ». « Il s'agit d'une œuvre de référence dont la portée dépasse de très loin les bornes d'une recherche doctorale ». Cette thèse retient l'attention « par sa remarquable qualité rédactionnelle, la pertinence de l'analyse et la justesse de la démonstration ». « La Cour de cassation salue l'excellence de [ce] travail et reconnaît l'exceptionnelle qualité de [sa] contribution au droit et à la pratique judiciaire ». « Monsieur Guillaume Leroy a marié dans sa réflexion des analyses techniques édifiantes et des observations théoriques de haut niveau ». « Les études de droit comparé proposées dans cette thèse notamment [...] sur les droits de *common law*, ajoutent à la finesse de la réflexion et suscitent indéniablement un enthousiasme particulier pour le lecteur ». Cette thèse « deviendra un ouvrage de référence pour les chercheurs et, surtout, pour les praticiens du droit » car elle contient « des analyses

très poussées et des réflexions théoriques de haute volée sur l'argumentation juridique et le raisonnement judiciaire ». C'est une « œuvre remarquable et originale qui est [...] sans précédent ! ».

Que dire de plus ? Peut-être que le directeur d'une telle thèse prolonge par cette publication le très grand plaisir intellectuel qu'il a eu à la diriger et plus encore à la lire dans une langue simple, claire, fluide et toujours élégante. Il prolonge encore le bonheur (et l'honneur) d'avoir vu M. Guillaume Leroy être recruté comme maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas ce qui n'est pas courant pour un Aixois, avouons-le. Mais le maître mot de cette préface a été suffisamment répété pour que le lecteur s'en soit imprégné. Il lui appartient désormais de découvrir cet ouvrage qui, on l'aura compris, mérite un qualificatif qui exclut toute banalité.

Frédéric ROUVIÈRE

Agrégé des facultés de droit

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

TABLE DES ABRÉVIATIONS

ACAATA	Allocation de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante
AGS	Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés
<i>AJ Contrat</i>	<i>Actualité juridique – Contrat</i>
<i>AJ Famille</i>	<i>Actualité juridique – Famille</i>
<i>AJ Pénal</i>	<i>Actualité juridique – Pénal</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique – Droit administratif</i>
<i>AJFP</i>	<i>Actualité juridique – Fonctions publiques</i>
Al.	Alinéa
<i>Arch. phil. droit</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
art.	Article
ass.	Assemblée du contentieux
ass. plén.	Assemblée plénière
<i>BICC</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
c/	Contre
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>CCC</i>	<i>Revue Contrats, concurrence, consommation</i>
CE	Conseil d'État
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>
ch.	Chambre
chron.	Chronique
Cass. civ. (1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e)	Chambre civile de la Cour de cassation
CNB	Conseil national des barreaux
CNDA	Cour nationale du droit d'asile
coll.	Collection
comm.	Commentaire
comp.	Comparer
concl.	Conclusions
<i>contra</i>	En sens contraire

Convention EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CPMI	Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre
CSS	Code de la sécurité sociale
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
dactyl.	Dactylographiée
dir.	Sous la direction de
doctr.	Doctrine
<i>Dr.fam.</i>	<i>Revue Droit de la famille</i>
<i>Droits</i>	<i>Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques</i>
éd.	Édition
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
<i>et alii</i>	et autres
fasc.	Fascicule
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>infra</i>	Ci-dessous
<i>JCP A.</i>	<i>La Semaine juridique – Administrations et Collectivités territoriales</i>
<i>JCP G.</i>	<i>La Semaine juridique – Édition générale</i>
<i>JCP N.</i>	<i>La Semaine juridique – Notariale et Immobilière</i>
<i>JCP S.</i>	<i>La Semaine juridique – Social</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
n°	Numéro
obs.	Observations
OFPRA	Office français de protection des réfugiés et des apatrides
p.	Page
PAPC	Procédure d'admission des pourvois en cassation
préc.	Précité
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUL	Presses de l'Université Laval
PULIM	Presses Universitaires de Limoges
PUPS	Sorbonne Université Presses
RAPO	Recours administratif préalable obligatoire
Rappr.	Rapprocher
<i>RD banc. fin.</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDLF</i>	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de science politique en France et à l'étranger</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et sociale</i>
<i>RDT</i>	<i>Revue de droit du travail</i>
Rec.	Recueil Lebon

<i>Rép.</i>	<i>Répertoire</i>
<i>Rép. dr. civ.</i>	<i>Répertoire Dalloz de droit civil</i>
<i>Rép. eur.</i>	<i>Répertoire Dalloz de droit européen</i>
<i>req.</i>	<i>Requête</i>
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RIEJ</i>	<i>Revue interdisciplinaire d'études juridiques</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy droit civil</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique, Droit prospectif</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD. civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>s.</i>	<i>Suivants</i>
<i>SDER</i>	<i>Service de la documentation, des études et du rapport</i>
<i>sect.</i>	<i>Section du contentieux</i>
<i>sous-sect.</i>	<i>Sous-section</i>
<i>spéc.</i>	<i>Spécialement</i>
<i>supra</i>	<i>Ci-dessus</i>
<i>T.</i>	<i>Tome</i>
<i>trad.</i>	<i>Traduction</i>
<i>v.</i>	<i>Voir</i>
<i>vol.</i>	<i>Volume</i>

SOMMAIRE

PRÉFACE	7
INTRODUCTION	17
 PARTIE I	
L'USAGE JURISPRUDENTIEL DU PRÉCÉDENT	39
Titre I : Le précédent, cristallisation des solutions jurisprudentielles	41
Chapitre 1. La fonction argumentative : la stabilité de la jurisprudence	43
Chapitre 2. La fonction constructive : l'évolution de la jurisprudence	71
Titre II : Le précédent, modèle de l'argumentation jurisprudentielle	103
Chapitre 1. La centralité de l'argument : le précédent comme contrainte	105
Chapitre 2. La systématisation de l'argument : le précédent comme savoir ..	139
 PARTIE II	
LE POIDS DU PRÉCÉDENT FACE À LA POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE	175
Titre I : Le poids rétrospectif du précédent	177
Chapitre 1. La politique neutralisée : le précédent, respect de la cohérence passée	179
Chapitre 2. La politique nécessitée : le précédent, expression de discordances passées	223
Titre II : Le poids prospectif du précédent	259
Chapitre 1. La politique canalisée : le précédent, fondement d'une cohérence future	261
Chapitre 2. La politique exaltée : le refus du précédent	299
CONCLUSION GÉNÉRALE	329

INTRODUCTION

1. De la source à l'argument. La fonction argumentative assignée au précédent est officiellement dérisoire en raison du style de motivation des arrêts et décisions des juridictions suprêmes et de la tradition légicentriste. Ceci explique vraisemblablement que les études ayant pris le précédent pour objet n'aient pas privilégié un angle méthodologique et argumentatif¹. Pourtant, la lecture des travaux préparatoires révèle la fonction essentielle du précédent dans l'argumentation². Elle justifie ainsi qu'une recherche se focalise spécifiquement sur cet argument, afin de briser le mystère qui entoure le précédent en droit français et qui résulte d'un écart sensible entre ce qui est dit et ce qui est fait réellement. À cet égard, le précédent incarne la pointe du compas permettant de tracer le cercle du savoir juridique dont les contours délimitent par contraste le pouvoir discrétionnaire du juge.

Dans cette voie, notre démarche vise à s'affranchir d'une approche spéculative³ et idéologique de la jurisprudence, excluant toute possibilité d'une étude de la pratique réelle du précédent. En effet, dès lors que le précédent est pensé par le truchement de la jurisprudence, il n'est alors vu qu'au travers de la seule question de sa normativité. Cette approche mène à une impasse bien connue : concevoir la jurisprudence comme un objet normatif se heurte systématiquement à l'obstacle en vertu duquel l'autorité normative est réservée au législateur, du moins dans un système de droit continental. Aussi, cette approche a-t-elle pour corollaire l'idée selon laquelle, sauf à faire preuve d'un « optimisme béat »⁴, il doit être admis que, dans l'hypothèse

1. T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, Chron. XVIII, p. 93 et s. ; Ch. N. FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz-Sirey, 1960, t. 1, p. 139 et s. ; J. BEL, « Le précédent judiciaire en droit privé français », *RIDC. Journées de la société de législation comparée*, 1984, vol. VI, p. 171 et s. ; G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *RIDC. Journées de la Société de législation comparée*, 1984, p. 266 et s. ; C. RICHAUD, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Institut Universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2016.

2. M. TROPER, C. GRZEGORCZYK, « Precedent in France », in N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS (dir.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate Publishing, 1997, p. 112 : « The role of precedents in the French system can be considered either very small or very important, according to whether one looks at the justificatory material that is cited or the material that is in fact used by the courts. » (Le rôle des précédents dans le système français peut être considéré comme très faible ou très important, selon que l'on considère les éléments justificatifs cités ou ceux qui sont effectivement utilisés par les juridictions.) [notre traduction].

3. Ch. ATIAS, « Jurisprudence *a contrario* », *D.* 1997, p. 297 et s., spéc. n° 1 : « Ce pourrait être un progrès d'enrichir la discussion sur la jurisprudence, en examinant les modes de traitement auxquels elle est soumise. La règle jurisprudentielle est trop souvent l'objet de réflexions fondées seulement sur des postulats relatifs à la nature du droit et de la règle ; en examinant les modalités de sa mise en œuvre, il doit être possible d'amoindrir les effets de ces prismes, voire de les corriger. ».

4. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. 2, LGDJ, 2^e éd., 1919, p. 48, n° 148.

où le juge est renvoyé à ses propres créations dans l'application du droit, il s'arroge un véritable pouvoir législatif⁵. L'enjeu de notre analyse consiste à sortir du débat sur la question de savoir si la jurisprudence est une source du droit (I) pour saisir la dynamique argumentative du précédent (II).

I. PRÉCÉDENT ET JURISPRUDENCE

2. L'appréhension doctrinale du précédent dépendante du débat sur le statut de la jurisprudence. « La jurisprudence est une source du droit, tout en ne l'étant pas, bien qu'elle le soit »⁶. Cette formule volontairement alambiquée exposée par le Professeur Philippe Malaurie illustre à elle seule l'impasse à laquelle mène le débat sur le point de savoir si la jurisprudence appartient ou non aux sources du droit. En droit français, il est traditionnellement soutenu que les sources du droit correspondent aux sources *formelles* du droit, lesquelles prennent la forme de textes. Ces sources seraient les seules aptes à générer des règles juridiques obligatoires⁷. La loi, source du droit par excellence, en est l'incarnation la plus topique. À côté des sources formelles existeraient des sources *informelles* ou *autorités*, dénuées de force créatrice du droit. Schématiquement, l'enjeu du débat consiste à vouloir classer la jurisprudence dans l'une ou l'autre des catégories : s'agit-il d'une autorité ou d'une source du droit ? Pour une partie de la doctrine, la jurisprudence ne serait *en droit* qu'une simple autorité dès lors qu'il se déduirait de l'article 5 du Code civil⁸, qui prohibe les arrêts de règlement, que les jugements et arrêts sont dénués de force obligatoire. Aussi les décisions de justice, quelles qu'elles soient, n'auraient d'effet que pour les parties, conformément au principe de l'autorité de la chose jugée et le juge n'aurait aucun pouvoir normatif⁹. Les tenants de cette position invoquent également le principe de la séparation des pouvoirs qui constituerait un obstacle constitutionnel à l'admission d'un pouvoir créateur du juge¹⁰. *A contrario*, pour d'autres auteurs¹¹, adoptant une conception « réaliste »¹², la jurisprudence constituerait une source du droit dès lors qu'*en fait*, il ne saurait raisonnablement être affirmé l'absence de pouvoir normatif de la jurisprudence. La jurisprudence conçue comme source du droit aurait même un fondement juridique dans la mesure où l'article 4 du Code civil¹³ donne obligation au juge de combler les défaillances et lacunes de la loi.

5. F. GÉNY, préc., p. 48, n° 148, v. également M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in Ch. ROUSSEAU (dir.), *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de George Scelle*, LGDJ, 1950, T. II, p. 613 et s., spéc. p. 623.

6. Ph. MALAURIE, « La jurisprudence parmi les sources du droit », *Defrénois*, n° 6, p. 476 et s.

7. F. TERRÉ, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 15^e éd., 2023, p. 405, n° 287.

8. Art. 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. ».

9. G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 13^e éd., 2007, p. 227 et s., spéc. p. 229, n° 440.

10. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, T. 2, LGDJ, 2^e éd., 1919, p. 48, n° 148.

11. V. notamment S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, 1974.

12. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 7^e éd., 2023, n° 358 ; Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction au droit*, LGDJ, 9^e éd., 2022, p. 425, n° 332.

13. Art. 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. ».

Le débat transcende la *summa divisio* entre droit public et droit privé. Bien que le caractère fondamentalement jurisprudentiel du droit administratif soit acté¹⁴, par opposition au droit civil pour lequel les règles fondamentales sont codifiées, la tension entre source du droit et autorité se retrouve paradoxalement dans la doctrine publiciste, par exemple sous la plume du Professeur René Chapus. Si ce dernier affirme d'abord sans ambiguïté que la juridiction administrative est créatrice de normes juridiques¹⁵, il concède peu après que « ni la juridiction en général ni la juridiction administrative en particulier, n'ont de place dans le système officiel des sources du droit »¹⁶.

3. Un débat alimenté par les juridictions suprêmes. La controverse qui s'inscrit dans le cadre théorique distinguant autorité de fait et autorité de droit de la jurisprudence¹⁷ est entretenue par le juge lui-même. Aux antipodes d'une conception réaliste, la Cour de cassation, confrontée à la délicate question de la rétroactivité des revirements de jurisprudence, a consacré une conception déclarative de la jurisprudence par un arrêt du 9 octobre 2001¹⁸, laissant penser que le juge ne crée pas de droit, mais se contente de découvrir un état du droit préexistant¹⁹. Elle a cependant ensuite admis dans des cas exceptionnels la possibilité de paralyser la rétroactivité d'un revirement en s'appuyant sur le droit au procès équitable tiré de l'article 6 § 1 de la Convention EDH²⁰. Or,

14. V. notamment G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *Études et documents du Conseil d'État*, 1979-1980, n° 31, p. 31 et s.

15. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 1, Montchrestien, 2011, coll. Domat Droit public, 15^e éd., 2001, p. 92-93, n° 116 : « Parce que le droit administratif n'est pas codifié (au sens où l'est le droit civil), parce qu'aucune loi n'a jamais déterminé ses notions fondamentales et ses principes dominants, il est revenu au juge administratif de se faire, à proprement parler, *jurislateur*. Sa jurisprudence a suppléé la loi d'une façon telle que le droit administratif est devenu, très exactement, un droit fondamentalement jurisprudentiel. ».

16. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 1, préc., p. 124, n° 162 : « Ni la Constitution, ni la loi ne mentionnent la possibilité d'existence de normes jurisprudentielles. ».

17. P. DEUMIER, « Jurisprudence », *Rep. dr. civ.*, 2017, n° 90.

18. Cass. 1^{re} civ., 9 octobre 2001, n° 00-14.564, publié au Bulletin : « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée » ; V. également Cass. 2^e civ., 8 juillet 2004, n° 03-14.717, publié au Bulletin : « Les exigences de sécurité juridique et la protection de la confiance légitime ne sauraient consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit. » Cette solution a été notamment reprise dans un arrêt du 12 novembre 2020 (Cass. 1^{re} civ., 12 novembre 2020, n° 19-16.964, publié au Bulletin).

19. N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier président Guy Canivet*, LexisNexis, Litec, 2005, p. 11 : « Entretenant la fiction du caractère déclaratif des décisions de justice, la Cour de cassation conteste son pouvoir créateur : elle se contenterait de déclarer le sens que les textes ont toujours eu. (...) Aussi, parce que le pouvoir créateur du juge est nié, on ne saurait envisager de reporter dans le temps l'application de la règle jurisprudentielle, faute pour cette dernière d'exister. ».

20. V. not. Cass. ass. plén., 21 décembre 2006, n° 00-20.493, publié au Bulletin : « l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge ». Aujourd'hui, en matière civile, la Cour de cassation retient que « si la jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été fait sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne, la mise en œuvre de ce principe peut affecter irrémédiablement la situation des parties ayant agi de bonne foi, en se conformant à l'état du droit applicable à la date de leur action, de sorte que le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe, entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste », Cass. 1^{re} civ., 6 avril 2016, n° 15-10.552, publié au Bulletin, Cass. 1^{re} civ., 21 septembre 2022, n° 21-50.042, publié au Bulletin. L'entorse au principe de rétroactivité de la jurisprudence demeure exceptionnelle et la modulation est décidée au cas par cas.

la possibilité même de moduler le revirement de jurisprudence dans le temps emporte reconnaissance du pouvoir créateur de la jurisprudence²¹. Ajoutons que la haute juridiction judiciaire a dédié en 2018 son étude annuelle au rôle normatif de la Cour de cassation où elle y reconnaît explicitement qu'elle est amenée à créer du droit, exerçant alors un rôle normatif²². Le Conseil d'État s'est quant à lui décidé à admettre exceptionnellement la non-rétroactivité d'un revirement de jurisprudence à partir d'une décision *Tropic Travaux* du 16 juillet 2007. La haute juridiction administrative semble, contrairement à la Cour de cassation, admettre de manière moins embarrassée la nature fictive du caractère déclaratif de la jurisprudence²³, notamment au travers d'une décision du 23 juillet 2014 où elle a reconnu la dissociation entre la loi et son interprétation par le juge²⁴. La posture du Conseil d'État au regard de la question du statut de la jurisprudence n'est toutefois pas dénuée d'ambiguïté. Concernant la possibilité pour la juridiction de citer ses propres précédents, le rapport rendu en 2012 par le groupe de travail sur la rédaction des décisions de la justice administrative avait préconisé qu'il en soit fait état dans la motivation des décisions de principe dans la mesure où ils sont susceptibles d'apporter un élément d'information utile au justiciable²⁵. La recommandation n'a pourtant pas été suivie d'effet, le vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé justifiant du refus de citer les précédents par le fait que la haute juridiction « n'entendait pas paraître reconnaître une fonction normative à sa propre jurisprudence »²⁶. Le président de la section du contentieux, Bernard Stirn, arguant quant à lui que cette pratique ne serait pas « conforme à la tradition dans laquelle s'inscrit le système juridique français »²⁷. Au contraire, la Cour de cassation, dans la continuité du rapport de la commission de réflexion sur la réforme, publié en avril 2017²⁸, lequel succédait à des expérimentations menées au travers d'arrêts « pilotes », mentionne désormais sa propre jurisprudence dans le cadre de la motivation enrichie. Le Rapport, citant les travaux de la Professeure Pascale Deumier, échappait à l'idée véhiculée devant le Conseil d'État selon laquelle l'absence d'autorité de droit du précédent lui interdit d'accéder à l'écriture de la décision²⁹, en affirmant que la citation des précédents n'implique pas qu'il

21. N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier président Guy Canivet*, préc., p. 10 et s.

22. Cour de cassation, Étude annuelle 2018, *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, site internet de la Cour de cassation, p. 23 et s.

23. V. J. ROBBE, « Le report dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle. État des lieux, perspectives. », *RFDA* 2016, p. 913 et s. ; V. également D. CASAS, conclusions sur CE, ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, N° 291545, au Recueil : « Le principe est bien sûr, que la jurisprudence fait corps avec la règle qu'elle interprète de sorte que lorsque la jurisprudence change, ce changement est réputé révéler un état de la règle qui est censé avoir toujours existé. La jurisprudence repose donc sur cette incroyable fiction, digne du "Guépard" de Visconti et Tomaso di Lampedusa, qui veut que rien ne change lorsque tout change. ».

24. CE, 1^{re} et 6^e sous-sect. réunies, 23 juillet 2014, *Société d'éditions et de protection route*, N° 354365, au Recueil.

25. Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, avril 2012, site internet du Conseil d'État, p. 30 et s., proposition n° 7.

26. J.-M. SAUVÉ, « Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la Chimère ? », 20 mai 2015, site internet du Conseil d'État.

27. B. STIRN, « Simplifier l'expression et enrichir la motivation », *ADJA* 2018, p. 382 et s., spéc. p. 385.

28. Rapport de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avril 2017, site internet de la Cour de cassation.

29. P. DEUMIER, « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *RTD civ.* 2016, p. 65 et s., spéc. p. 67.