

Institutions et Dynamiques Historiques de l'Economie (IDHE)

Tél. : 33 (0)1 47 40 68 40 - Fax : 33 (0)1 47 40 68 42

e-mail : morey@idhe.ens-cachan.fr

http://www.idhe.ens-cachan.fr

REÇU

Le - 3 OCT. 2001

Répondu le

Cachan, le 1^{er} octobre 2001

1 → GG
1 → JPS
1 → WRE
1 → BUR

Thierry Kirat

Chargé de recherche au CNRS

IDHE-Ecole normale supérieure de Cachan

61, avenue du président Wilson

94235 Cachan cedex

01 47 40 68 56 (secrétariat : 01 47 40 68 40)

ou 06 12 49 34 67

UMR 8533

Université
Paris I

Université
Paris VIII

Université
Paris X

Monsieur Jean-Paul JEAN

Directeur de la mission de recherche

"Droit et justice"

247, rue Saint-Honoré

75042 Paris cedex 01

Objet : décision de subvention n°20.03.30.02.30

Monsieur le Directeur,

La Mission de recherche "Droit et Justice" a pris la décision de soutenir le projet soumis par moi-même et des partenaires britanniques de l'Université de Cambridge, sur le thème : « Systèmes juridiques et connaissance de l'activité juridictionnelle ».

Le projet envisagé n'a malheureusement pas pu progresser au rythme et dans les modalités prévues initialement, pour des raisons qui tiennent, essentiellement, au refus de soutien du projet par le programme franco-britannique ALLIANCE et à la difficulté qui en a résulté de tenir les réunions de travail envisagées.

Néanmoins, un avancement du travail a été réalisé, mais dans un cadre différent de celui qui a été défini dans le texte du projet que je vous ai soumis en décembre 1999. Il est, ainsi, patent que le projet initial a pris un retard tel qu'il est de mon devoir de solliciter une résiliation de la convention en date du 30 mars 2001.

D'un point de vue financier, nous n'avons engagé aucune dépense sur le premier versement de la subvention.

D'un point de vue scientifique, je vous transmets ci-joint, à défaut d'un rapport final, une note consacrée à une présentation de cadrage sur le sujet : *Systèmes juridiques et activité juridictionnelle : éléments d'une comparaison entre pays de droit civil et pays de common law (avec références spéciales à la France et à l'Angleterre)*.

Après un échange téléphonique récent avec M. Georges GARIOUD, et conscients de l'intérêt de travaux de jurisprudence comparée, nous sommes dans l'espoir de conserver une possibilité de collaboration future avec la mission de recherche "Droit et Justice", vraisemblablement dans la visée de réaliser un ouvrage de référence dans ce champ.

Je vous prie de croire, Monsieur le Directeur, en mes sentiments respectueux.



Thierry Kirat

Copie à M. Georges GARIOUD, Directeur-adjoint

Nae

**SYSTEMES JURISPRUDENTIELS ET ACTIVITE JURIDICTIONNELLE :
ELEMENTS D'UNE COMPARAISON ENTRE PAYS DE DROIT CIVIL ET PAYS DE COMMON LAW
(AVEC REFERENCES SPECIALES A LA FRANCE ET A L'ANGLETERRE)**

Note à la Mission de recherche "Droit et justice"

Par

Thierry Kirat

Chargé de recherche au CNRS

IDHE-UMR n°8533 du CNRS

61, avenue du Président Wilson

94235 Cachan cedex

Septembre 2001

Introduction

La régulation jurisprudentielle est un objet de débats récurrents dans les pays de droit codifié, qui se rapportent à la résolution d'une apparente contradiction entre le caractère institutionnellement défini des tribunaux comme "autorité" vouée à l'application de la loi, et son apport créateur à la vie du droit. Ce trait, alliant prédominance du droit légiféré et caractère ancillaire du système judiciaire, est inversé dans les pays de tradition de *common law*, où le droit judiciaire est au cœur de la vie du droit et où le droit légiféré (la *statute law*) doit nécessairement être traduit par les interprétations qu'en font les tribunaux judiciaires.

Les débats sur la jurisprudence tendent, dans les pays de droit codifié, à mettre au premier plan la question de sa position au regard des sources du droit ; peu de réflexions sont consacrées à l'interrogation de Michaël Zander (1998) à propos du droit anglais, à savoir : « How precedents work ? ». Le fonctionnement de la régulation jurisprudence appelle une prise en considération des processus sociaux par lesquels des intérêts mis en jeu sur la scène judiciaire expriment un intérêt pour la règle, pour sa signification, et sa position dans une lignée de décisions de justice. Il nous apparaît, ainsi, judicieux de lire la régulation jurisprudentielle sous un prisme économique, qui la problématise également comme phénomène de coordination de la production de règles par les tribunaux (1^{ère} partie).

La perspective comparative suivie dans cette étude, entre la jurisprudence civile française et la *case law* anglaise, ne peut que mettre l'accent sur leur emboîtement dans des cadres juridiques et procéduraux au sein desquelles elles prennent une signification pratique ; la question qui émerge n'est pas tant celle de savoir si les tribunaux anglais créent davantage de droit que les tribunaux français, mais plutôt celle de l'équilibre entre la stabilité juridique et l'ouverture de registres possibles d'innovation juridique dans les stratégies judiciaires (2^{ème} partie).

1^{ère} partie – L'économie de la jurisprudence et du précédent judiciaire

La jurisprudence fait figure de parent pauvre dans le champ de l'économie du droit ; la littérature d'économie du droit développée aux Etats-Unis sur le processus jurisprudentiel de la *common law* et le précédent judiciaire (ou *stare decisis*) est relativement moins abondante que celle consacrée à d'autres objets, tels les contrats, la responsabilité civile ou pénale, ou la propriété. Ce constat peut sembler paradoxal, compte tenu de l'abondance des travaux qui touchent, d'une manière ou d'une autre, l'analyse des tribunaux et des modes juridictionnels et non juridictionnels de règlement des conflits ¹. Mais le paradoxe n'est qu'apparent ; sa solution tient à la nécessaire distinction entre le contentieux et la jurisprudence (Serverin, 1993). Le premier renvoie aux différents facteurs qui affectent les conditions dans lesquelles les conflits sont réglés par les tribunaux, à la prise de décision judiciaire dans les cours inférieures, ainsi qu'au comportement des parties quant au mode de règlement de leur différend ; la deuxième, même si elle est liée au contentieux, s'en distingue par le fait que la régulation jurisprudentielle est liée à la diffusion, hors des cas qui leur donne naissance, de précédents qui affecteront, dans l'avenir, le contenu des décisions de justice rendues dans des cas similaires. Dans cette mesure, la jurisprudence ou, dans les pays de *common law*, la *case law*, peut être analysée comme un mécanisme de coordination des décisions de justice, porteur de régularités et vecteur d'effets externes touchant les juges, les professionnels du droit (en particulier les avocats) et les justiciables eux-mêmes. L'économie de la jurisprudence diffère alors sensiblement d'un autre champ : l'analyse économique des conflits juridiques. En effet, trois traits caractérisent cette dernière : (a) elle attribue en règle générale une position relativement passive aux juges, dont la fonction s'efface derrière les comportements des parties en conflit ; (b) la décision judiciaire ne survient que dans les cas, peu nombreux, où le différend fait l'objet d'un recours au tribunal, au demeurant fréquemment considéré

¹ Ce domaine a suscité au cours de ces dernières années de nombreux travaux en France : Josselin et Marciano (1998), Harnay et Marciano (2001), Deffains (1997), Doriat-Duban (2001), Doriat et Deffains (2000), Barrère (1999), Chappe (2001).

comme sous-optimal ou peu rationnel compte tenu de l'hypothèse courante selon laquelle le règlement juridictionnel est, pour les parties, plus coûteux qu'un arrangement hors tribunal ; (c) la dimension judiciaire est fréquemment associée à une dimension de la procédure civile, relative à l'assomption des coûts du procès et des frais d'avocat (Deffains, 1997). Ces trois traits saillants permettent de faire le constat d'une certaine distance entre les problèmes traités par l'économie des conflits juridiques et par l'analyse économique de la jurisprudence. Cette dernière ne se centre pas sur les comportements des parties quant aux modes de règlement des différends, mais situe son objet en aval de ce problème, c'est-à-dire dans la création de règles par les tribunaux et la régularité des décisions de justice.

Les développements qui suivent se donnent pour objectif de dresser un tableau des différentes voies par lesquelles l'analyse économique s'empare de l'appareil juridictionnel et de la jurisprudence; nous dégagerons les principales problématiques suivies, et tacherons d'en dégager l'objet principal et les apports possibles à l'étude de la coordination des décisions des tribunaux. Nous tendrons à montrer que, d'une part, l'étude des appareils juridictionnels peut être saisie comme le produit de la rencontre d'une discipline (la micro-économie) et de dispositifs institutionnels particuliers et que, d'autre part, la jurisprudence peut être analysée comme un processus multiniveaux, porteur de ressources cognitives touchant les magistrats, les avocats, et les agents économiques, et qui définissent les contours de l'action située par rapport à des règles jurisprudentielles.

Dans un premier temps, nous établirons la distinction du contentieux et de la jurisprudence, en nous interrogeant successivement sur les raisons économiques de l'existence d'une justice institutionnelle, puis sur le contenu jurisprudentiel des modèles "canoniques" d'analyse évolutionniste du modèle américain de *common law* ; nous montrerons que la jurisprudence est un produit de la seule justice institutionnelle, et que les procédés alternatifs de règlement des disputes ne peuvent participer à la régulation jurisprudentielle. Nous ferons également apparaître l'indétermination du contenu jurisprudentiel dans les modèles évolutionnistes de *common law*.

Dans un deuxième temps, nous analyserons la jurisprudence comme un processus multiniveaux, mettant en relation la fonction de production de précédents par les tribunaux, la rationalité décisionnelle des juges vis-à-vis des précédents, et le contexte institutionnel et procédural de l'activité judiciaire. Nous ferons apparaître que les modèles d'analyse économique des précédents judiciaires et du *stare decisis* se cristallisent sur une de ces trois dimensions de la régulation jurisprudentielle.

Enfin, dans un ultime temps, nous explorerons les voies d'une analyse de la jurisprudence comme produit de l'action située, en utilisant les apports de la théorie des conventions sur le fonctionnement des institutions et des règles en situation. Cette perspective, dressée dans les travaux de Salais (1998) et d'Aucouturier (1998) permettra de comprendre la jurisprudence comme un lieu de manifestation de rationalités d'action situées, fondées sur les ressources cognitives et les catégories offertes par les cours supérieures.

I.- CONTENTIEUX ET JURISPRUDENCE

Si la jurisprudence, en tant que porteur de règles dépassant le cas particulier à l'occasion duquel elle apparaît, est un produit du règlement judiciaire du contentieux, elle ne lui est pas réductible : alors que « ...l'activité jurisprudentielle... repose sur les qualités de reproductibilité des opérations effectuées par certaines catégories de décisions..., l'activité juridictionnelle... résulte de la production, dans des conditions procédurales déterminées, d'actes décisionnels à caractère individuel... » (Serverin, 1993, pp.339-340). Néanmoins, son analyse appelle une question préjudicielle : si la jurisprudence est un produit de l'activité juridictionnelle, quelle est la conception des tribunaux et de la justice qui puisse supporter une étude des procédés de création de jurisprudence ?

A cet égard, il faut admettre que l'activité juridictionnelle, que nous limitons ici aux juridictions de l'ordre judiciaire, est organisée dans le cadre des institutions de la justice civile. L'appareil de justice est une institution importante des systèmes économiques, compte tenu de la nécessité d'une garantie étatique pour assurer la fiabilité des accords privés, la justice sociale et l'efficacité économique dans la réparation des dommages causés à autrui, ou dans la transmission de la propriété. Elle est également importante au regard de la participation des tribunaux à la création de règles jurisprudentielles, qui constitue un monopole de la justice institutionnelle.

(A) Les fondements économiques de la justice institutionnelle

Les débats sont vifs de nos jours sur la place de la justice institutionnelle dans l'ensemble des dispositifs de règlement des différends dans les sociétés modernes. Aussi bien sur les plans de l'action publique en matière judiciaire que sur ceux d'une sociologie pluraliste du droit (Belley, 1998) ou de

l'analyse économique (Doriat et Deffains, 2000), de nombreux arguments sont mis en avant qui, bien que de nature et de contenus différents, convergent sur l'idée que le règlement de nombre de disputes pourrait être assuré par d'autres dispositifs que le recours au tribunal : par la conciliation, par l'arbitrage, par les arrangements transactionnels, autant de formes de formes dites "alternatives" de résolution des conflits. Parmi les procédés possibles de règlement des différends, seule la voie juridictionnelle est compatible avec la production de jurisprudence.

Un certain nombre de travaux récents prennent corps sur l'idée que l'appareil de justice n'est pas neutre quant à la qualité de la coordination économique (Brousseau et Glachant, 2000 ; Masten, 2000 ; Schwartz, 2000), donnant ainsi de la chair aux intuitions de Postema (1982) ; mais il convient de préciser la manière dont l'appareil de justice influence les conditions de la coordination. De ce point de vue, plusieurs perspectives peuvent être dégagées, dont les implications sont différentes sur la saisie de la jurisprudence.

(A.1) La justice comme institution levant la sous-optimalité de la coordination

Ces fonctions peuvent être approchées dans un premier temps au regard d'une acception conceptuelle de l'idée de justice dans un contexte de théorie économique pure. La justice apparaît alors comme une institution dont l'émergence est guidée par les limites de la coordination pure et non coopérative d'actions individuelles interdépendantes. Barrère (1999) propose de rapporter, dans une représentation de théorie des jeux, la nécessité de la justice à la comparaison entre deux contextes : sans institution judiciaire, et avec institution judiciaire. Le premier cas est illustré par le jeu A, où deux agents entrent dans une relation contractuelle et ont le choix entre deux stratégies : respecter leur engagement ou ne pas respecter.

Jeu A : sans institution judiciaire

		joueur 2	
		R	NRP
joueur 1	r	5,5	0,8
	nrp	8,0	3,3

L'issue préférable dans l'absolu est bien sûr [r,R] dans la mesure où elle maximise le gain total, mais nous sommes en présence d'un jeu non coopératif où chacun a intérêt à ne pas respecter le contrat.

Dans ce jeu, la stratégie dominante du joueur 1 est npr : face à R, il gagne 5 s'il joue r, et 8 s'il joue npr ; face à NPR, il gagne 0 s'il joue r, et 3 s'il joue npr. De la même manière, la stratégie dominante pour le joueur 2 est NPR. L'issue du jeu est donc un équilibre de Nash [npr, NPR] sous-optimal.

Or, dans les termes de Barrère, « L'introduction d'un système judiciaire permet de lever la sous-optimalité » (Barrère, 1999, p.161). L'existence d'un système judiciaire est certes coûteuse (son coût est de 1 pour chacun), mais il permet de sanctionner par des amendes (ici d'un montant de 2) le non-respect des engagements contractuels. Avec institution judiciaire, le jeu devient :

Jeu B - avec institution judiciaire

		joueur 2	
		R	NRP
joueur 1	r	4,4	4,0
	npr	0,4	0,0

L'issue est désormais l'équilibre optimal (r,R). On peut en déduire que les individus ont intérêt de transformer le jeu A en jeu B, c'est-à-dire à assujettir leurs relations au contrôle et à la sanction d'une institution judiciaire. Mais de quels dispositifs juridiques la justice, entendue cette fois comme une institution concrète, dispose-t-elle pour corriger les failles de la coordination inter-individuelle pure ? Une amorce de réponse peut être apportée en référence au problème de l'incomplétude des contrats.

(A.2) La justice comme créatrice de précédents, base des anticipations et des actions individuelles

La justice institutionnelle est assujettie, en règle générale, à des obligations de rédaction et de motivation des décisions. Les juridictions pratiquent également la publication d'arrêts considérés comme importants ; les juristes commentent les décisions de justice, publiées ou non, et procèdent à leur étude doctrinale. Le triple caractère, écrit, motivé et public, des décisions de justice est une spécificité des productions des organes juridictionnels, qui les différencie radicalement des décisions des organes de règlement non juridictionnel des différends. La jurisprudence supposant la diffusion des décisions de justice, seule la justice institutionnelle est dotée du pouvoir de créer une information publique, non rivale et non excluable, accessible à tous et porteuse de connaissance des solutions jurisprudentielles qui prévalent dans une période déterminée.

La publicité des décisions de justice, en particulier des cours supérieures, ouvre la voie à la diffusion des règles ayant un contenu jurisprudentiel. Dans ces conditions, cette information publique peut accéder au statut de base informationnelle des actions individuelles ou collectives ; elle devient un support cognitif de la coordination, au regard de ses apports à la connaissance du contenu substantiel des règles codifiées dans les pays de droit civil, des règles juridiques faites par les juges dans les pays de *common law*.

(B) La régulation jurisprudentielle comme production d'effets externes

Les statistiques judiciaires, en particulier aux Etats-Unis, montrent l'importance des procédés non juridictionnels de règlement des conflits civils (par la médiation, la transaction ou l'arbitrage). Mais est-il pour autant légitime de penser que le rayon d'action de ces formes alternatives à la justice étatique puisse être étendu au point de faire disparaître la nécessité de cette dernière ? Cette question est au cœur de l'analyse menée par Landes et Posner (1979), consacrée à la confrontation d'arguments pour et contre un marché privé de la justice d'une part, un service public de la justice d'autre part. Dans le premier cas, qui correspond assez bien à l'organisation du règlement des disputes dans les sociétés primitives ou à l'arbitrage commercial dans les sociétés modernes, les services judiciaires sont fondés sur un marché purement privé : les individus peuvent offrir leurs services en qualité de juge, les parties en conflit peuvent choisir parmi les juges celui qui leur convient, les juges les plus demandés demandent les honoraires les plus élevés, et la concurrence entre les juges permet de produire le montant et la qualité optimaux de services judiciaires au coût social minimum. La concurrence produit des juges compétents et impartiaux (Landes et Posner, 1979, pp.236-37).

Mais, pour autant, selon Landes et Posner, la prédominance d'un marché privé de la justice n'évince pas totalement la nécessité d'une intervention publique, ne serait ce que pour garantir la mise en conformité des actions aux décisions judiciaires. Il est à cet égard significatif que la détermination de la part respective de la justice privée et de la justice institutionnelle est rapportée par Landes et Posner aux fonctions mêmes de l'activité de justice. Deux fonctions sont en effet dégagées : d'une part, le règlement de conflits particuliers *stricto-sensu* ; d'autre part, la création du droit, en particulier sous la forme de la production de précédents judiciaires. Si un marché privé et concurrentiel des services judiciaires paraît à même d'assurer la première fonction, comme c'est le cas avec l'arbitrage, sa capacité

à assurer la seconde est douteuse. En effet, établir un droit de propriété sur les précédents pour inciter les juges privés à en produire paraît un procédé difficilement praticable. Or, la production d'un précédent peut être considérée comme un effet externe positif établi par un juge, au bénéfice d'autres juges et des justiciables futurs. A défaut de possibilités d'internaliser l'effet externe, la production privée de précédents judiciaires est sous-optimale. Par ailleurs, estiment Landes et Posner, quand bien même ce problème serait résolu par un effet incitatif de type "réputation" - les juges privés cherchant à accroître leur réputation sur le marché de la justice en rendant des décisions influentes - une production privée de précédents peut être quantitativement socialement optimale mais qualitativement sous-optimale : le risque existe en effet d'une production anarchique de précédents incohérents, contradictoires ou incompatibles.

La conclusion de Landes et Posner est que le marché privé de la justice se limite à la prise en charge d'une seule des deux fonctions : le règlement de conflits. Mais est-il économiquement rationnel et efficace de disjoindre les deux fonctions, par exemple en faisant assumer la création de règles aux organes législatifs, et le traitement du contentieux à des juges privés ? La séparation n'est pas souhaitable s'il existe des économies de variété entre les deux fonctions, comme Landes et Posner l'admettent : la création de précédents est alors un produit-joint de l'activité de règlement du contentieux. Dans ce cas, les services judiciaires peuvent être rendus au coût minimum par une "firme" multiproduits, c'est-à-dire par le modèle anglo-américain de service public de la justice : les juridictions de *common law*, à la fois lieu de règlement des disputes et instances de création de règles jurisprudentielles. Le fort contenu en effets externes de ces juridictions justifie alors leur subvention par les pouvoirs publics sous la forme d'une rémunération des juges sur les ressources publiques. En d'autres termes, l'activité juridictionnelle présente deux aspects, dont la conjonction lui est spécifique : le règlement du conflit, et la production de règles. Cette dernière est reconnue comme un mécanisme clé du changement juridique aux Etats-Unis, mais sa réalité est contestée dans les pays de droit civil, comme la France. Sans vouloir entrer dans les débats des juristes sur les sources du droit, il est raisonnable d'admettre que la jurisprudence civile française est créatrice², avec un degré moindre

² A cet égard, P. Jestaz estime, non sans humour, que « ... la jurisprudence est une source du droit, mais il ne faut surtout pas le dire » (Jestaz, 1989, p. 153).

qu'aux Etats-Unis, dans la mesure où elle s'enracine davantage dans l'interprétation de la loi que la jurisprudence américaine.

(C) La jurisprudence et la diffusion des informations juridiques : la publication des décisions de justice

La régulation jurisprudentielle est intimement liée à la diffusion des informations juridiques, c'est-à-dire des décisions de justice. La nature économique des informations juridiques est celle de biens publics, non rivaux et non excludables ; reste à déterminer les conditions de production des solutions jurisprudentielles. De ce point de vue, il faut admettre la diversité des dispositifs dans lesquels est assurée la production de jurisprudence, et au sein desquels elle prend un sens déterminé dans le champ de la régulation juridique.

La publication des décisions de justice pose un double problème : d'une part, de la contribution des différents procédés de publication à la transformation de décisions en règles jurisprudentielles ; d'autre part, l'identification de ce qui, dans les décisions concernées, accède au statut de précédent.

La diffusion des décisions prend des formes et des modalités différentes selon les contextes juridiques ; elle est globalement systématique, et majoritairement sous une forme numérisée, dans les pays de *common law*, compte tenu du fait que le droit y est pour une large part fabriqué par les juges. Dans les pays de droit civil, la diffusion des décisions de justice suit plusieurs canaux : le plus traditionnel est celui de la diffusion dans des supports dédiés à cet effet d'arrêts sélectionnés par la juridiction concernée (bulletin de la Cour de cassation, recueil Lebon et revues juridiques). Or, s'agissant des revues juridiques, les choix de publication d'arrêts sont, sinon hétérogènes, du moins différents selon les différentes revues (Serverin, 1985). Cette diversité confirme que la vocation jurisprudentielle d'une décision n'est pas un attribut en soi de la décision, mais le produit d'interprétations de commentateurs doctrinaux, qui situent alors la jurisprudence dans le contexte de l'application des cadres cognitifs des professionnels du droit. Cette analyse peut être confirmée par l'observation des effets de la diffusion de l'usage de bases de données numérisées qui offrent un accès à des données judiciaires non sélectionnées, non résumées, mais exhaustives et en texte intégral. L'accessibilité des produits des tribunaux élargit considérablement la gamme des décisions susceptibles

d'accéder à une position jurisprudentielle, notamment sous l'effet de la recherche de précédents par les professionnels du droit, particulièrement des avocats.

Le contenu jurisprudentiel d'une décision (ou d'une série de décisions) mérite d'être explicité. Dans l'absolu, trois types de contenus peuvent faire précédent (Kornhauser, 1998) : (a) le résultat de la décision, (b) la règle contenue dans la décision, (c) la logique du raisonnement qui a conduit à la décision. Toutefois, dès lors que l'on place les décisions judiciaires dans leur contexte institutionnel et que l'on considère leur structure rédactionnelle, on est conduit à contextualiser le contenu en précédent des produits de l'activité juridictionnelle.

Ainsi, en France, le contenu jurisprudentiel des décisions de la Cour de cassation relève exclusivement de l'interprétation des règles ; le résultat de la décision est strictement limité par les dispositions du code de procédure civile et du code de l'organisation judiciaire, qui limite le contenu des décisions de la juridiction suprême à l'examen de la conformité de la décision des cours inférieures à la loi et aux précédents d'interprétation ; le résultat des décisions de la Cour de cassation ressortit exclusivement de l'interprétation de la loi (Serverin, 1985 ; Troper et Grzegorzcyk, 1997). De plus, la logique du raisonnement à l'origine de la décision est inobservable, compte tenu de la stricte motivation en droit imposée aux juges judiciaires français, par ailleurs contestée par d'éminents juristes : « ...le juge français, surtout à la Cour de cassation, ne motive en général sa décision que très formellement. Il refuse de l'argumenter... Il ne doit surtout pas recourir à des arguments d'ordre extra juridique, fussent-ils aussi pertinents que des considérations d'assurance dans une affaire d'accident... » (Touffait et Tunc, 1974, p. 490).

La structure rédactionnelle et le contenu des décisions de justice dans un contexte de *common law* présentent des spécificités certaines : hormis les niveaux de juridiction qui ne sont pas assujettis à une obligation de rédaction des décisions (comme les Magistrate Courts anglaises), les produits de l'activité juridictionnelle comprennent des éléments abondamment développés relatifs aux faits matériels à l'origine du contentieux et aux précédents applicables issus du traitement antérieur d'affaires similaires ; de plus, la structure du raisonnement, mêlant considérations juridiques et extra-juridiques, est apparente dans la mesure où elle constitue un dispositif important de la motivation de la décision.

On conçoit, à partir de ces deux brefs exemples, que le contenu de la régulation jurisprudentielle en régime de droit codifié et de *common law* ne peut être défini *in abstracto* ; nous reviendrons plus loin sur la nécessité d'une analyse située de la jurisprudence comme produit organisé de dispositifs institutionnels idiosyncrasiques, qui en font un objet rétif à l'application de catégories d'analyse non contextualisées (*infra*, III.).

II. - L'INDETERMINATION DU CONTENU JURISPRUDENTIEL DANS LES MODELES EVOLUTIONNISTES DE LA COMMON LAW

La thèse de l'efficience de la *common law* a suscité, dans la littérature économique, de très nombreuses analyses et de pas moins nombreuses controverses dans les années 1980. Le point de départ en a été fourni par Posner, premier avocat de la thèse selon laquelle la *common law* constitue un processus jurisprudentiel animé par une tendance à la production de règles juridiques économiquement efficaces, "*wealth maximizing*" (Posner, 1985). La position de Posner sur l'efficience est que « L'hypothèse n'est pas que les juges peuvent dupliquer - ou dupliquent effectivement - les résultats des marchés concurrentiels, mais que dans les limites des coûts de l'administration du système juridique (coûts qui devraient être pris en considération dans tout effort de promouvoir l'efficience à travers les règles de droit), l'attribution de droits dans la *common law* mène le système économique plus près des résultats qui pourraient être produits par une concurrence effective - par un marché libre fonctionnant sans problèmes significatifs d'externalités, de monopoles, ou d'information » (Posner, 1981, pp.4-5).

Les vertus économiques de la *common law* ont été situées, par d'autres auteurs, dans d'autres lieux que la rationalité allocative qui caractériserait selon Posner le juge de *common law*. Plusieurs modélisations évolutionnistes ont été explorées.

La modélisation proposée par Rubin (1977), repose sur l'idée qu'il est nécessaire de lier l'efficience de la *common law* au procès, moment exclusif du changement de règles ; il propose ainsi de lier ces deux problèmes, à savoir respectivement l'efficience de la *common law* et la décision de transiger ou de recourir au procès. Sa démonstration vise à faire la preuve que l'efficience est le résultat d'un mécanisme évolutionnaire mû par les décisions maximisatrices des justiciables, et en aucun cas par la "sagesse des juges". Le sens de la relation qu'il établit peut être exposé en trois points :

- le recours au procès est d'autant plus probable que les règles en vigueur sont inefficaces,
- l'accord transactionnel est d'autant plus probable que les règles en vigueur sont efficaces,
- la prédominance de transactions diminue les incitations à des recours futurs au règlement juridictionnel et augmente la probabilité de persistance des règles efficaces.

Le recours au procès doit alors être analysé en tenant compte de trois cas de figure : (a) dans le premier, les deux parties sont également intéressées par le précédent, que ce soit en termes de contestation ou de confirmation selon la position de chacune ; (b) dans le second, une seule partie est intéressée, comme c'est le cas dans des contentieux mettant en présence un acteur régulier ou récurrent des procédures judiciaires (par exemple une compagnie d'assurance) et un acteur ponctuel (un particulier), (c) dans le troisième cas, aucune partie n'est intéressée par la contestation du précédent.

Rubin explore les processus d'émergence des règles efficaces sous ces trois cas de figure, et conclut à leur disparité en termes de résultats. Sans entrer davantage dans les détails, il nous suffira de considérer que cette modélisation du processus d'émergence s'achève sur la production des règles, et ne prend pas en considération le fonctionnement des règles ayant un contenu jurisprudentiel. En d'autres termes, Rubin raisonne sur un horizon temporel fini, borné par un régime stationnaire du droit : celui qui est structuré par les règles efficaces, non susceptibles d'être contestées à l'avenir.

L'analyse de Priest (1977) complète celle de Rubin, à quelques détails près, et peut être soumise à la même appréciation. Priest pose que les conflits réglés sous l'empire de règles inefficaces imposent aux parties des coûts plus élevés que sous des règles efficaces. Ce fait implique que les enjeux du conflit pour les parties sont d'autant plus importants qu'il est soumis à une règle inefficace. Si c'est dans les coûts des règles inefficaces que se situe le motif de l'activation du système juridictionnel pour faire disparaître ces règles, la capacité de la *common law* à tendre à la production de règles efficaces est rapportée à une propriété du système juridictionnel lui-même, et non pas aux préférences des juges.

Priest démontre cet égard que la *common law* peut produire des règles efficaces, quelle que soit par ailleurs l'attitude des juges (favorable, hostile ou neutre) vis-à-vis de l'efficacité. D'après lui, la proportion de règles efficaces en vigueur à un instant t est fonction :

- du stock de règles efficaces en $t-1$,

- du taux de rejugement des règles efficientes et inefficientes,
- du biais judiciaire en faveur de l'efficience (c'est-à-dire du pourcentage de règles efficientes produites par les juges).

La thèse défendue est que, si les taux de rejugement et le biais judiciaire sont constants au cours du temps, la part de règles efficientes atteindra un niveau d'équilibre. A l'équilibre, la proportion de règles efficientes sera supérieure à celle de règles inefficientes promulguées par les juges à chaque période.

Formellement, X_t et Y_t représentent respectivement les proportions de règles efficientes et inefficientes à l'instant t (par définition $X_t + Y_t = 1$). a est la proportion de règles efficientes annoncées par les tribunaux, b le taux de rejugement des règles efficientes, et c le taux de rejugement des règles inefficientes (logiquement $c > b$). La proportion de règles efficientes en vigueur à chaque période est :

$$(1) \quad X_t = X_{t-1}(1-b) + a(bX_{t-1} + cY_{t-1}).$$

qui peut aussi d'écrire, après développement :

$$(2) \quad X_t = ac/b - ab + ac$$

A l'équilibre, la proportion de règles efficientes s'accroît avec l'élévation du biais judiciaire vers l'efficience ($\delta X_t / \delta a \geq 0$), avec l'augmentation du taux de rejugement des règles inefficientes ($\delta X_t / \delta c \geq 0$), mais décroît avec l'accroissement du taux de rejugement des règles efficientes ($\delta X_t / \delta b \leq 0$).

L'implication qui doit alors être dégagée concerne l'exercice de l'autorité judiciaire. La préférence des juges pour l'efficience, en d'autres termes le niveau du biais judiciaire, a une incidence sur le niveau d'équilibre des règles efficientes, mais il n'est pas de nature à contredire la tendance du système juridictionnel de *common law* à produire des règles efficientes. L'accent mis sur les comportements des justiciables conduit à nuancer le poids de la décision judiciaire dans l'évolution de la *common law*, sans que soit étudié le mécanisme par lequel les décisions de justice prennent le statut de solutions jurisprudentielles.

La même remarque peut être formulée sur l'analyse de Goodman (1978), qui établit les raisons pour lesquelles les règles inefficientes sont contestées en introduisant dans l'analyse le fait que les juges peuvent être convaincus par les parties présentes au procès ; il considère également que tout

accroissement des dépenses de recours à la justice par les parties augmente la probabilité que la partie concernée obtienne un jugement qui lui soit favorable. Comme les enjeux économiques sont plus importants sous une règle inefficace, la partie à qui la responsabilité est initialement imputée est incitée à investir davantage dans le recours au tribunal que sous une règle efficace. Les dépenses additionnelles en recours juridictionnel augmentent la probabilité de voir les règles inefficaces remplacées par des règles efficaces. Goodman décrit ce mécanisme dans les termes suivants :

« (...) la probabilité avec laquelle une partie peut obtenir un jugement en sa faveur dépend des efforts déployés par les deux parties en conflit pour influencer le tribunal et du poids du biais judiciaire. Comme les parties ont un intérêt évident dans le jugement qui sera rendu, elles ont des incitations, pas nécessairement égales, à orienter le jugement dans leur sens, ce qui génère des coûts - des dépenses de recherches juridiques, d'investigation sur les faits, de recours à un avocat convaincant, etc. L'hypothèse fondamentale est que tout accroissement des dépenses en matière judiciaire (...) induit une augmentation, toutefois de faible importance, de la probabilité (...) d'obtenir un jugement favorable. (...). Même si le poids des précédents tend à favoriser les solutions inefficaces, la partie pour laquelle les enjeux économiques sont les plus importants aura malgré tout une probabilité plus élevée de gagner, aussi longtemps que le rapport de ses enjeux économiques à ceux de la partie adverse dépasse (...) le rapport des dépenses en justice des deux parties qui doit être maintenu pour assurer qu'elles ont toutes deux la même probabilité de gagner » (Goodman, 1978, pp.394-395).

L'efficacité de la *common law* a suscité de nombreux débats dans les années quatre-vingts, notamment sur la pertinence de l'efficacité allocative comme critère d'évaluation du changement juridique³. L'analyse que nous en proposons est fondée sur un autre point de vue : celui de la production de règles jurisprudentielles. Or, les modélisations évolutionnistes ne prennent pas en considération les conditions dans lesquelles un très grand nombre de décisions judiciaires donne lieu à l'apparition de règles ayant une vocation jurisprudentielle. Tout se passe comme si la *common law* des

³ Il est certain que l'unanimité est loin d'être acquise dans l'adhésion à la thèse de l'efficacité de la *common law* (Kirat, 1999). Ainsi, l'analyse de Cooter et Kornhauser (1980) en termes de chaîne de Markov aboutit à des conclusions originales. En l'occurrence, ils démontrent que, indépendamment des taux différentiels de recours juridictionnel, du fait que les règles de responsabilité initiales soient efficaces ou inefficaces, ou de la manière dont les juges choisissent les règles pour rendre leurs décisions, il existe une possibilité à long terme que les règles inefficaces soient adoptées (Cooter et Kornhauser, 1980 ; Paetzold et Wilborn 1991).

Etats-Unis pouvait être appréhendée sous l'angle d'un "tribunal représentatif", condensé des attributions de l'ensemble des juridictions d'Etat et fédérales. Or, la régulation jurisprudentielle est intimement imbriquée dans un cadre institutionnel hiérarchisé, lieu de déploiement de mécanismes de contrôle et de dispositifs fondés sur l'autorité des cours suprêmes, et marquée par une différenciation des produits de l'activité juridictionnelle aux différents niveaux de la hiérarchie judiciaire.

III.- LA PRODUCTION DE PRECEDENTS JUDICIAIRES : UN PROCESSUS MULTINIVEAUX

En posant la question de savoir sur quelle théorie de la décision judiciaire devrait reposer l'économie du droit, Kornhauser (1989) estime à juste titre que les économistes sont muets sur la manière dont les juges règlent effectivement les cas qui leur sont soumis. Il constate que l'analyse économique considère les principes ou pratiques de raisonnement utilisés par les juges - donc le processus de la décision judiciaire - comme une boîte noire. Ce diagnostic est confirmé par Macey, qui estime que « Les économistes n'ont eu presque rien à dire sur la prise de décision judiciaire en général, sur les précédents en particulier. Il n'y a tout simplement pas de théorie qui explique comment des juges 'indépendants', dont le revenu n'est pas contingent aux résultats des affaires, s'y prennent pour rendre des décisions » (Macey 1998, p.68).

Dans la littérature, trois figures de la décision judiciaire apparaissent : (a) celle définie initialement dans la filiation Coase-Posner, voit dans l'activité du juge la mise en œuvre d'un mécanisme d'allocation rationnelle des droits (Bazzoli et Kirat, 1998 ; Kirat, 1999), (b) celle du juge-acteur passif d'un processus évolutionnaire dont les vertus en termes d'efficacité sont imputables aux propriétés de la *common law* et au comportement des justiciables, et (c) celle du juge comme décideur imparfaitement informé, procéduralement rationnel, et capable d'erreurs et d'apprentissages.

Cette dernière figure a suscité moins de travaux théoriques ou appliqués que les deux autres. Cependant, elle ouvre des perspectives intéressantes, en particulier sous l'angle de l'application des modèles de rationalité limitée et d'information imparfaite à la décision judiciaire (voir, en particulier, Heiner, 1986). Outre le fait qu'il serait fécond de voir la théorie de la décision se pencher sur la décision judiciaire, il peut être noté que le développement d'analyses sur le modèle des théories évolutionnistes du changement économique, de la firme et des organisations, pourrait mettre le doigt

sur les phénomènes routiniers dans la décision judiciaire. Or, cette dernière question est posée par le phénomène du précédent judiciaire.

Le précédent judiciaire est d'une grande importance dans les pays de droit anglo-américain. La règle du précédent obligatoire (ou *stare decisis*) y tient en effet un rôle similaire à celui joué par la loi et les codes dans les pays de droit civil : un élément de stabilité, de prévisibilité des règles et de sécurité juridique dans un contexte où le droit est davantage le produit de l'activité des tribunaux que de l'activité du législateur (Goodhart, 1934 ; Zander, 1999).

Les théories juridiques anglo-américaines proposent plusieurs arguments à l'appui du *stare decisis*. En premier lieu, un argument d'égalité, ou de *fairness*, commande de traiter de manière identique des cas identiques (d'où l'adage : « Treat like cases alike »). En deuxième lieu, un argument de compétence pose que le *stare decisis* permet aux tribunaux d'atteindre durablement des solutions correctes aux espèces qui leur sont soumises. Enfin, un argument en termes de certitude s'appuie sur l'idée que le *stare decisis* génère de la sécurité juridique et donne aux agents des bases stables d'anticipation (Kornhauser, 1998 ; Macey 1998, Posner et Landes, 1976). Nous verrons dans les développements qui suivent que les précédents judiciaires présentent trois types de propriétés, analysées séparément par les spécialistes, et relatives : (a) à leur longévité, (b) aux préférences des juges quant à la question de suivre ou ne pas suivre un précédent, (c), aux dispositifs institutionnels qui encadrent le fonctionnement des précédents.

(A) La longévité des précédents judiciaires

M. Saluden considère que l'une des caractéristiques des normes jurisprudentielles est de n'être pas figée : « ...la norme jurisprudentielle n'a pas une durée de vie illimitée ; son effet décroît avec le temps et c'est la raison pour laquelle on publie de temps à autre un nouvel arrêt pour bien marquer que la règle est toujours en vigueur. » (Saluden, 1985, p. 197).

Ce jugement trouve un écho dans l'analyse de Landes et Posner (1976), lorsqu'ils considèrent le corps de précédents judiciaires créés dans le passé comme un stock de capital générateur de flux d'informations, qui se déprécie au cours du temps avec la survenance de conditions nouvelles, non prévues par les créateurs antérieurs des précédents. Ils estiment également que le stock est renouvelé ou

augmenté par des investissements dans la production de précédents. Landes et Posner construisent une analyse en termes de “capital juridique” dans laquelle l’objectif est de mesurer l’investissement et le stock de capital dans le système judiciaire des Etats-Unis.

Le stock génère un flux de services qui peut être défini comme des informations sur les types de comportement soumis à sanction civile ou pénale, et sur l’importance de ces sanctions. Le stock de capital juridique existant en t est une fonction de l’investissement et de la dépréciation sur toutes les périodes antérieures. La dépréciation du stock de précédents est liée à la perte de son contenu informationnel au cours du temps, au regard des transformations de la société⁴. L’équivalent monétaire des services informationnels du stock de précédents est une fonction croissante de deux variables : d’une part, le stock de capital et, d’autre part, la population d’utilisateurs. Par ailleurs, la production de nouveaux précédents par les professionnels du droit est coûteuse. Le coût marginal de la formation de précédents est croissant avec l’investissement réalisé.

Dans ces conditions, la production optimale de précédents est celle qui maximise la valeur actualisée de la différence entre la valeur du flux de services et les coûts d’investissement pour chaque période. Les conditions de détermination du stock de capital juridique sont définies compte tenu du produit marginal des services juridiques rendus par le stock, des coûts marginaux de l’investissement en capital, et de la dépréciation du stock). Landes et Posner concluent que « (...) plus le stock de capital juridique est important, plus la valeur de son produit marginal sera élevé et son coût marginal d’usage sera faible (...) » (Landes et Posner, 1976, p.265). L’idée selon laquelle le stock de capital juridique est d’autant plus grand que son produit excède son coût est acceptable dans le cas français, à condition de considérer que ce stock est alimenté par la production législative et la jurisprudence de la Cour de cassation. L’activité juridictionnelle n’étant pas synonyme de régulation jurisprudentielle, nous ne pouvons pas considérer comme plausible l’hypothèse d’une contribution indiscriminée des tribunaux à la taille du stock de capital juridique. De ce point de vue, le modèle de Landes et Posner aboutit à la conclusion que l’activité législative est une source conséquente de la dépréciation du capital juridique, et conduit à réduire la taille du stock optimal. Dans le cas français, nous aurions tendance à

⁴ Landes et Posner citent l’exemple de l’obsolescence d’un précédent relatif aux accidents de carrioles à traction animale dans un contexte de civilisation dominée par la circulation de véhicules automobiles.

estimer que la taille du stock de capital est au contraire positivement liée à l'activité législative, et relativement marginalement à la production jurisprudentielle de la Cour de cassation. La raison en tient au fait que, à la différence des Etats-Unis, les sphères législatives et jurisprudentielles ne sont pas cloisonnées ou dans un rapport de concurrence, mais entretiennent des liens de complémentarité fondés sur une division du travail : aux organes législatifs revient la fabrication de règles positives, aux organes judiciaires celles de leur mise en œuvre et de leur interprétation sous le contrôle de la Cour de cassation.

Mais, *in fine*, cette analyse procédant par analogie avec le capital et l'investissement est peu explicite sur la place accordée aux juges dans la formation des précédents et leur dépréciation.

(B) Les précédents comme produits des préférences des juges

Dans ses nombreux écrits sur l'analyse économique du *stare decisis*, Kornhauser en pose la définition suivante : ce principe « "exige" qu'un juge, dès lors qu'il a déterminé qu'un cas présent doit être régi par une décision antérieure, adhère à cette dernière même s'il estime qu'elle est mauvaise » (Kornhauser, 1989, p.66). Sur la base de cette définition, Kornhauser pose alors le problème de savoir pourquoi un juge est tenu de respecter un précédent qu'il estime mauvais. Il met alors en lumière quatre sources de décalage entre l'opinion du juge Actuel et celle du juge Antérieur :

- des changements dans les valeurs : dans ce cas de figure, le juge Actuel et le juge Antérieur règlent des affaires similaires. La similitude est définie par Kornhauser par le fait, en droit de la responsabilité, que le comportement prudentiel, les coûts et les bénéfices des agents en conflits (par exemple : un piéton et un automobiliste) sont pour chacun identiques, que la responsabilité en vigueur soit stricte ou fondée sur la faute et la négligence. Avec similitude des cas, le juge Actuel estime que le juge Antérieur a réglé l'espèce d'une mauvaise manière, du fait que les valeurs du premier diffèrent de celles du second. Le désaccord sur les valeurs peut toucher en fait deux dimensions : soit les valeurs "substantielles", c'est-à-dire les objectifs et finalités du juge et du système judiciaire ; soit les valeurs "formelles", qui touchent à l'équivalence des cas et peuvent être à l'origine d'un désaccord sur la similitude des cas.

- Des changements du monde : dans ce cas, Kornhauser retient l'hypothèse d'un accord entre le juge Actuel et le juge Antérieur sur les valeurs substantielles et formelles. L'accord sur les premières les conduit à retenir que la bonne règle juridique, en responsabilité civile, devrait être une règle qui minimise la somme des coûts de l'accident et des coûts de prévention, et maximise le bien-être social. La "bonne" règle juridique ne peut pas, alors, être définie dans l'absolu : elle est contingente aux coûts de la prudence, aux technologies de la prévention des accidents, et à la valeur des bénéfices liés à une conduite (comme l'utilisation d'un véhicule ou la marche à pieds). Dès lors que ces valeurs se modifient au cours du temps, une règle initialement "bonne" en t peut s'avérer "mauvaise" en $t+1$.

- L'amélioration de l'information. Même si les valeurs et le monde demeurent inchangés au cours du temps, il n'en reste pas moins que des différences de préférences peuvent survenir entre le juge Antérieur et le juge Actuel. Ces différences peuvent être imputables à l'existence, dans l'intervalle des décisions, d'un processus d'apprentissage par lequel le juge Actuel améliore sa compréhension du monde et son information par rapport à son prédécesseur.

- Les imperfections de la prise de décision. Si les trois paramètres précédents restent constants, une source de décalage entre les juges au cours du temps peut être trouvée dans le fait que des erreurs puissent être commises, par l'un ou l'autre des juges, et conduire à des décisions erronées.

Dans l'analyse de Kornhauser, le curseur est placé sur le juge en situation de choix entre suivre ou non les précédents existants. Ce choix est aussi celui de Heiner (1986) qui s'interroge sur l'existence d'un *stare decisis* dans un contexte où les juges bénéficient d'une information imparfaite et détiennent une capacité elle aussi imparfaite à traiter cette information. Il applique à la décision judiciaire et au *stare decisis* un modèle de décision en information incomplète, considérant que la décision judiciaire n'est pas conforme au principe d'optimisation. Il élabore un modèle de décideur bayésien, dans lequel il opère une distinction entre les décisions fondées sur des règles et les décisions d'"optimisation flexible". Ces dernières correspondent aux décisions prises par des juges capables de recueillir l'information optimale et d'agir en conséquence. Si l'on note r_d la probabilité conditionnelle de prendre une décision d optimale en réponse à une information optimale et, inversement, w_d la probabilité conditionnelle de prendre une décision non optimale en réponse à une information non optimale, le rapport $\rho = r_d/w_d$ est l'indice de fiabilité de la décision. Pour un décideur optimal, $\rho = \infty$ car $r_d = 1$ et $w_d = 0$. Par contre, pour les juges qui ne relèvent pas de cette catégorie, pour qui $\rho < \infty$, le comportement

ne peut être celui de l'optimisation : il est fondé sur des règles, des procédures et des routines. De ce fait, dans les termes de Heiner : « (...) nous avons une caractérisation formelle d'une variété de notions bien connues telles que "habitudes", "méthodes empiriques", "routines", "procédures administrative", "traditions", "normes", et ainsi de suite. Chacune renvoie à un certain type de limitation qui pèse sur la flexibilité des agents à prendre différentes décisions ou à utiliser de l'information. (...). Les agents dotés d'une fiabilité limitée ($\rho < \infty$) (...) tireront avantage à utiliser des règles et des procédures qu'ils peuvent suivre sans avoir une pleine conscience des finalités sociales plus larges indirectement promues ou contrariées par leurs décisions.» (Heiner, 1986, p.236).

Il démontre que le raisonnement judiciaire par analogie est une base de stabilité juridique à condition que l'information du juge soit locale ou, en d'autres termes, que l'information requise dans un cas t soit proche de celle utilisée dans le passé pour régler un cas $t-n$. Dans le cas où l'information est non locale, la capacité des juges à prendre des décisions constantes - et globalement, cohérentes à l'échelle de l'ensemble des juridictions - s'affaiblit. Par conséquent, conclut Heiner, « (...) dans le cas dans lequel les juges ne peuvent pas utiliser l'information de manière fiable (...) les systèmes juridiques secréteront des procédures qui tendent à perpétuer l'influence des affaires passées sur les cas futurs (créant ainsi des changements juridiques plus stables et prédictibles que ceux qui, autrement, pourraient survenir).» (Heiner, 1986, p.246). La conclusion de Heiner est cohérente avec celle de Macey, qui estime que « (...) en règle générale, les juges recourent aux précédents précisément parce cela leur permet d'éviter d'avoir à repenser à tous les coups les mérites de doctrines juridiques particulières. » (Macey, 1998, p.70).

Ce à quoi invitent ces deux dernières considérations, c'est d'envisager la décision judiciaire comme liée à une forme de rationalité *située* dans un contexte juridique particulier, qui l'informe par le biais des procédures et de l'organisation des cadres de l'activité judiciaire. En d'autres termes, la figure de la décision judiciaire n'est plus exclusivement celle d'un juge rationnel et pleinement délibératif, mais d'un juge dont la rationalité de choix et de décision est située dans un contexte procédural, producteur du cadre contextuel de la décision judiciaire. Observer la décision judiciaire dans ces termes, c'est-à-dire en adoptant un point de vue situant la décision dans l'institution, permet de distinguer entre deux types de produits de l'action régulatrice des règles et des procédures : d'une part, la stabilité des décisions au cours du temps, sur un double plan juridique et matériel, sans que cette

stabilité soit nécessairement assurée par une règle de précédent obligatoire ; d'autre part, la stabilité des interprétations du droit appliquées dans l'activité juridictionnelle.

Les régularités décisionnelles "intra-tribunal" qui existent indépendamment d'un précédent obligatoire peuvent être analysées comme l'expression de routines et de procédures mises en place par les juges, et qui assurent au cours du temps une stabilité des solutions juridiques et matérielles apportées à des contentieux réglés par la voie juridictionnelle. Mais, là encore, il faut distinguer dans le cas français entre routines décisionnelles et jurisprudence.

(C) Stare decisis et contexte institutionnel de la formation des précédents et de la décision judiciaire

Affirmer que des décisions forment, dans l'activité judiciaire, un précédent obligatoire est une stipulation très générale de la nature du *stare decisis*. Il convient en effet de préciser les types de relations que le juge Actuel peut entretenir avec le juge Antérieur, auteur du précédent. Dans ce domaine, Kornhauser (1998) recense cinq types de relations :

1 - le juge Actuel peut être situé dans le tribunal qui a décidé le cas Antérieur,

2 - le juge Actuel peut être juge dans un tribunal inférieur à celui qui a décidé le cas Antérieur,

3 - le juge Actuel peut être juge dans un tribunal supérieur à celui qui a décidé le cas Antérieur,

4 - le juge Actuel peut être juge dans un tribunal qui n'a pas de relation hiérarchique avec le tribunal qui a décidé le cas Antérieur (par exemple, aux Etats-Unis : les US Courts of Appeals pour les premier et neuvième Circuits),

5 - le juge Actuel peut être juge dans un tribunal qui n'a aucune relation avec le tribunal qui a décidé le cas Antérieur (par exemple : les tribunaux de l'Ontario et de New York).

Dans les trois derniers cas, le juge n'est pas tenu de se référer au précédent. Les cas 3 à 5 correspondent alors à une situation d'absence de précédent obligatoire, alors que dans les cas 1 et 2, il

existe une obligation de référence aux précédents. Néanmoins, la nature du précédent varie dans les deux cas : dans le cas 1, le précédent est horizontal, alors que dans le cas 2 il est vertical.

L'existence d'un *stare decisis* est donc organisé par le cadre institutionnel de l'activité juridictionnelle et la structure d'ensemble de l'appareil judiciaire. En effet, selon Kornhauser (1998), aux Etats-Unis, les juges de District Courts n'ont pas l'obligation d'adhérer aux décisions antérieures des juges du même tribunal, alors qu'ils sont tenus d'adhérer à celles de la Cour suprême fédérale et de la Court of Appeals de leur circuit. Ces juges de District Courts sont, ainsi, dans une situation de *stare decisis* vertical, mais pas horizontal. Ce n'est pas le cas, par ailleurs, des juges de cours d'appel, qui sont tenus à un *stare decisis* vertical et horizontal.

Dans ces conditions, « les caractéristiques de la structure institutionnelle de la décision judiciaire influencent la manière dont les juges traitent les cas antérieurs » (Kornhauser, 1998, p.509). Parmi ces caractéristiques, figure en bonne place le problème de l'unicité ou de la collégialité de la décision. Kornhauser distingue, sur ce plan, quatre modèles de tribunaux (Kornhauser, 1989) :

1 - le tribunal à juge unique et immortel, réglant la totalité des cas de sa juridiction (modèle unitaire),

2 - le tribunal à juge unique et mortel, qui ne règle les cas de sa juridiction que sur la durée finie de son activité (modèle séquentiel),

3 - le tribunal avec pluralité de juges égaux, chacun réglant un cas donné (modèle du panel),

4 - la hiérarchie de tribunaux, avec chacun un juge unique et immortel (modèle hiérarchique).

Le principe du *stare decisis* peut être exposé en référence aux effets de la stabilité et de la prévisibilité des règles créées et imposées par les institutions judiciaires. Si l'on admet que les règles qui servent de base à la coordination des agents et la sélection d'un équilibre sont d'origine judiciaire, il est possible de mettre en lumière les conséquences, pour la qualité de la coordination, des quatre modèles envisagés. Prenons l'exemple d'un jeu de coordination simple.

		joueur 2	
		L	R
joueur 1	L	1,1	0,0
	R	0,0	1,1

Les agents sont indifférents entre les deux équilibres (L,L) et (R,R). Cependant, il incombe aux juges d'imposer durablement un équilibre, afin que les agents puissent disposer d'une base stable pour coordonner leurs actions. Par conséquent, la qualité du processus de coordination suppose que l'activité juridictionnelle choisisse un équilibre, et s'y tienne au cours du temps. Selon Kornhauser (1989), si une décision initiale a sélectionné un équilibre, les juges peuvent considérer que la coordination est préférable à son absence et, ainsi, s'en tenir au précédent formé par la décision initiale. Cet argument en faveur du *stare decisis* est particulièrement important pour le modèle du panel, car il permet de réduire l'incertitude de la décision (et, ici, de la règle à suivre) inhérente au fait que le juge décideur est tiré de manière aléatoire dans le panel. Cependant, cet argument a moins de force, voire n'est pas pertinent, dans les modèles unitaire et hiérarchique : dans le premier cas, la nécessité d'un principe de *stare decisis* ne se fait pas sentir, au regard du fait que le juge applique ses préférences, ses valeurs, son information avec constance, au cours du temps, à tous les conflits qu'il doit régler. Le juge s'en tient à sa propre pratique et à ses préférences, stables au cours du temps, alors que dans le second la juridiction suprême veille, au sommet de la hiérarchie judiciaire, à la stabilité des règles jurisprudentielles. Enfin, dans le modèle séquentiel, la stabilité de la règle dépend crucialement de la durée de vie des juges : « (...) si chaque juge était en fonction sur une longue période, il pourrait considérer souhaitable d'abandonner le *stare decisis* dès lors que sa préférence pour un équilibre par rapport à un autre est suffisamment forte » (Kornhauser, 1989, p.80).

IV- LE PRECEDENT JUDICIAIRE COMME PRODUIT DE L'ACTION SITUEE

Les développements qui précèdent ont mis en évidence le fait que la littérature sur les préférences des juges pour la conformité ou l'écart de leur décision vis-à-vis des précédents sont aussi une question institutionnelle et procédurale. La décision judiciaire est alors à prendre comme une décision située par rapport à des dispositifs procéduraux, qui constituent davantage que le cadre de la décision individuelle : sa matrice, dans laquelle le sens des décisions prend corps. Mais si la création de

d'abandonner le *stare decisis* dès lors que sa préférence pour un équilibre par rapport à un autre est suffisamment forte » (Kornhauser, 1989, p.80).

IV- LE PRECEDENT JUDICIAIRE COMME PRODUIT DE L'ACTION SITUEE

Les développements qui précèdent ont mis en évidence le fait que la littérature sur les préférences des juges pour la conformité ou l'écart de leur décision vis-à-vis des précédents sont aussi une question institutionnelle et procédurale. La décision judiciaire est alors à prendre comme une décision située par rapport à des dispositifs procéduraux, qui constituent davantage que le cadre de la décision individuelle : sa matrice, dans laquelle le sens des décisions prend corps. Mais si la création de jurisprudence prend naissance dans la masse des actes décisionnels des tribunaux, son émergence n'est pas imputable aux seuls juges ; l'espace de la décision judiciaire étant un espace institutionnalisé et borné par les règles de procédure, il importera de prendre en considération deux questions majeures : d'une part, la nature de ce qui fait précédent dans des contextes juridiques et judiciaires déterminés et, d'autre part, l'apport des parties autres que le juge dans l'émergence de précédents, à savoir les parties en conflit et leurs avocats.

(A) Une action située dans les règles de procédure et la hiérarchie judiciaire

L'espace de la décision judiciaire et du cadre dans lequel émergent des précédents n'est pas un espace de pure délibération rationnelle ; il est le produit de dispositifs procéduraux. Il importe alors de situer la décision et le processus de production de "ce qui fait précédent" dans ce contexte, ce que nous ferons ici en suivant un point de vue conventionnaliste amendé.

Le paradigme de l'action située récemment développé par Salais (1998) ⁵ peut être rapporté à l'observation de l'action située par rapport à des règles positives, substantielles et procédurales, en

⁵ Nous prenons le parti de suivre Salais dans la perspective qu'il établit en ces termes : « Les institutions sont à saisir dans leur contextualité à partir des modalités de leur présence en situation. ... C'est un processus pragmatique qui s'appuie sur les ressources offertes par l'institution. Il procède d'un double mouvement. D'une part, il construit l'évaluation publique de l'action engagée et qualifie ainsi la situation pertinente, la description commune dans laquelle l'action de chacun s'inscrit. (...) D'autre part, ce processus permet des actions délibérées, car il donne aux acteurs de bonnes raisons de croire en la réussite de leurs projets et les assure d'un traitement juste des aléas. (...) Réciproquement, les institutions sont soumises, au

déplaçant le curseur au-delà de ce que les conventionnalistes qualifient de “repères (cognitifs) communs de coordination” pour entrer dans le monde des institutions (Defalvard, 2000). Plus précisément, il importe de situer la décision judiciaire en tant que produit de l’organisation de la procédure civile ; dans le cas de la justice civile française, deux points méritent d’être exposés.

En premier lieu, le juge du fond est souverain quant à l’appréciation des éléments matériels, strictement liés à la mise en branle de la machinerie de règlement des intérêts en conflit que sont les tribunaux ; l’espace de sa décision est cependant borné par deux limites : d’une part, la prohibition des arrêts de règlement (art. 5 du code civil⁶) et, d’autre part, les prétentions des parties (art. 5 du Nouveau code de procédure civile⁷). Du fait que le juge judiciaire est tenu de motiver en droit sa décision, les juristes considèrent que la stabilité et la prévisibilité des décisions à l’échelle de l’ensemble des juridictions françaises est assurée par le partage, par l’ensemble des juges, du même droit national ; toutefois, force est de constater la grande dispersion des contenus matériels des décisions à l’échelle nationale. Ce constat dégagé par des études empiriques dans les domaines de l’indemnisation des victimes d’accidents de la circulation automobile (Serverin, 1997) et des victimes de troubles de voisinage (Kirat, 2000), met en exergue l’absence, dans le droit français, de mécanismes de précédent dans les évaluations des préjudices ; le mécanisme du précédent français est strictement légaliste, et pas matériel, alors que le précédent des Etats-Unis est un “mix” de faits matériels, de référents d’évaluation, et de motifs légaux. Mais la dispersion doit être comprise en référence à la règle posée par l’article 5 du code civil cité précédemment, qui contraint le juge judiciaire à évaluer des dommages dans les limites des prétentions opposées des parties en conflit.

En deuxième lieu, il est largement admis que la jurisprudence civile française est le produit quasi exclusif de la Cour de cassation ; mais l’un des caractères de cette jurisprudence est d’être l’issue de décisions répétées allant dans le même sens (d’où l’expression de “jurisprudence constante”) et non pas le produit d’une décision déterminée faisant autorité jurisprudentielle : Le précédent français n’est

sein même des actions des personnes, à des processus d’interprétation en situation qui remettent en jeu, plus ou moins, les catégories de leur jugement et leur définition du bien commun » (Salais, 1998, p.258).

⁶ Art 5 c. civ : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

⁷ Art 5. Nouv. C. proc. Civ. : « Le juge doit se prononcer sur ce qui demandé et seulement sur ce qui demandé. »

autre qu'un groupe de cas successifs qui créent une règle, alors que le précédent anglais résulte d'un cas individuel qui établit une règle nouvelle (Goodhart, 1934). Mais comment faut-il entendre la production de jurisprudence par la Cour de cassation ? A cet égard, il convient de signaler, en suivant le Conseiller Waquet, Conseiller Doyen de la chambre sociale, que l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation et de leur contenu jurisprudentiel doit être effectuée en considération le contexte procédural de la production des arrêts : de ce point de vue, les décisions de la juridiction suprême doivent être rapportées à deux dimensions :

- a) d'une part, en fonction de la formation rendant d'arrêt : soit par une formation restreinte, soit par une formation plénière. Dans le premier cas, l'effet de précédent des décisions antérieures est limité, alors qu'il joue fortement dans le deuxième : « autant [la chambre] se sent liée par une solution rendue par une formation plénière, autant elle se sent libre de revenir sur la jurisprudence résultant d'un arrêt rendu par une formation restreinte. » (Waquet, 1998, p.64).
- b) d'autre part, en considération des bornes limitant l'espace de la décision de la Cour de cassation : la loi, la jurisprudence de la Cour, le pouvoir souverain du juge du fond, et le contenu du (des) moyen(s) du pourvoi en cassation⁸. En matière de régularité des arrêts de la Cour de cassation, le texte des décisions est exempt de référence à des précédents autres que les précédents d'interprétation établis par la Cour ; ces derniers sont certes recherchés et rappelés par le rapporteur du pourvoi, mais ils sont pas mentionnés dans le texte de l'arrêt et ne sont que rarement publiés.

Le double constat que nous venons d'établir, de liberté d'appréciation des juges du fond sur les éléments matériels des conflits, et de concentration de la régulation de la Cour de cassation sur les précédents d'interprétation, exige maintenant de clarifier la signification et la portée des précédents dans différents contextes juridiques.

⁸ Le Conseiller Waquet rappelle à cet égard que « ...la chambre sociale ne rend ses arrêts qu'en fonction des moyens qui lui sont soumis... Le moyen, c'est une question de droit posée à la Cour de cassation : si la question n'est pas posée, la Cour n'a rien à répondre. » (Waquet, 1998, p. 68).

(B) La signification et la portée des précédents : précédent décisionnel et précédent interprétatif

La question de la jurisprudence pose celle la production de régularités des décisions, de leur nature, et de leur niveau. A cet égard, il convient de distinguer entre :

- a) les régularités qui touchent la production d'un même juge ou d'un même tribunal au cours du temps, qui crée une dépendance de sentier des solutions juridiques et matérielles,
- b) les régularités produites par l'ensemble de l'appareil juridictionnel d'un territoire national,
- c) les régularités issues de l'action des cours suprêmes, dans leur contrôle des juridictions inférieures sur les solutions apportées aux affaires.

Une analyse comparée des systèmes jurisprudentiels fait apparaître deux types de régularités portées par les formes de régulation jurisprudentielle dans les systèmes de droit codifié et dans ceux de *common law* (Kirat, 2001b) : des régularités *décisionnelles* et des régularités d'*interprétation*, qui recourent la distinction entre méthode du cas anglo-américaine et jurisprudence à la française. Les premières portent sur les dimensions matérielles des solutions juridiques apportées aux conflits par les tribunaux, fondées sur la permanence au cours du temps et la diffusion dans l'espace de l'appareil juridictionnel du *ratio decidendi* de la décision qui fait précédent. Le *ratio* de la décision qui prend la force d'un précédent produit un effet, horizontal ou vertical selon la position des tribunaux dans la hiérarchie judiciaire, d'uniformisation des décisions ultérieures, conformément au principe de "treat like cases alike". Nous les qualifions de "régularités décisionnelles" parce que, au-delà de la permanence des règles issues de l'activité jurisprudentielle, ce sont des *décisions* qui prennent la forme de précédents : les décisions des juges Futurs sont tenues de suivre les décisions des juges Antérieurs. Les deuxièmes régularités, que nous qualifions d'*interprétation*, se situent dans un cadre de stricte hiérarchie judiciaire et de droit légiféré ; l'activité des juridictions du fond n'est pas créatrice de règles et procède de l'application du droit positif, législatif, aux cas judiciaires. Le précédent américain porte sur des *cas*, qui composent un mix de faits matériels ou comportementaux et de règles positives, alors que la jurisprudence française ne se fonde que sur la seule règle, sans référence aux dimensions factuelles des conflits.

Notre distinction rejoint celle que Troper et Grzegorzcyk établissent entre les “précédents de solution” et les “précédents d’interprétation”, pour montrer la prédominance des seconds dans le système juridique français (Troper et Grzegorzcyk, 1997, p. 126 et suivantes). Ce système assure aux juges du fond une grande liberté sur le plan décisionnel, sur tous les aspects de la décision qui ne relèvent pas de la motivation en droit. Comme l’estimait Edouard Lambert : « (...) tout ce que [le juge] doit faire, c’est de débiter son arrêt par la formule traditionnelle “vu l’article 1121”, “vu l’article 1134”, “vu l’article 1382 du code civil”. Ce sont les paravents habituels, et il importe peu qu’il y ait un lien entre la question posée et le texte cité. Dans la plupart des cas, *la référence aux textes est une pure formalité*, et le juge trouve les fondements de sa décision ailleurs. De plus, avant de décider de sa propre initiative ou sur la base de son opinion personnelle, *il recherche des précédents* dans les décisions de la juridiction supérieure ou dans celles de ses propres prédécesseurs. » (Lambert, Pic et Garraud, 1926, p.14 - je souligne). Dans l’esprit de Lambert, *la régulation judiciaire à la française connaît un précédent, qui relève cependant davantage des pratiques des juges du fond que de dispositifs institutionnalisés*. C’est cependant sur un autre plan que se situe la régulation jurisprudentielle *stricto sensu* : elle est le fait de la Cour de cassation, qui contrôle l’interprétation des règles par les juges du fond et homogénéise, en cela, non pas tous les aspects de la décision, mais les termes de la motivation en droit. En conséquence, les décisions des juridictions du fond, à défaut d’un principe de précédent obligatoire horizontal, se caractérisent par une importante dispersion particulièrement, au-delà des solutions juridiques *stricto sensu*, sur le plan matériel.

Le système jurisprudentiel de *common law* crée des régularités décisionnelles aux trois niveaux distingués plus haut : il véhicule, par la rationalité matérielle du droit et son attachement au règlement judiciaire des conflits d’intérêts, une certaine uniformité des décisions judiciaires sur le plan des résultats atteints. Dans le cas français, la jurisprudence au sens strict doit être distinguée des régularités décisionnelles : elle porte sur l’uniformisation, non pas des solutions juridiques en tant que telles, mais des interprétations des règles sous le contrôle de la Cour de cassation.

CONCLUSION DE LA PARTIE

La figure économique du juge et de sa contribution au processus jurisprudentiel oscille, en définitive, entre deux pôles. Dans l’un, le juge est en position centrale dans l’étude de la formation des

décisions et des précédents, alors que dans l'autre il s'efface devant le processus global de fonctionnement de l'appareil juridictionnel de la *common law*. Or, nous avons entendu défendre l'idée que l'analyse de la jurisprudence ne peut être menée au seul niveau de la figure du juge.

Des positions médianes apparaissent en effet, qui échappent à une alternative peu satisfaisante entre des juges rationnels, bien informés et omniscients sans institutions globales de la justice, et un mécanisme d'ensemble (du type "sélection des règles efficaces") sans juges actifs. Une analyse économique réaliste consiste à tenir les deux pôles simultanément, tout du moins à situer les comportements des juges dans le contexte des institutions judiciaires et de la procédure civile. Un pas important peut être effectué dans cette direction, sur la base de travaux originaux, comme ceux de Heiner ou de Kornhauser, qui mettent l'accent sur le rôle des institutions de la justice et de ses procédures en matière de gestion de la rationalité de l'information et de l'incomplétude informationnelle des juges.

Nous avons entrepris d'explorer la voie ouverte par la branche de l'économie des conventions qui porte son regard sur l'étude des registres de mise en œuvre des dispositifs de l'action publique et du fonctionnement des institutions en situation, en mettant l'accent sur les prolongements possibles des catégories et des cadres d'analyse établis par Aucouturier et Salais. Le résultat est en l'ouverture d'un programme de recherche sur l'ouverture du processus jurisprudentiel à des modèles d'action et de jugement, à partir d'une approche située des la contribution de la jurisprudence à la création de ressources pour l'action.

2^{ème} partie – Une perspective comparative sur la régulation jurisprudentielle en droit privé français et anglais

L'observation comparative de la jurisprudence est placée sous l'emprise de la compréhension des mécanismes de stabilisation des solutions juridiques produites par les tribunaux. Nous nous interrogeons, ainsi, sur les conditions dans lesquelles est assurée la fonction régulatrice exercée par la jurisprudence sur les solutions juridiques apportée par les tribunaux à l'occasion du règlement de conflits d'intérêts.

Observer la fonction stabilisatrice de la jurisprudence nécessite de clarifier préalablement les niveaux, le contenu et la frontière de la régulation jurisprudentielle dans les différents systèmes juridiques (I.). La régulation jurisprudentielle peut certes être caractérisée par les procédures qui organisent le fonctionnement des tribunaux aux différents niveaux de la hiérarchie judiciaire ainsi que l'effet de diffusion de leur production ; toutefois, la jurisprudence est aussi redevable d'une étude en tant que manifestation de stratégies judiciaires (des magistrats certes, mais aussi des parties à un litige et de leurs avocats) de la part d'acteurs qui interviennent dans un processus de co-production de la jurisprudence. Or, les conditions dans lesquelles les professionnels du droit participent à la production de jurisprudence sont nettement structurées par les modes de diffusion des décisions et leur motivation (II.).

I.- NIVEAUX, CONTENU ET FRONTIERES DE LA REGULATION JURISPRUDENTIELLE DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES FRANÇAIS ET ANGLAIS

Les niveaux de la régulation jurisprudentielle peuvent être considérés comme le produit de la hiérarchie judiciaire : le système français est hiérarchisé et place la production jurisprudentielle au

niveau primordial de la Cour de cassation, alors que le système anglais est davantage horizontal et donne aux juridictions inférieures une capacité de production jurisprudentielle ainsi qu'une obligation de références aux précédents judiciaires, sous un contrôle distant et quantitativement peu important de la Chambre des Lords.

Le contenu de la régulation jurisprudentielle s'entend des produits de l'activité juridictionnelle qui prennent le statut de précédents : soit l'interprétation d'une règle, soit le résultat d'une dispute réglée antérieurement et similaire à un nouveau conflit, soit enfin la logique du raisonnement qui a conduit à une décision antérieure (Kornhauser, 1998).

Les frontières de la régulation jurisprudentielle sont contingentes : elles découlent

- d'une part, des bornages de la sphère d'intervention des juridictions judiciaires, compte tenu de l'intervention, dans des domaines du droit déterminés, d'organes non juridictionnels dotés de compétences d'interprétation de la législation et de la réglementation et de pouvoirs de règlement des disputes par le biais de procédures d'appel ;
- d'autre part, de la position des juridictions en termes de capacités de contribution à la régulation jurisprudentielle. On peut ainsi admettre que les tribunaux de première instance comme les Magistrates Courts anglaises, qui ne rédigent ni ne motivent leurs décisions, ne sont pas dotés de cette capacité.

(A) Les niveaux de la régulation jurisprudentielle

La régulation jurisprudentielle est intimement liée au type de rapport qu'entretiennent les cours suprêmes avec les juridictions inférieures ; ce type de rapport est lui-même l'expression de la nature du système juridique global, soumis à une contrainte de production de sécurité et prévisibilité des règles positives en vigueur.

Les systèmes de droit codifié et ceux de *common law* assument cette contrainte de manière différenciée : dans les premiers, la sécurité juridique et la prévisibilité des règles sont assurées par le droit codifié, qui assure une homogénéité de règles connues, alors que dans les seconds, à défaut de statuts équivalents à la loi des pays de droit codifié, ces fonctions sont remplies par la mobilisation d'un principe de *stare decisis*, qui met au premier plan le droit judiciaire (Zander, 1999).

La hiérarchie judiciaire française est l'expression de la prédominance du droit légiféré, dont le monopole d'interprétation est confié à titre exclusif à la Cour de cassation. Le principe même d'une création judiciaire du droit est proscrit par l'article 5 du Code civil qui interdit au juge de rendre des arrêts de règlement. L'extension de la portée d'un arrêt au-delà de l'espèce à l'occasion de laquelle il a été rendu peut être comprise en différenciant entre les arrêts du juge du fond et ceux du juge de cassation. Le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation sur le contenu matériel de la dispute dont il est saisi, et la Cour de cassation est attentive au respect de ce principe. Les arrêts de cassation sont des décisions relatives à la seule *légalité* de l'arrêt attaqué, ce contrôle induisant la surveillance de l'interprétation faite par le juge du fond du droit légiféré.

En d'autres termes, la production d'arrêts en France est marquée par le caractère suivant : elle conjugue la production de régularités d'interprétation du droit, assurée par le juge de cassation, et celle de régularités décisionnelles, sur les aspects autres que strictement légaux, de la part du juge du fond. La régulation jurisprudentielle fait donc intervenir des précédents de solution et des précédents d'interprétation (voir *infra*).

Le système judiciaire anglais est particulier, et nettement différent du système français. La Chambre des Lords rend environ cinquante décisions annuellement, alors que ceux de la Cour de cassation s'élèvent à plus de 15.000. Le droit civil anglais contient un principe de traitement similaire d'affaires similaires, qui configure un paysage de droit de précédent judiciaire obligatoire. Ce principe n'est cependant pas univoque, surtout depuis que la Chambre des Lords a décidé en 1966 qu'elle ne s'estimait plus tenue par ses décisions antérieures. Les juges de tribunaux de première instance ne sont pas tenus de suivre les précédents d'autres juridictions de même niveau ; D. Howarth considère que : « The principle of treating like case alike is only one principle of justice among many. It is not constitutive of the *common law*, merely an important consideration in the way it is developed. » (p. 403).

Le système jurisprudentiel anglais peut être défini à travers quatre principes de base, exposés par J.-A. Jolowicz (1985) :

- le premier principe est que tout juge est lié par les décisions des tribunaux supérieurs : ainsi, le juge de première instance est lié par les décisions de la cour d'appel et de la Chambre des Lords, et la cour d'appel est liée par les décisions de la Chambre des Lords,
- le deuxième principe est qu'aucun juge n'est lié par les décisions des tribunaux inférieurs à la cour où il siège, mais de telles décisions peuvent avoir une influence sur lui si elles ont une autorité dite « de persuasion »,
- le troisième principe est que le juge de première instance de la Haute cour de Justice n'est pas lié par les décisions d'autres juges du même niveau, alors que la cour d'appel est liée par ses propres décisions antérieures,
- le quatrième principe est que la Chambre des Lords n'est liée ni par celles de la Haute cour, ni par celles de la cour d'appel.

La position de la Chambre des Lords vis-à-vis de ses propres décisions mérite davantage d'explorations. Il semblerait que le "Practice Statement" sur le précédent judiciaire de 1966 ait introduit une rupture dans la pratique de la cour suprême anglaise ; cette question est intimement liée à la définition d'une position de la Chambre sur la nature de son pouvoir : soit strictement judiciaire, soit doté d'un contenu législatif. Ainsi, la possibilité qu'a la Chambre de s'écarter de ses propres précédents aurait pu être perçue comme le signal qu'elle s'arroge un "pouvoir de changer le droit, voire de légiférer" (Jolowicz, 1985, p.108). Par sa « déclaration » de 1966, la Chambre des Lords insiste sur la nécessité de maintenir la règle du précédent, mais elle déclare qu'elle se sent désormais libre de s'écarter si elle estime juste de le faire.

Le système jurisprudentiel français en droit privé ne donne valeur de précédent qu'aux seuls motifs de la décision et non pas à ses dispositifs ; dans ces conditions, le contenu jurisprudentiel doit s'entendre *stricto sensu* de l'interprétation du droit légiféré par la Cour de cassation. Cependant, ce jugement est d'une trompeuse simplicité apparente : même si la Cour signale elle-même ceux de ses arrêts qui ont de son point de vue une valeur jurisprudentielle dans son rapport annuel, cette valeur doit être appréciée non pas au regard de la qualité intrinsèque d'un arrêt, mais de celui du contexte de son énonciation. En effet, l'action créatrice de jurisprudence est délimitée, ou structurée, par les griefs portés contre la décision attaquée dans les moyens du pourvoi (Serverin, 2001) ; la validation du

contenu jurisprudentiel d'un arrêt de la Cour de cassation s'opère alors dans un processus social organisé, dont les moteurs tiennent dans l'action de commentaire par la doctrine et l'usage qui en est fait par les professionnels du droit :

- le commentaire des arrêts par la doctrine s'apparente à un travail de "décryptage" par des juristes dont on a pu dire qu'ils sont les véritables "découvreurs" de la jurisprudence (Serverin, 2001),
- l'usage par les professionnels du droit, en premier des avocats, des arrêts de la Cour de cassation, transforme une *vocation jurisprudentielle* potentielle en une *réalité de précédent*, dès lors que la construction de stratégies judiciaires dans la formation de registres d'argument devant le juge du fond ou dans la formation d'un pourvoi en cassation est opérée à partir de la recherche de précédents ; elle peut également relever d'une démarche de *distinguishing*, dès lors que la formation de la stratégie judiciaire consiste en la démonstration de la non-pertinence d'une règle jurisprudentielle à l'espèce particulière défendue par les avocats.

Dans ces conditions, on ne peut que suivre E. Serverin lorsqu'elle estime que :

« A défaut de précédent obligatoire, la force de la jurisprudence résulte de la diffusion des interprétations de la loi dans le milieu des professionnels du droit, qui contribuent à la production du sens par des commentaires de la portée de l'arrêt. L'intérêt des parties est doublement au centre du fonctionnement de la jurisprudence : dans la sélection des questions de droit qui sont l'objet des moyens des pourvois ; dans l'interprétation des arrêts rendus sur cette question de droit. » (Serverin, 2001).

Les effets de diffusion des arrêts jurisprudentiels sur les juges du fond peuvent être analysés en deux points : d'une part, au regard de la motivation en droit des décisions de justice et, d'autre part, au regard de leur portée sur le contenu des décisions.

Le rôle de contrôle de la Cour de cassation sur la légalité des décisions des tribunaux inférieurs s'apparente en effet à une fonction de discipline et d'homogénéisation des jugements, compte tenu du fait que le juge du fond est amené à se conformer à la jurisprudence de la Cour de cassation pour ne pas risquer l'annulation en cas de pourvoi en cassation. Le dispositif de contrôle hiérarchique caractéristique de la jurisprudence française joue pleinement dans ce cadre, qui laisse cependant une

large latitude d'action aux juges du fond sur la partie matérielle et factuelle des affaires. A cet égard, il est courant de voir qualifier de "jurisprudence", selon P. Jestaz, l'"habitude prise par une juridiction de procéder de telle manière (en dehors des questions de droit), par exemple dans les conciliations, les évaluations, etc.", et ainsi, de la rendre synonyme de "pratique particulière" (Jestaz, 1989, p. 149). Le principe du pouvoir souverain du juge du fond ouvre la possibilité de la part des juges d'un même tribunal ou de tribunaux de même niveau de se doter, par apprentissage et par routine fondée sur l'expérience, de règles décisionnelles qui touchent aux aspects non strictement légaux des affaires ; ce type de régularité qui touche la production de décisions peut être qualifié de régulation jurisprudentielle centrée sur le processus d'établissement des solutions données à des litiges. Il relève d'une pratique non institutionnalisée de routinisation des bases décisionnelles des arrêts des juges du fond.

(B) Le contenu de la régulation jurisprudentielle

Le contenu de la régulation jurisprudentiel est usuellement défini en référence aux éléments substantiels du raisonnement qui a conduit à une décision qui fait précédent : le *ratio decidendi*. Toutefois, la saisie du *ratio* d'une décision, sa discrimination vis-à-vis des éléments factuels ou accessoires (le *dictum*) est un processus complexe, intimement lié à la nature de la motivation des décisions de justice.

De ce point de vue, les situations françaises et anglaises présentent des particularités.

En France, la motivation et la rédaction des actes juridictionnels sont obligatoires. La motivation est exprimée en droit, au regard de la légalité de la décision attaquée par le juge de cassation, qui répond aux moyens exprimés par la partie requérante.

En Angleterre, selon Jolowicz, « le jugement, à proprement parler, ne consiste que dans un simple dispositif faisant connaître la solution du litige » (1985, p.109), et est motivé à haute voix par le juge à la fin des débats de l'audience, sans acte écrit à ce moment. Si la décision des juges inférieurs est prise par un seul juge, le principe de collégialité caractérise celle de la cour d'appel (qui siège avec deux ou trois juges) et de la Chambre des Lords (qui siège avec cinq juges). Dans ces deux cas, la décision n'est pas tant celle de la cour en tant que telle que celle de juges individuels : « chaque juge a le droit d'annoncer sa propre décision et de formuler sa propre motivation, qu'elles soient conformes à

l'opinion de ses confrères ou non. » (Jolowicz, 1985, p. 110). Si les décisions de la Chambre des Lords sont prises après vote, les juges de la Chambre ne délivrent pas des *judgements* mais des *discours* (*speeches*), qui peuvent être pluriels.

Dans ces conditions, l'identification du ratio est rendue plus complexe, notamment lorsque la production de la Chambre tient à plusieurs *speeches* différents dans leurs motivations. Cross et Harris (1991) mettent à juste titre l'accent sur le fait que l'identification du ratio est conditionnée par la structure du jugement ; de leur point de vue, il importe de distinguer entre :

- jugements rendus par un juge (sans jury) en matière civile, qui sont structurés comme suit : résumé des preuves (*evidence*), faits établis (*findings of facts*), examen des moyens de droit formés par la partie requérante et de ceux de la partie adverse,
- jugements rendus avec présence d'un jury, dans lesquels le juge résume à son attention les preuves (*evidence*), et base sa décision sur les faits établis tels que le jury les interprète,
- jugements rendus par une cour d'appel, qui consistent en une revue des faits et des arguments, et en une discussion des questions de droit pertinentes.

Les arrêts essentiellement factuels ne sont pas publiés dans les recueils de cas, et ne sont ainsi pas *a priori* dans une position de contribution à la régulation jurisprudentielle ; toutefois, comme Cross et Harris le soulignent, la césure entre faits et droit est souvent délicate à établir. En effet, il peut être difficile de distinguer entre le droit et les faits ; à ce titre, il est significatif que sont "reportés" dans les recueils d'arrêts les raisons qui mènent les juges de première instance ou d'appel à une conclusion factuelle (Cross et Harris, 1991, p. 40)⁹.

L'identification du *ratio* doit être réalisée compte tenu de différentes contraintes :

- les arrêts doivent être lus à la lumière des faits de l'espèce à l'occasion de laquelle ils ont été rendus,

⁹ Ainsi, l'obligation qui pèse sur l'employeur d'assurer la sécurité des lieux de travail mêle intimement considérations factuelles et considérations juridiques : d'après Cross et Harris, « The question whether that duty has been broken is essentially one of fact, but the law reports contain a number of cases in which judges have expressed their views concerning the precautions which an employer should have taken in particular instance. » (Cross et Harris, 1991, p. 40).

- tout arrêt doit être lu à la lumière des arrêts rendus dans d'autres affaires.

En France, il est d'usage de considérer que le contenu jurisprudentiel ne s'entend que des *motifs* des décisions. La structure rédactionnelle des arrêts est organisée par les dispositions de l'article 455 du NCPC, et se présente en cinq éléments :

- les mentions (formation de jugement, noms des parties, partie requérante, nature de la demande),
- les visas (textes législatifs et réglementaires considérés par la formation),
- les motifs, qui représentent la partie la plus importante, souvent la plus longue, de l'arrêt. Ils consistent habituellement en un bref exposé des faits et en une discussion des arguments juridiques justifiant la décision rendue,
- le dispositif, qui consiste en la décision rendue,
- la formule exécutoire, rendue dans la décision.

Troper et Grzegorzczek (1997) estiment que le motif consiste souvent en un exposé de la règle générale applicable à l'espèce, et peut être soit une simple formulation de dispositions législatives, soit une interprétation du "contenu authentique" (*true content*) de la loi, soit enfin l'affirmation d'un principe général. D'après ces auteurs, « ...this formulation is clearly precedent-oriented, because, with this statute, interpretation or principle, the court intends to resolve, not only the single case to be decided, but a class of similar cases. This is the reason why French scholars use the expression 'cour régulatrice' (ruling court). » (1997, p. 107).

L'obligation de motivation en droit des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation, a été l'objet de critiques qui touchent, non pas à son principe même, mais à ses modalités. La brièveté des arrêts, leur distance aux faits et l'absence de considérations sociologiques ou économiques sur les conséquences de la jurisprudence, ont été sévèrement critiqués par A. Touffait et A. Tunc ; ces deux juristes ont milité pour une motivation plus explicite des décisions de justice, et considéré que même en l'absence de réformes profondes de la structure des arrêts, il serait bon que la "simple référence à une règle législative ou jurisprudentielle" soit "explicite, c'est-à-dire que la décision cite

l'arrêt qu'elle « suit », ou qu'éventuellement elle se situe parmi celles qui l'ont précédée, en renvoyant expressément aux plus importantes et plus récentes. » (Touffait et Tunc, 1974, p. 502).

(C) Les frontières de la régulation jurisprudentielle

La régulation jurisprudentielle est en quelque sorte contingente, compte tenu du fait qu'elle est intimement liée à la définition du champ de l'action des tribunaux judiciaires, définition dont le contenu change selon les systèmes de droit. Ainsi, il est manifeste que les régimes juridiques (judiciaire ou administratif, privé ou public) construits sur les différents registres de relations sociales ou économiques ont un effet important de délimitation de la sphère de la régulation jurisprudentielle.

En Angleterre, un certain nombre de relations juridiques qui, en France, ressortissent du droit privé et de la compétence du juge judiciaire, échappent à l'emprise de la *common law*. Ainsi, l'action des *tribunals* au lieu et place des *courts* de l'ordre judiciaire est un trait caractéristique de la situation anglaise, et de la restriction de la sphère d'action de la jurisprudence judiciaire.

Les soixante-dix *tribunals* anglais peuvent être grossièrement définis comme des instances de recours contre les décisions administratives, donc comme une forme de "justice administrative" exercée par des organes qui n'ont pas un authentique statut juridictionnel, comme l'indique le rapport Leggatt au Lord Chancellor¹⁰ ; ces tribunaux existent, en lieu et place de juridictions de droit commun, dans de nombreux domaines : éducation, finances, santé et services sociaux, immigration, foncier, sécurité sociale et retraites, transport, et emploi. Ils ne sont pas pleinement indépendants de leur administration de tutelle et ne motivent pas leurs décisions. Le rapport Leggatt offre des recommandations de réforme des tribunaux, en vue d'en rationaliser le fonctionnement, de rendre leurs procédures compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme (notamment son article 6) et à assurer aux usagers des garanties procédurales étendues et homogénéisées à l'échelle de l'ensemble de ces organes.

La jurisprudence civile française est bornée, quant à elle, par la frontière entre le droit privé et le droit administratif et le droit constitutionnel ; même si une mesure précise en est délicate, il semblerait

que le domaine de compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire soit plus étendu en France que celui que la *common law* occupe en Angleterre (compte tenu de l'importance de la sphère d'action qu'y occupent les *administrative tribunals*).

La question de la jurisprudence pose celle la production de régularités des décisions, de leur nature, et de leur niveau. A cet égard, il convient de distinguer entre :

(a) les régularités qui touchent la production d'un même juge ou d'un même tribunal au cours du temps, qui crée une "dépendance de sentier" des solutions juridiques et matérielles,

(b) les régularités produites par l'ensemble de l'appareil juridictionnel de même niveau d'un territoire national,

(c) les régularités issues de l'action des cours suprêmes, dans leur contrôle des juridictions inférieures sur les solutions apportées aux affaires.

Les régularités du type (a) ne sont pas aisément perceptibles ; leur connaissance supposerait la réalisation d'enquêtes de terrain, centrées sur le processus décisionnel de magistrats siégeant dans un tribunal donnée, au cours du temps ; les régularités de type (b) sont également difficilement observables, et leur connaissance supposerait également des recherches empiriques sur la diffusion sur le territoire des méthodes de jugement entre tribunaux de même niveau.

II.- LA CONTRIBUTION DES STRATEGIES JUDICIAIRES A LA PRODUCTION DE JURISPRUDENCE ET A SA DIFFUSION

La production des tribunaux ne peut pas être considérée comme celle de règles ontologiquement jurisprudentielles ; elle constitue un stock de décisions parmi lesquelles certaines peuvent connaître un effet de diffusion jurisprudentielle sous l'effet de leur convocation par les professionnels du droit, dans un processus de transformation de ressources jurisprudentielles potentielles en réalités de précédents. De ce point de vue, nous pouvons considérer, avec M. Zander, que : « Precedents are the raw material from which lawyers and judges distil rules of law. » (Zander, 1999, p. 259).

¹⁰ Report of the Review of Tribunals to the Lord High Chancellor of Great Britain : *Tribunals for Users – One System, One*

(A) Des effets de la diffusion des technologies de l'information : les bases de données judiciaires numérisées

Le recours aux systèmes informatisés d'information juridique contribue à une transformation importante de la régulation jurisprudentielle : la diffusion de l'usage de bases de données informatisées élargit considérablement l'ensemble des décisions accessibles par les professionnels du droit, pour des volumes quantitatifs d'arrêts sans commune mesure avec ceux qui font l'objet d'une publication, d'un résumé ou d'un signalement dans les revues juridiques françaises et les revues et recueils anglais. L'élargissement de l'ensemble de décisions accessibles sur des supports numériques (CD-Rom ou sites web) est cependant d'une ampleur plus réduite en Angleterre qu'en France, compte tenu du volume quantitatif sensiblement plus réduit de représentent les décisions de justice (notamment de la Chambre des Lords et de Cour d'appel) dans le premier pays par rapport au deuxième ; ainsi, la base LEXIS diffusée par l'éditeur Butterworths) contient les 3 000 arrêts annuels de la Court of Appeal, alors que le serveur français Lamyline rend accessible plus de 32 000 arrêts de cours d'appel en matière civile.

Néanmoins, les commentateurs anglais de la diffusion de l'usage de bases de données informatisées s'accordent pour considérer qu'elle accroît sensiblement la citation de décisions non publiées selon les procédés traditionnels (revues, bulletins et recueils) (Zander ; 1999, p. 253). Cet usage d'arrêts non reportés est jugé de manière négative par certains magistrats, notamment de la Chambre des Lords, mais il est désormais de pratique courante. L'extension de l'ensemble des décisions non rapportées désormais accessibles via les bases de données informatisées est à la fois l'expression d'une pratique courante des professionnels du droit et une source de surcharge des arguments des avocats. En effet, Jolowicz rapporte que « en réalité ce ne sont que les décisions dont les avocats et les juges prennent connaissance qui sont capables d'influencer la décision dans l'espèce » (Jolowicz, 1985, p. 115), quel que soit le procédé par lesquels ils en prennent effectivement connaissance. Or, la Chambre des Lords a introduit des limites à l'usage de décisions non rapportées, comme l'exprime le *speech* de Lord Diplock du 10 février 1983, qui pose que, désormais, la Chambre des Lords ne permettrait la citation de telles décisions que sur autorisation expresse du juge. Cette

autorisation serait conditionnée par la démonstration faite par l'avocat concerné que la citation de décisions non rapportées permettra d'apporter « des indications importantes sur la règle de droit applicable qu'on ne peut trouver ailleurs. » (Jolowicz, 1985, p. 115).

Si la jurisprudence est considérée, non pas comme le produit final d'un processus de production de règles stables par les tribunaux, mais comme un processus multiacteurs de construction de solutions juridiques appuyées sur des précédents, le prisme d'observation change radicalement : la question devient moins celle de la contribution des tribunaux à la création de règles, que celle de l'argumentation de registres d'argumentation possibles à partir des ressources offertes par l'activité juridictionnelle et les systèmes de diffusion de l'information juridique.

Vu sous cet angle, le processus jurisprudentiel peut être considéré dans deux perspectives : soit comme point d'appui de comportements de *distinguishing* de la part des avocats, soit comme base de constructions argumentatives nouvelles, tirant profit de décisions antérieures, pas nécessairement publiées. Or, rien ne permet de distinguer, *de ce point de vue*, entre les régulations jurisprudentielles françaises et anglaises. Prise sous l'angle de l'action dirigée *par* et *vers* le droit, la régulation jurisprudentielle se caractérise par une certaine universalité, qui dépasse le problème de la place des tribunaux dans la construction des règles juridiques. Ainsi, T. Paris considère à juste titre que la jurisprudence est une « source d'argumentation », au sens où elle « fait référence » et donne lieu à la possibilité de réutilisations dans des cas semblables (Paris, 1999, p. 21 et suivantes).

De ce point de vue, les créations jurisprudentielles que la doctrine repère et explicite (telles que “obligation de sécurité” en matière de responsabilité, les “inconvenients normaux du voisinage”, etc.) sont moins des règles positives figées que des catégories permettant aux acteurs (justiciables, professionnels du droit) d'identifier les situations juridiques dans lesquelles elles se trouvent et de qualifier le rapport de la catégorie à la situation ; selon T. Paris, « Avec la jurisprudence, le droit définit des situations types qui permettent aux acteurs d'identifier le cadre dans lequel ils se situent. » (Paris, 1999). Le rattachement de situations à des catégories créées par la jurisprudence est un processus qui mixe intimement considérations de faits et considérations juridiques ; c'est l'opération de *qualification juridique des faits*, que le juge opère à partir des éléments et des ressources argumentatives apportées par les parties. Dans le cas français, le juge de cassation ne contrôle que la stricte motivation juridique des arrêts des juges du fond, à qui toute latitude est laissée quant à la qualification juridique des faits.

Cette latitude renvoie aux juges inférieurs la charge de gérer l'appréciation de l'inscription de situations particulières dans des catégories juridiques ; ainsi, par exemple, certains contentieux mettant en jeu des sociétés de perception-répartition des droits d'auteurs (SPRD). Dans ce domaine, la question a été fréquemment posée de savoir si l'apport indivisible des œuvres à une SPRD est constitutif d'un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité ; ces affaires donnent lieu, dans différentes espèces devant le conseil français de la concurrence, à des stratégies de *distinguishing* entre les catégories jurisprudentielles et les situations contentieuses. Ainsi, la situation de la Société des auteurs-compositeurs dramatiques (SACD) a été récemment attaquée devant le conseil de la concurrence par un de ses associés qui estime que l'apport conjoint et indivisible de ses droits "théâtre vivant" et "audiovisuels" relève d'un abus de position dominante de la SPRD, en prenant appui sur un arrêt la CJCE (arrêt SABAM) dont le rapporteur du Conseil estime qu'il est un précédent applicable à l'espèce qui lui est soumise. Or, la stratégie judiciaire des avocats de la partie défenderesse consiste à cet égard à distinguer la situation réglée dans l'arrêt SABAM à celle qui est en jeu devant le conseil de la concurrence. Cette distinction va, d'une certaine manière, au-delà de la qualification juridique des faits : elle touche à la détermination de l'application d'un précédent au regard du *contexte de son énonciation*. En conséquence, ce bref exemple illustre l'ouverture du champ de la jurisprudence à la formulation d'argumentations basées sur les ressources cognitives produites par le fonctionnement d'un appareil juridictionnel.

Encadré n°1 – Les bases de données judiciaires (publiques et privées) en Angleterre

Les arrêts de la Chambre des Lords sont accessibles en texte intégral sur le site du Parlement (www.publications.parliament.uk) depuis 1996.

Des arrêts (sélectionnés par les juges concernés) de la Cour of Appeal (Civil Division et Criminal Division) et de la High Court (dans ses trois branches : Chancery Division, Family Division, et Queen's Bench Division) sont accessibles sur le site du BAILLI (British and Irish Legal Information Institute), à partir de moteurs de recherche thématique (www.bailli.org). Le site de BAILLI met également en ligne les décisions sélectionnées des juridictions irlandaises (Irish Supreme Court, depuis 1999 ; Irish High Court, depuis 1996 ; Irish Competition Authority, depuis 1991 ; Irish Information Commissioner's Decisions, depuis 1998), de celles d'Irlande du Nord (Northern Ireland Court of Appeal et Northern Ireland High Court), d'Ecosse (Scottish Court of Session, depuis 1998 ; Scottish High Court, depuis 1998 ; Scottish Sheriff Court, depuis 1998), du Royaume-Uni et du Commonwealth (Privy Council, depuis 1996 ; House of Lords, depuis 1996 ; U.K. Employment Appeals Tribunal Decisions, depuis 1999 ; U.K. Social Security and Child Support Commissioners' Opinions, depuis 1995).

Le serveur web du courtservice (www.courtservice.gov.uk/judgments/judg_home.htm) est équipé d'un moteur de recherche sur les arrêts anglais.

Les bases de données du secteur privé sur nombreuses. Les sites juridiques les plus fréquentés selon le Legal News Media.com sont les suivantes :

- Butterworths LEXIS Direct (www.butterworths.com)
- TheLawyer.com (www.thelawyer.com)
- Legalease/International Centre for Commercial Law (www.icclaw.com)
- Solicitors-Online (www.solicitors-online.com)
- LegalCV (www.legalcv.com)
- The Law Society (www.lawsociety.org.uk)
- Smith Bernal Casetrack (www.casetrack.com)
- Sweet & Maxwell (www.sweetandmaxwell.co.uk)
- Divorce Online (www.divorce-online.co.uk)
- Delia Venables Legal Resources (www.venables.co.uk)
- Law Gazette Online (www.lawgazette.co.uk)
- Employment Law (www.emplaw.co.uk)
- Consilio (www.spr-consilio.com)
- DLA Solicitors (www.dla.com)
- Desktop Lawyer (www.desktoplawyer.co.uk)
- elexica from Simmons & Simmons (www.elexica.com)
- Context/JURIS (www.juris.com)
- Semple Piggot Rochez Internet Law School (www.spr-law.com)
- Law Careers.Net (www.lawcareers.net)
- Legal News Media.com (www.legalnewsmedia.com)
- Osborne Clarke (www.osborneclarke.com)
- Law on the Web (www.lawontheweb.co.uk)
- Infolaw (www.inforlaw.co.uk)
- Just Ask! (CLS) (www.justask.org.uk)

(B) Le précédent judiciaire comme “ressource cognitive”

Les précédents judiciaires constituent davantage des ressources pour l'action que des cas-types ou des règles fixant ou figeant l'évolution du droit jurisprudentiel ; ils représentent des ressorts cognitifs disponibles pour ce que Didry (2000) qualifie de “travail juridique”, notion destinée à « ... désigner l'activité de transformation de la texture des règles de droit réalisée par « les gens », au sens large, intégrant acteurs ordinaires, élus du peuple et juristes... » (Didry, 2000, p. 134).

Cette notion de “travail juridique” renvoie par conséquent l'image d'une jurisprudence entendue comme processus d'interaction entre des acteurs, profanes (les parties) et professionnels (les avocats et les magistrats), des catégories juridiques, des procédures et des intérêts à satisfaire ; elle dénote une ouverture de la scène judiciaire sur l'élaboration de stratégies d'action, informées par l'histoire et le contenu des règles et des dispositifs juridiques. Dans ces conditions, le précédent n'est pas tant caractérisé par une ontologie propre à la sphère de la logique juridique que par une certaine forme de réflexivité. En effet, le précédent est une construction liée à l'action économique (c'est-à-dire à la recherche de l'obtention d'un résultat économique à l'issue d'une procédure judiciaire) dans un cadre situé ; la référence au précédent peut prendre des formes multiples :

- soit comme objet de contestation de la part des acteurs dont la position n'est pas a priori favorable compte tenu du précédent en vigueur,
- soit comme modèle de jugement des situations donnant lieu à contentieux,
- soit enfin comme référence convoquée à l'appui d'une prétention économique exprimée dans le langage du droit.

Dans le premier cas, c'est dans la logique de l'intérêt à faire évoluer les règles que se situe la clé de l'action juridique ; plus précisément, le cœur de la contestation tient davantage à l'interprétation des précédents, notamment des juridictions supérieures, par le juge du fond, qu'à la règle contenue dans le précédent *stricto-sensu*.

Le deuxième cas renvoie au caractère réflexif des précédents judiciaires ; explorée par Paris (1999) sur les droits d'auteur, cette perspective s'appuie sur la conviction que « [la jurisprudence] offre

... une source d'argumentations qui peuvent être réutilisées dans des cas semblables » (Paris, 1999, p. 291) et doit être entendue non dans un sens normatif, mais dans « un sens proche de “faire référence” » (*ibid.*). Or, l'intérêt pour les règles au fondement de l'action en justice est situé par rapport à des “modèles de jugement” dégagés par la jurisprudence : ces modèles sont fournis par des catégories dont le contenu est défini par des arrêts faisant précédent, qui donnent une définition substantielle des catégories centrales en droit de la propriété littéraire et artistique : l'auteur et l'œuvre. Dans ces conditions, nous pouvons suivre Paris lorsqu'il affirme que « Avec la jurisprudence, le droit définit ... des situations types qui permettent aux acteurs d'identifier le cadre dans lequel il se situe » (Paris, 1999, p. 293) : mais l'acte d'identification du cadre ne signifie pas que l'action sur les catégories soit une impossibilité. Au contraire, dans la mesure où des acteurs cherchent à faire valoir des prétentions, l'acte d'identification du cadre est un préalable cognitif à la formulation de jugements concurrents, visant à obtenir un réexamen des catégories existantes ; ainsi, la jurisprudence sur les droits d'auteurs a-t-elle évolué dans le sens de l'élargissement de la catégorie “auteur”, au-delà de l'individu créateur d'une œuvre littéraire ou artistique, à d'autres intervenants sur la scène des industries culturelles (les producteurs, les diffuseurs, les doubleurs de films de cinéma, etc.) en vue de leur admission à un droit de perception d'une partie des recettes tirées de la mise sur le marché des œuvres.

Enfin, dans le troisième cas évoqué plus haut, le recours à l'évocation de précédents relève de l'inscription d'une prétention dans un contexte créateur de références et de modèles de jugement des situations, à l'initiative des avocats plaidant une cause devant un tribunal. Dans ces conditions, il s'avère que les précédents jurisprudentiels sont l'objet d'une co-construction, mettant en jeu les destinataires des règles, les avocats, et les magistrats.

CONCLUSION DE LA PARTIE

L'activité juridictionnelle comme peut être considérée comme assurant la production des ressources qui, par repérage, interprétation et convocation par les professionnels du droit (y compris la doctrine) assure une diffusion des arrêts au-delà de l'espèce à l'occasion de laquelle ils ont été rendus. Dans le cas français, le Conseiller-doyen de la Chambre sociale de la Cour de cassation, Ph. Waquet, a explicitement souligné la contribution des parties à l'exercice du contrôle, par cette cour supérieure, du contrôle du pouvoir d'interprétation des juges du fond : en signalant que la décision de la Chambre

sociale « est encadrée de quatre côtés, dans un carré rigoureux composé de la loi, de la jurisprudence, du pouvoir souverain du juge du fond et du contenu du ou des moyens de cassation » (Waquet, 1998), ce magistrat indique, dans les termes d'E. Serverin, que « ...l'interprétation n'est pas seulement l'affaire du juge, mais aussi celle des parties, qui définissent les griefs portés contre la décision dans les moyens du pourvoi. » (Serverin, 2001, p. 24).`

Nous suivons, également, E. Serverin sur le fait de considérer que « l'effet régulateur de la jurisprudence est le produit d'un travail auxquels sont associés de nombreux partenaires... » (Serverin, 2001, p. 25), parmi lesquels les parties elles-mêmes, ainsi les professionnels du droit.

Conclusion générale

Si l'on devait conclure sur quelques leçons de la comparaison entre les systèmes jurisprudentiels français et anglais, trois conclusions nous paraissent s'imposer :

- les deux systèmes ne se distinguent pas d'un double point de vue : d'une part, ils partagent un commune caractéristique d'inscription de la régulation jurisprudentielle dans un cadre judiciaire hiérarchisé ; d'autre part, dans les deux cas, les productions des tribunaux constituent un réservoir de stratégies argumentatives basées sur le repérage de précédents, convoqués par les avocats dans la formulation de leur intervention devant les juges ;
- techniquement, les contributions des tribunaux à la sécurité et à la prévisibilité juridiques sont inégalement identifiables dans les deux pays : la structure et le contenu des décisions de justice, particulièrement celles des cours supérieures, sont loin d'être similaires dans les deux systèmes. Si le juge anglais se prononce sur les précédents mis en scène dans l'espèce dont il traite, y compris dans le cadre de *speeches* "dissidents", les arrêts civils français ne contiennent aucune mention de motifs autre que légaux ; la formation de la décision civile française fait très vraisemblablement appel aux précédents de la juridiction ou de cours supérieures, mais cette mention figure dans le rapport du rapporteur, qui ne fait l'objet d'aucune diffusion, sauf exception ;
- la dissimulation des précédents dans les dispositifs des arrêts français peut être mise en contraste avec leur présence explicite dans l'exposé des "raisons" (*reasons*) du juge anglais, tout au moins pour les niveaux de juridiction supérieurs aux *Magistrate Courts*, aux *County Courts*, et à la *Crown Court* (pour les affaires pénales).

Enfin, il peut être signalé que la jurisprudence française, centrée sur l'interprétation de la loi, et exposée par la doctrine, peut vraisemblablement être distincte de la jurisprudence vécue par les juges. Il y aurait lieu de justifier empiriquement cette affirmation, qui cependant s'appuie sur une enquête réalisée

par nous-même sur la réalité de la portée de l'argument d'imprévision dans la jurisprudence administrative relative aux contrats administratifs ; il en résulte le constat d'un écart sensible entre le diagnostic, formulé par la doctrine, d'une jurisprudence justifiant l'attribution par le juge administratif d'une indemnité pour charges extracontractuelles dans les situations d'imprévision, et la réalité de la duplication de cette solution par les cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat (Kirat, 2001c).

Au total, il nous semble du plus grand intérêt de saisir les processus jurisprudentiels sous trois angles de vue qui se complètent :

- a) au regard des frontières de la régulation jurisprudentielle civile, compte tenu des dispositifs institutionnels qui organisent le champ de compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, par rapport notamment à celui des organes administratifs ou quasi-administratifs du type des administrative tribunals anglais,
- b) au regard du contenu de ce "qui fait jurisprudence" dans les systèmes de droit civil et de common law, ce questionnement étant lié à la distinction entre "manières de juger" du juge du fond sur les aspects factuels et matériels, et procédés institutionnels de diffusion des précédents validés par les cours supérieures,
- c) au regard, enfin, des effets de la diffusion des systèmes d'information juridique numérisés sur la découverte de précédents dans la production des tribunaux.

REFERENCES

Aucouturier, A.-L. [1998], *Evaluation des politiques d'emploi et action publique*, thèse de doctorat, Université de Paris X-Nanterre.

Ayres, I. et Gertner, R. [1989], "Filing Gaps in Incomplete Contracts : An Economic Theory of Default Rules", *Yale Law Journal*, 99, pp.30-41.

Barrère, C. [1999], "Les approches économiques du système judiciaire", *Revue internationale de droit économique*, numéro spécial : De l'économie de la justice, n°2, pp. 153-183.

Bazzoli, L. et T. Kirat [1999], "La relation entre le droit et l'économie dans les traditions institutionnaliste et post-coasienne : enjeux pour l'analyse de l'évolution", *Economies et sociétés*, Hors série, HS n°34, pp. 67-88.

Belley, J.-G. [1998], *Le contrat entre droit, économie et société*, Les éditions Yvon Blais, coll. Le droit aussi...

Blume, L.E. et Rubinfeld, D.L. [1982], "The Dynamics of the Legal Process", *Journal of Legal Studies*, vol. XI, June, pp. 405-419.

Brousseau, E. et J.-M. Glachant [2000], "Economie des contrats et renouvellement de l'analyse économique", *Revue d'économie industrielle*, n°92, 2^e et 3^e trimestres.

Chappe, N. [2001], "L'analyse économique d'un mode de résolution des litiges : l'arbitrage", *Revue française d'économie*, vol. XV, 4, avril, pp. 187-208.

Cooter, R. et Kornhauser, L. [1980], "Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges ?", *Journal of Legal Studies*, vol. IX (1), January, pp. 139-163.

Cross, R. et J.W. Harris [1991], *Precedent in English Law*, 4^{ème} édition, Oxford : Clarendon Press.

Devalfard, H. [2000], "L'Economie des Conventions à l'école des institutions", *Document de travail du Centre d'études de l'emploi*, n°2, juillet.

Deffains, B. [1997], "L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques", *Revue française d'économie*, n°3, pp.57-99.

Didry, C. [2000], "La règle de droit comme équipement pour le travail juridique : le cas du licenciement collectif pour motif économique", in T.Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, pp. 133-155.

Doriat-Duban, M. [2001], "Alternative Dispute Resolution in the French Legal System : an Emprical Study", : B. Deffains et T. Kirat (Eds), *Law and Economics in Civil Law Countries*, The Economics of Legal Relationships, vol. 6, JAI Press/Elsevier, pp.183-198.

Doriat, M. et Deffains, B. [2000], "Le temps de la justice : analyse comparative de la durée des litiges selon leur mode de règlement", in : T. Kirat et E. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, pp. 79-110.

Ehrlich, H. et Posner, R.A. [1974], "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", *Journal of Legal Studies*, III(1), January, pp. 257-286.

Goodhart, A.L. [1934], "Precedent in English and Continental Law", *Law Quarterly Review*, vol. 50, pp.40-65.

- Harnay, S. et A. Marciano [2001], "Independence and Judicial Discretion in a Dualist Regime : the Case of French Administrative Judiciary", in : B. Deffains et T. Kirat (Eds), *Law and Economics in Civil Law Countries, The Economics of Legal Relationships*, vol. 6, JAI Press/Elsevier, pp.217-230.
- Heiner, R.A. [1986], "Imperfect Decision and the Law : On the Evolution of Legal Precedent and Rules", *Journal of Legal Studies*, vol. XV, June, pp. 227-261.
- Jestaz, P. [1989], "La jurisprudence, ombre portée du contentieux", *Recueil Sirey-Dalloz*, 2ème cahier, Chr., pp. 149-153.
- Jolowicz, J.A. [1985], "La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent", *Archives de philosophie du droit*, tome 30, pp. 105-115.
- Josselin, J.-M. et A. Marciano [1998], "Administrative Law and Economics", in G. Backhaus (Ed.), *The Elgar Companion to Law and Economics*, Edward Elgar, pp. 116-121.
- Kirat, T. [2000], "Property, Liability and Private Nuisance : an Economic Interpretation of French Law relating to 'troubles de voisinage'", *document de travail*, IDHE-ENS de Cachan, août.
- Kirat, T. [2001a], "Legal Systems and Economic Analysis : How Relevant is American Law and Economics for the Understanding of French jurisprudence ?", in : B. Deffains et T. Kirat (Eds), *Law and Economics in Civil Law Countries, The Economics of Legal Relationships*, vol. 6, JAI Press/Elsevier, pp. 61-78.
- Kirat, T. [2001b], "L'économie et la jurisprudence : étude de plusieurs registres d'interconnexion", *Economie Appliquée* (à paraître).
- Kirat, T. [2001c], "L'allocation des risques dans les contrats administratifs", document de recherche ronéoté, IDHE-ENS de Cachan, septembre.
- Kornhauser, L.A. et Sager, L.G. [1993], "The One and the Many : Adjudication in Collegial Courts", *California Law Review*, 81 (1), January, pp.1-59.
- Kornhauser, L.A. [1989], "An Economic Perspective of *Stare decisis*", *Chicago-Kent Law Review*, 65 (1), pp. 63-92.
- Kornhauser, L.A. [1992a], "Modeling Collegial Courts. I : Path-Dependence", *International Review of Law and Economics*, 12, pp.169-185.
- Kornhauser, L.A. [1992b], "Modeling Collegial Courts. II. Legal Doctrine", *Journal of Law, Economics and Organization*, 8(3), pp.441-470.
- Kornhauser, L.A. [1996], "Notes on the Logic of Legal Change", in : Braybooke (Ed.), *Social Rules*, Westview, pp.169-181.
- Kornhauser, L.A. [1998], "*Stare decisis*", in : P.Newman (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol.3, Macmillan, pp.509-513.
- Lambert, E. P. Pic et P.Garraud (1926), "The Sources and the Interpretation of Labour Law in France", *International Labour Review*, vol.XIV, n°1, pp. 1-36.
- Landes, W.M. et Posner, R.A. [1976], "Legal Precedent : a Theoretical and Empirical Analysis", *Journal of Law and Economics*, XIX (2), August, pp.249-307.
- Landes, W.M. et Posner, R.A. [1979], "Adjudication as a Private Good", *Journal of Legal Studies*, VIII (2), March, pp.235-284.
- Landes, W.M. [1971], "An Economic Analysis of the Courts", *Journal of Law and Economics*, XIV (1), April, pp.61-107.

- Lord Chancellor – *Judicial Statistics Annual Report*, 2000 (<www.lcd.goc.uk>)
- Macey, J.R. [1998], “Precedent”, in : P.Newman (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol.3, Macmillan, pp. 68-74.
- MacCormick, D.N. et R.S. Summers (eds)[1997], *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate & Dartmouth.
- Masten, S. [2000], entrée « Contractual Choice » dans l'*Encyclopedia of Law and Economics* (B. Bouckaert et G. de Geest, eds), Edward Elgar (<<http://encyclo.findlaw.com/4100book.pdf>>)
- Muir Watt, H. [1999], “Du contrat « relationnel ». Réponse à François Ost”, in : Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *La relativité du contrat*, LGDJ, pp. 169-179.
- Paris, T. [1999], *Le droit et les auteurs. La gestion du droit d'auteur en France, entre systèmes locaux et régulation globale*, thèse de doctorat en gestion de l'Ecole Polytechnique, juillet.
- Posner, R. [1985], “Wealth Maximization Revisited”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2 (1), Fall, pp.85-105.
- Posner, R.A. et Parisi, F. [1997], “Law and Economics : An Introduction”, in : R.A.Posner et F.Parisi (Eds), *Law and Economics - The International Library of Critical Writings in Economics* (81), vol.I, A Elgar Reference Collection, pp. ix-li.
- Postema, G.J. [1982], “Coordination and Convention at the Foundations of Law”, *Journal of Legal Studies*, vol. XI, pp. 165-203.
- Priest, G.L. et Klein, B. [1984], “The Selection of Disputes for Litigation”, *Journal of Legal Studies*, XIII (1), January, pp.1-55.
- Priest, G.L. [1977], “The *Common law* Process and the Selection of Efficient Rules”, *Journal of Legal Studies*, VI(1), January, pp.65-82.
- Rizzo, M. [1985], “Rules versus Cost-Benefit Analysis in the *Common law*”, *Cato Journal*, vol. 4, n°3, Winter, pp. 865-884.
- Rubin, P.H. [1977], “Why Is the *Common law* Efficient ?”, *Journal of Legal Studies*, V (1), January, pp.51-63.
- Rubin, P.H. [2000], entrée “Judge-Made Law”, dans l'*Encyclopedia of Law and Economics* (B. Bouckaert et G. de Geest, eds), Edward Elgar (<<http://encyclo.findlaw.com/9200book.pdf>>)
- Salais, R. [1998], “A la recherche du fondement conventionnel des institutions”, in : R. Salais, E. Chatel, D. Rivaud-Danset (dir.), *Institutions et conventions. La réflexivité de l'action économique*, Paris : Editions de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales.
- Saluden, M. [1985], “La jurisprudence, phénomène sociologique”, *Archives de philosophie du droit*, tome 30, pp.191-205.
- Schwartz, A. [2000], “Contract Theory and Theories of Contract Regulation”, *Revue d'économie industrielle*, n°92, 2è et 3è trimestres, pp. 101-110.
- Serverin, E. [1985], *De la jurisprudence en droit privé*, Presses Universitaires de Lyon, coll ; « critique du droit ».
- Serverin, E. [1993], “Jurisdiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice”, *Droit et Société*, n°25, pp. 339-349.

- Serverin, E. [2001], “Des différents aspects de la contribution des tribunaux à la production du droit”, séminaire TACIS, Nijni (Fédération de Russie), 31 mai (document à paraître).
- Serverin, E. et al. [1997], *L'accident corporel de la circulation, entre transactionnel et juridictionnel*, CERCRID, rapport à la Direction des affaires civiles, Ministère de la justice, Paris.
- Tunc, A. [1975], “La méthode du droit civil : analyse des conceptions françaises”, *Rev. Internationale de droit comparé*, n°2, oct-déc., pp. 817-830.
- Tunc, A. [1985], “La Cour de cassation en crise”, *Archives de philosophie du droit*, tome 30, pp. 157-169.
- Touffait, A. et Tunc, A. [1974], “Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation”, *Re. Dr. Civ.* LXXII, pp.487-508.
- Troper, M. et Grzegorzczuk, C. [1997], “Precedent in France”, in : D. Neil MacCormick et Robert S. Summers (Eds), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate, Dartmouth, pp. 103-140.
- Waquet, P. [1998], “Les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation”, *Droit social*, n°1, janvier, pp. 62-72.
- Zander, M. [1999], *The Law-Making Process*, Butterworths, coll. « Law in Context », 5ème édition.