



HAL
open science

Le précédent en droit français

Paul-Maxence Murgue-Varoquier

► **To cite this version:**

Paul-Maxence Murgue-Varoquier. Le précédent en droit français. Precedentes judiciaires. Diálogos transnacionais, Tirant Lo Blanch, 2018. hal-04184357

HAL Id: hal-04184357

<https://hal.science/hal-04184357v1>

Submitted on 21 Aug 2023

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

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

Le précédent en droit français

Analyser le « précédent » en droit français peut paraître paradoxal. Alors que le droit anglo-saxon reconnaît la règle du précédent obligatoire¹, les pays de tradition romano-germanique, dont la France fait partie, seraient hermétiques au précédent et s'en tiendraient à l'observation de la règle écrite². Le juge serait réduit à n'être, selon les termes de Montesquieu, que la « *bouche de la loi* »³. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les développements que certains auteurs consacrent à la question du précédent. Opposant les systèmes juridiques de tradition romano-germanique à ceux de *Common law*, ils considèrent qu'il existe « *un décalage, pour ne pas dire un abîme entre [ces] deux systèmes* »⁴.

Dans les pays de *Common law*, le précédent se présente comme une règle de droit édictée sous forme générale par un juge suprême à l'occasion d'une décision rendue sur une affaire particulière et qui acquiert, pour l'avenir, force obligatoire⁵. D'une part, le précédent est une décision rendue par un juge suprême : « *seuls les précédents dégagés par les cours supérieures sont obligatoires et impératifs [...]. Les décisions des autres juridictions n'ont qu'une valeur persuasive* »⁶. D'autre part, il est une règle générale qui s'impose à tous les autres juges. Appelés à statuer sur des faits analogues, les juges futurs devront se conformer à la règle de droit posée par les premiers juges⁷. L'existence du précédent suppose donc logiquement que soit reconnu au juge un pouvoir normatif, c'est-à-dire la possibilité pour lui de créer du droit. Or, c'est sur ce problème qu'achoppe le droit français au regard du droit anglo-saxon. Le droit français tend à limiter la liberté du juge dans la création et l'interprétation du droit.

Sous l'Ancien régime, les Parlements disposaient d'un véritable pouvoir normatif. Il leur était loisible de créer de nouvelles règles juridiques dans le cadre d'« arrêts de règlement ». Indépendamment des arrêts rendus *inter-partes*, l'avocat général pouvait décider d'édicter une réglementation supplétive qui, sans contredire les décisions du Roi, constituait une règle de droit local, applicable dans le ressort du Parlement⁸. Cette confusion des pouvoirs de justice et d'administration, associée à l'utilisation abusive de la pratique des arrêts de règlements au XVIIIème siècle, fut condamnée par les révolutionnaires. Au lendemain de la Révolution

¹ Pour ces auteurs, le précédent obligatoire constitue la différence fondamentale entre les systèmes de *Common law* et les pays de tradition romano-germanique. Pour quelques exemples : A. L. GOODHART, « Precedent in English and Continental law », *LQR*, n° 50, p. 40 et s. ; M. CAPELETTI, « The doctrine of *stare decisis* and the Civil Law : A Fundamental Difference or no Difference at All ? » in *Festschrift für Konrad Zweigert, Tübingen*, 1981, p. 381 et s.

² P. GILIKER, « La force du précédent dans le droit anglo-saxon : l'exemple du droit civil anglais » in *Le temps, la justice et le Droit*, Pulim, 2004, p. 307 ; C. N. FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale » in *Droit international privé et public. Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz et Sirey, 1960, p. 139 et s.

³ Montesquieu écrit que « *dans le gouvernement républicain, les juges suivent la lettre de la loi* » ou encore que « *les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* » : MONTESQUIEU, *Esprit des lois in Œuvres complètes*, Pléiade, t. II, 1951, p. 404. Pour une analyse critique : P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence » in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université de Toulouse, 1974, p. 329.

⁴ D. PUGSLEY, « Rapport britannique » in *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, *Economica*, 1982, pp. 98-99. Dans le même sens, H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'Etat et Tribunal des conflits)*, LGDJ, 1999, pp. 25-45 ; pp. 57-69.

⁵ D. TALON, « Précédent » in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1185. Dans le même sens : P. MALAURIE, « Le précédent et le droit », *RIDC*, 2006, p. 319 ; B. PACTEAU, « La force du précédent en droit public français » in *Le temps, la justice et le Droit*, Pulim, 2004, p. 323 ; G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *RIDC*, Journée de la société de législation comparée, vol. 6, 1984, p. 266.

⁶ P. GILIKER, « La force du précédent dans le droit anglo-saxon : l'exemple du droit civil anglais », *art. préc.*, p. 308.

⁷ *Idem* : « *les juges doivent suivre la règle de *stare decisis* : le précédent lie. Il s'agit de respecter les règles posées par les juges* ». Sur le caractère obligatoire du précédent, le droit américain semble faire preuve de plus de souplesse que le droit anglais : « *la technique est la même, sinon que l'on parle de *holding* plutôt que de *ratio decidendi*, mais les conditions d'application sont très différentes, d'où un certain flou [...]. La règle du précédent aux Etats-Unis se rapproche de l'autorité de la jurisprudence en France* » : D. TALON, « Précédent » in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1186.

⁸ Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif » in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 389-392.

française, l'Assemblée nationale constituante adopte la loi des 16 et 24 août 1790 dont l'article 12 dispose que les juges « *ne pourront point faire de règlements* »⁹. Elle crée également le référé législatif qui impose aux juges de saisir le législateur lorsqu'ils « *croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle* ». Soutenu par le principe de séparation des pouvoirs¹⁰, l'article 12 consacre la suprématie de la loi, expression de la volonté générale, dans l'ordre juridique français et réduit ainsi à néant le pouvoir normatif des tribunaux.

Cette défiance à l'égard des juges persiste durant toute la période révolutionnaire¹¹. Sous l'Empire, l'article 5 du Code civil de 1804 réaffirme la prohibition des arrêts de règlements : « *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Cet article est complété par l'article 1351 qui dispose que « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement* ». L'interdiction des arrêts de règlement – que Georges Vedel assimile à une « *prohibition de principe du précédent en droit français* »¹² – a eu une influence considérable sur la culture juridique française¹³. Au début du XX^{ème} siècle, François Gény écrit ainsi que « *l'autorité judiciaire ne peut en France, rien entreprendre sur la fonction législative. D'où résulte que les décisions des tribunaux [...], n'ont pas le pouvoir d'émettre une règle générale qui prétende s'imposer, à titre abstrait, en dehors de l'espèce pour laquelle elle serait légitimement formulée. Les juges sont chargés d'appliquer la loi [...]. Tel est chez nous le principe absolu* »¹⁴. Cet avis est partagé par Raymond Carré de Malberg qui estime, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, que le pouvoir normatif « *est dénié au juge qui ne peut, en fait de droit, créer que du droit d'espèce, c'est en ce sens et pour ce motif qu'il faut énergiquement affirmer que la jurisprudence ne saurait aucunement être envisagée en France comme une source générale du droit positif* »¹⁵. Cette négation du pouvoir normatif du juge est reprise par d'autres auteurs tout au long du XX^{ème} siècle¹⁶.

Pourtant, en même temps que l'article 5 du Code civil prohibe les arrêts de règlement, l'article 4 dispose que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». La stricte application de la loi par les juges suppose que les textes adoptés par le pouvoir législatif soient toujours clairs et dénués de toute ambiguïté ou lacune. Cette vision idéaliste de la loi fut dénoncée par Portalis, rédacteur du Code civil : « *il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue : et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude [...]. On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois* »¹⁷. Hostile au référé législatif, Portalis considère que les magistrats doivent disposer d'un pouvoir d'interprétation pour exercer leur compétence juridictionnelle, sous le contrôle de la loi¹⁸. Alors qu'en 1804, l'article 4 traduit l'infaillibilité du

⁹ Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, titre II, art. 12.

¹⁰ L'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 dispose que « *toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

¹¹ La prohibition des arrêts de règlement est reprise par les Constitutions du 3 septembre 1791 (Titre III, Chapitre V, art. 3), du 15 février 1793 (art. 270 et 271) et du 13 décembre 1799, dite du 22 frimaire an VIII (art. 203).

¹² G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *art. préc.*, p. 265.

¹³ Sur ce point, v. O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit » *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463 et s.

¹⁴ F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, LGDJ, 1919, p. 35.

¹⁵ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, Sirey, 1920, p. 741.

¹⁶ Pour deux exemples : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, PUF, 2004, p. 283 et s. ; J. ROCHE, « Réflexion sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », *AJDA*, 1962, p. 532.

¹⁷ J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil » *in Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Librairie de la Cour de cassation, 1844, p. 14.

¹⁸ *Ibid.* p. 13 : « *quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives.*

pouvoir législatif, il soutient paradoxalement, aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, l'émergence du pouvoir créateur du juge.

Le pouvoir normatif du juge est la source indispensable de la « jurisprudence » en droit français. La jurisprudence est une notion polysémique. Au sens large, elle désigne l'ensemble des décisions de justice rendues par les tribunaux. Ainsi entendue, la jurisprudence a été comparée à un « océan », à un « magma » indifférencié de décisions juridictionnelles¹⁹. Au sens étroit, elle peut se définir comme « l'ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit ou même dans la création du droit »²⁰. Cette définition permet d'identifier, parmi les décisions de justice, celles qui apportent des réponses quant à l'application du droit en insistant sur le rôle essentiel de la jurisprudence comme « source du droit ».

La place de la jurisprudence parmi les sources du droit a été débattue tant en droit public qu'en droit privé, dans des termes sensiblement différents. En droit privé, les discussions ont porté sur l'étendue du pouvoir d'interprétation du juge. Le droit privé est un droit écrit qui s'organise autour de Codes (Code civil, Code de commerce, Code du travail...) et de textes particuliers. Cependant, le pouvoir d'interprétation du juge judiciaire, et singulièrement de la Cour de cassation, lui a permis, au XIX^{ème} siècle et jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle, de combler les lacunes et les insuffisances de la loi²¹. Depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle, le pouvoir créateur du juge s'affirme. Pour Philippe Malaurie, la jurisprudence est devenue une source autonome ; « elle "fait" elle-même la règle qu'elle applique : elle est vraiment [...] créatrice de droit »²².

La jurisprudence a pris une envergure plus importante en droit public. En premier lieu, le droit administratif est un droit « fondamentalement jurisprudentiel »²³. Aucun Code n'a été défini par le législateur pour régir les rapports des citoyens avec l'administration. Seule existe une interdiction faite aux juridictions judiciaires de connaître du contentieux administratif²⁴. Institué par l'article 52 de la Constitution de l'an VIII, c'est au Conseil d'Etat – alors confondu avec l'administration active – qu'il revient de se prononcer sur les litiges administratifs²⁵. La loi du 24 mai 1872 lui confère son indépendance par rapport à l'administration : le Conseil d'Etat statue alors « souverainement » sur le contentieux administratif²⁶. En tant que juge²⁷, le Conseil d'Etat est soumis à l'article 5 du Code civil mais comme l'a fait observer Yves Gaudemet, le juge administratif n'a jamais craint l'arrêt de règlement²⁸. Par ailleurs, la loi de 1872 a également institué le Tribunal des conflits chargé de la répartition des compétences juridictionnelles entre les ordres judiciaire et administratif²⁹. Le 8 février 1873, le juge des conflits rend le célèbre arrêt *Blanco*³⁰ par lequel il

Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes ; ce serait renouveler parmi nous la désastreuse législation des prescrits ». Le référé-législatif sera définitivement supprimé par la loi du 1^{er} avril 1837.

¹⁹ P. JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*, 1989, chron. p. 149.

²⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2007, p. 530, v. « jurisprudence ».

²¹ J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit » in *Le droit privé au milieu du XX^{ème} siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, p. 28 et s.

²² P. MALAURIE, « Les précédents et le droit », *art. préc.*, p. 324.

²³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2001, p. 6.

²⁴ L'article 13 du Titre II de la loi des 16 et 24 août 1790 pose le principe de séparation des fonctions administratives et judiciaires : « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Ce principe est réitéré par le décret-loi du 16 fructidor an III : « défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ».

²⁵ G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFD.A.*, 1990, p. 698.

²⁶ Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat, art. 9.

²⁷ Le Conseil constitutionnel a reconnu à la juridiction administrative son indépendance au même titre que celle du juge judiciaire (Cons. const., 22 juillet 1980 n° 80-119 DC, loi portant validation d'actes administratifs, *Rec. Cons. const.*, p. 46 ; *D.*, 1981, n° spécial, p. 356, note L. HAMON ; *JCP G.*, 1981, n° spécial, note D. NGUYEN QUOC ; *Gaz. Pal.*, 1981, n° spécial, note D. PERRIER-DAVILLE ; *R.A.*, 1981, n° spécial, p. 33, note M. DE VILLIERS).

²⁸ Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », *art. préc.*, p. 397 et s. ; « La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *RDP.*, 2010, p. 1617 et s.

²⁹ Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat, art. 25.

reconnaît la compétence du Conseil d'Etat pour se prononcer sur un dommage causé par un wagonnet de l'administration à une jeune fille. Par une interprétation particulière du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, le Tribunal a lui-même écarté l'application du Code civil – et plus largement du droit privé – pour engager la responsabilité de l'Etat, consacrant ainsi l'« autonomie » du droit administratif français par rapport au droit privé. Dès lors, le juge administratif a été chargé d'élaborer, avec l'aide de la doctrine, « une architecture d'ensemble, une armature conceptuelle, des principes structurants »³¹ permettant de « construire le droit administratif »³² pour soumettre l'administration au respect du droit. Ainsi, Georges Vedel fait observer que, si la jurisprudence apparaît en droit privé comme le complément nécessaire des Codes et lois particulières, elle constitue, en droit administratif, le Code³³.

En second lieu, le droit constitutionnel est longtemps demeuré un droit strictement écrit³⁴. La création du Conseil constitutionnel par la Constitution de la Vème République du 4 octobre 1958 a pourtant consacré la « juridictionnalisation » de cette branche du droit public³⁵. Deux éléments ont permis l'émergence d'une jurisprudence constitutionnelle. D'une part, sous l'effet de la décision du 16 juillet 1971 reconnaissant la valeur constitutionnelle du préambule de 1958 (Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, Préambule de 1946, Charte de l'environnement de 2004...) ³⁶, le Conseil constitutionnel est devenu un véritable juge des droits et libertés fondamentaux en France. D'autre part, l'ouverture de la saisine du Conseil aux groupes parlementaires d'opposition à partir de 1974 a nettement augmenté le nombre de décisions rendues³⁷. L'élargissement des voies de recours s'est poursuivi avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 créant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)³⁸. Ouverte à tous les justiciables, cette procédure permet de contester la constitutionnalité d'une loi portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux que la Constitution garantit³⁹. Ces éléments ont permis au Conseil de développer, depuis de nombreuses années, une jurisprudence qui jouit d'une véritable autorité. L'analyse du droit privé comme du droit public révèle que la jurisprudence est une source importante du droit français.

La jurisprudence a également été définie comme une pratique renvoyant à « l'habitude de juger dans un certain sens » à partir d'une solution préalablement établie par d'autres décisions

³⁰ TC, 8 février 1873, *Blanco, Rec.*, 1^{er} suppl. p. 61 ; *S.*, 1873, III, p. 153, concl. E. DAVID. Cet arrêt est considéré comme un véritable « mythe fondateur » du droit administratif français : G. BIGOT, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, p. 527.

³¹ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Lexis-Nexis, 2016, p. 52.

³² G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *art. préc.*, p. 269.

³³ G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE* 1979, n° 31, p. 31.

³⁴ Il faut cependant faire observer qu'à côté du texte constitutionnel *stricto sensu* se développe une « pratique » des acteurs du droit constitutionnel également source de droit : la « coutume constitutionnelle ». Sur ce point, v. P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, PUF, coll. Léviathan, 1997, 202 pages.

³⁵ Originellement, le Conseil constitutionnel a été créé pour rationaliser le parlementarisme et empêcher les dérives du régime constatées sous les IIIème et IVème Républiques. Il était donc « chargé, à l'initiative de l'exécutif, de contenir le Parlement dans le domaine législatif, qui était le sien et que l'on considérait à l'époque comme déterminé par l'article 34. Durant environ une décennie, le Conseil, d'ailleurs peu saisi, a accepté cette conception minimaliste de la mission qui lui était impartie » : P. PACTE, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Sirey, 36^{ème} éd., 2017, p. 494.

³⁶ Cons. const., 16 juillet 1971, décision n° 71-44 DC, loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association dite « liberté d'association », *Rec. Cons. const.*, p. 29 ; *D.*, 1974, p. 83, chron. L. HAMON ; *AJDA*, 1971, p. 537, note J. RIVERO ; *RDP*, 1971, p. 1171, note J. ROBERT ; *AJJC*, VII-1991 (1993), p. 77, note F. LUCHAIRE.

³⁷ Modifié par la loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974, l'article 61 alinéa 2 de la Constitution dispose que : « les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs ».

³⁸ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, art. 29.

³⁹ L'article 61-1 de la Constitution dispose ainsi : « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

juridictionnelles⁴⁰. Elle s'apparente alors au précédent si bien que certains auteurs n'hésitent pas à assimiler ces deux expressions⁴¹. Pour d'autres au contraire, la « règle du précédent » n'existe pas en droit français car le juge suprême n'est, en théorie, jamais tenu de respecter sa propre jurisprudence⁴². Contrairement au « précédent », la jurisprudence disposerait d'une simple valeur de fait ou d'espèce. Pourtant, « le droit jurisprudentiel » est reconnu⁴³ : « les règles créées par la juridiction suprême, si elles n'ont pas de valeur obligatoire à son égard, en ont une implicite [...] à l'égard des juridictions subordonnées »⁴⁴. Les juridictions inférieures appliquent la règle jurisprudentielle édictée par les Cours suprêmes, sous le contrôle des juridictions supérieures⁴⁵. Ainsi, certains auteurs considèrent que le précédent existe en raison du mimétisme sociologique des juridictions inférieures, craignant une sanction juridictionnelle des juges d'appel et de cassation⁴⁶. Si le juge demeure théoriquement libre d'appliquer une solution différente à des faits similaires, il serait, en pratique, lié par le précédent en raison de « contraintes juridiques »⁴⁷. Cette vision réaliste du droit conduit Nicolas Molfessis à affirmer que « la règle du précédent s'est déjà insinuée dans notre système juridique, sous des formes plus ou moins insidieuses »⁴⁸.

Poser la question de l'existence du « précédent » en droit français, c'est d'abord reconnaître au juge un pouvoir normatif susceptible de lui permettre d'interpréter, de faire évoluer, de créer des normes juridiques. C'est ensuite s'interroger – en droit public comme en droit privé⁴⁹ – sur le rôle de la jurisprudence comme source du droit. Comme l'écrit Georges Vedel, « dans un droit qui ne reconnaît pas l'autorité du précédent au sens strict du terme, le précédent n'a d'intérêt majeur qu'en tant qu'il est un élément de la jurisprudence »⁵⁰. C'est enfin identifier, à travers l'activité juridictionnelle des tribunaux, l'influence des décisions rendues à l'occasion d'affaires particulières sur le règlement d'autres litiges, ainsi que les modalités d'utilisation de ces décisions, assimilables à des précédents en France⁵¹. En définitive, l'étude du précédent est rendue possible par l'analyse du phénomène jurisprudentiel. Si le précédent n'est pas une source officielle du droit français, on observe toutefois qu'il jouit d'une reconnaissance informelle (I) lui conférant, au sein de l'ordre juridique, une autorité relative (II).

I) La reconnaissance informelle du précédent en droit français

Le « précédent » n'est pas *formellement* reconnu en France puisque, en principe, le juge demeure libre d'adapter ou de modifier sa façon de juger. Les décisions de justice sont revêtues de la seule

⁴⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2007, p. 530, v. « jurisprudence ». Le mot « jurisprudence » ainsi entendu désigne, pour Philippe Jestaz, « le phénomène du précédent » : P. JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*, 1989, chron., XXIII, p. 149.

⁴¹ Pour Philippe Malaurie, « les précédents sont les décisions judiciaires rendues dans des cas semblables ; ils constituent la jurisprudence (au sens français du terme) » : P. MALAURIE, « Le précédent et le droit », *art. préc.*, p. 319.

⁴² H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, *op. cit.*, pp. 62-73 ; pp. 83-124.

⁴³ C. EISENMANN, « La justice dans l'Etat » in *La Justice*, PUF, 1961, p. 11.

⁴⁴ M. DEGUERGUE, « Jurisprudence » in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 887.

⁴⁵ E. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, p. 178 et s. ; D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, 1994, pp. 132-133 ; A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité juridique de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1989-2, p. 283.

⁴⁶ Un auteur fait observer que la règle jurisprudentielle « s'appuie sur le passé pour engager l'avenir dans une certaine voie » : M. SALUDEN, « La jurisprudence, phénomène sociologique », *APD*, 1985, p. 191.

⁴⁷ Selon Michel Troper, les « contraintes juridiques » sont des contraintes de comportement résultant d'obligations juridiques et non-juridiques. Sur ce point, v. M. TROPER, « La théorie réaliste de l'interprétation » in *La Théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, pp. 69-84 ; M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS (dir.), C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005, 216 pages.

⁴⁸ N. MOLFESSIS, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD civ.*, 2003, p. 567.

⁴⁹ Elle concerne aussi, dans une moindre mesure, le droit pénal. Sur ce point, v. C. ZAMBEAUX, « Le précédent judiciaire en droit pénal français », *RIDC*, Journée de la société de législation comparée, vol. 6, 1984, p. 223 et s.

⁵⁰ G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *art. préc.*, p. 276.

⁵¹ Pour Bernard Pacteau, s'interroger sur le précédent en droit français, « c'est se demander si le juridictionnel peut en somme glisser vers le jurisprudentiel et jusqu'au jurislatif, de telle façon que de la décision du juge sorte non seulement une application du droit, mais une création de droit » : B. PACTEAU, « La force du précédent en droit public français » *art. préc.*, p. 319.

autorité relative de la chose jugée. La Cour de cassation n'hésite pas à censurer les décisions des juridictions du fond qui se réfèrent directement à un arrêt particulier des Cours suprêmes⁵². Néanmoins, on observe une reconnaissance *informelle* du précédent en droit français : « *le précédent existe bien en fait mais pas en droit* »⁵³. Il implique un travail doctrinal de révélation de la règle jurisprudentielle (A). Le précédent encadre le pouvoir normatif du juge et contribue à assurer à la fois la sécurité juridique et l'unité du droit (B).

A) La révélation du précédent

Si la jurisprudence correspond, au sens large, à l'ensemble des décisions de justice rendues par les tribunaux, il paraît difficile, voire impossible, d'identifier dans cet « océan » de décisions un « précédent ». Au sens strict cependant, la jurisprudence désigne la solution apportée par le juge dans l'application du droit. Le précédent, qui résulte alors de l'interprétation ou de la création du droit par le juge, se présente comme une véritable règle de droit édictée à l'occasion d'une affaire particulière et susceptible de produire des effets au-delà de la solution du litige pour lequel elle a été rendue. En ce sens, la jurisprudence doit donc être considérée comme une véritable source du droit. D'ailleurs, « *les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus pour objet aujourd'hui le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative* »⁵⁴. Cependant, la création d'un « précédent » n'est pas accessible à tous les juges. Seules les juridictions suprêmes bénéficient, en raison de leur place au sommet de l'ordre juridictionnel, de l'autorité nécessaire pour affirmer et faire respecter une règle de droit susceptible d'être reproduite à l'occasion d'autres litiges⁵⁵. A la tête des deux ordres de juridiction, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, en tant que juges du droit, censurent la mauvaise application qui serait faite par les juges du fond de la règle jurisprudentielle. Par ailleurs, les décisions du Tribunal des conflits et du Conseil constitutionnel ne sont pas susceptibles d'être contestées. On observe alors un premier point de convergence avec le système de *Common law* : la question de l'existence du précédent se pose concernant la seule jurisprudence des juridictions suprêmes⁵⁶.

Au sein du phénomène jurisprudentiel, toutes les décisions n'ont pas la même portée normative. On peut ainsi distinguer les « arrêts d'espèce » des « arrêts de principe ». Les premiers n'ont pas vocation à produire des règles de droit susceptibles de s'appliquer au-delà de l'affaire concernée par le litige, les seconds au contraire emportent création ou interprétation novatrice d'une règle de droit. Ils sont donc susceptibles d'être assimilés à des « précédents » car, comme l'écrit Marcel Waline, l'« arrêt de principe » est « *un de ces prototypes qui annoncent, si j'ose dire, une répétition en série, les intéressés ne sont plus le seul plaideur perdant, mais tous ceux qui se trouvent dans une situation juridique analogue, tous ceux qui peuvent redouter de se voir appliquer une solution jurisprudentielle semblable* »⁵⁷. Rendu à l'occasion d'une affaire particulière, l'arrêt de principe énonce, par une formule générale, une solution nouvelle qui trouvera, à l'avenir, de nombreuses applications⁵⁸. Par exemple, le célèbre arrêt *Jand'heur*⁵⁹ de la Cour de cassation du 13 février 1930 institue, au visa de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, une présomption de responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde et

⁵² Par exemple : Cass. soc., 27 février 1991, *Bull. civ.*, V, n° 102 ; Cass. civ, 2^{ème}, 2 novembre 1994, *Bull. civ.*, II, n° 216.

⁵³ J. HARDY, « Le statut doctrinal de la jurisprudence en droit administratif français », *RDP*, 1990, p. 461.

⁵⁴ H. BATIFFOL, « Note sur les revirements de jurisprudence », *APD*, 1967, p. 335.

⁵⁵ Pour le droit privé : P. JESTAZ, « La jurisprudence constante de la Cour de cassation » in *L'image doctrinale de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 207 : selon l'adage, « *il n'y a de jurisprudence que de la Cour de cassation* ». Pour le droit public : G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *art. préc.*, p. 269 : « *le Conseil d'Etat demeure le maître du contentieux administratif* ».

⁵⁶ Cela ne signifie pas que les juridictions du fond ne participent pas à l'élaboration de la jurisprudence et qu'elles n'influencent pas, parfois de façon décisive, la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat. Cependant, le dernier mot sur l'existence d'une véritable règle de droit – susceptible d'être assimilée à un précédent – revient aux Cours suprêmes.

⁵⁷ M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence » in *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 624.

⁵⁸ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972, p. 227.

⁵⁹ Cass., ch. réun., 13 février 1930, *Jand'heur*, *D.*, 1930, 1, p. 57, rapp. LE MARC'HADOUR, concl. P. MATTER, note G. RIPERT.

qui cause à autrui un dommage. Ce régime général de responsabilité, qui n'était pas prévu par le Code civil de 1804, est l'œuvre de la jurisprudence⁶⁰. De même, l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*⁶¹ rendu par le Conseil d'Etat le 30 mars 1916, crée la théorie de l'imprévision dans l'exécution des contrats administratifs. Lorsqu'un événement imprévisible bouleverse l'économie du contrat, le cocontractant de l'administration est tenu de poursuivre l'exécution du contrat et aura droit, en compensation, à une indemnisation partielle de son préjudice. D'origine prétorienne, ces règles jurisprudentielles sont appliquées par le juge aujourd'hui encore et font office de véritables précédents.

Identifier un précédent implique d'abord que la jurisprudence soit accessible. A l'heure de la numérisation des données, ce problème est moins prégnant aujourd'hui qu'hier. Les bases de données, telles que *Legifrance*, offrent aux juristes un large accès aux décisions rendues⁶². En outre, par l'intermédiaire des recueils de jurisprudence (*Recueil Lebon* pour le Conseil d'Etat, *Bulletin civil* et *Bulletin criminel* pour la Cour de cassation), les magistrats eux-mêmes (que l'on qualifie parfois de doctrine « organique » ou « officielle ») sélectionnent les arrêts qui présentent un intérêt juridique particulier⁶³. C'est à travers les motifs de l'arrêt que s'exprime le précédent. Pour Maryse Deguerge, les arrêts de principe « recèlent, dans leur motivation une règle de droit, édictée de façon solennelle et susceptible d'être transposée au règlement de différents semblables »⁶⁴. L'obligation de motivation des décisions de justice, conçue par les révolutionnaires de 1789⁶⁵ comme « une machine de guerre contre l'insoumission judiciaire à la loi »⁶⁶, a paradoxalement servi de point d'appui à la formation de règles jurisprudentielles. Elle est aujourd'hui codifiée à l'article 455 du Code de procédure civile pour les juridictions judiciaires⁶⁷ et à l'article L. 9 du Code de justice administrative pour les juridictions administratives⁶⁸. Elle justifie logiquement l'existence du précédent en droit français : « le même juge, saisi d'une espèce analogue, hésitera à se « déjuger » et reprendra naturellement les mêmes motifs pour justifier sa décision, semblable à la précédente »⁶⁹. Sur le fondement de l'obligation de motivation des décisions de justice, se dégage ainsi la règle de « l'identité de motifs lorsque les causes sont identiques »⁷⁰. Cette obligation de motivation est une règle fondamentale du procès équitable⁷¹. Cependant, la brièveté

⁶⁰ La construction de ce régime de responsabilité du fait des choses avait été amorcée par l'arrêt *Teffaine* du 16 juin 1896 (Cass. civ. 16 juin 1896, DP, 1898, 1, p. 433, concl. SARRUT, note R. SALEILLES) et s'est poursuivie par l'arrêt *Franck* du 2 décembre 1941 (Cass., ch. réun., 2 décembre 1941, DC, 1942, p. 25, note G. RIPERT).

⁶¹ CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec., p. 125, RDP, 1916, p. 206, concl. P. CHARDENET ; *ibid.*, p. 388, note G. JEZE ; S., 1916, III, p. 17, note M. HAURIOU.

⁶² Cependant, « si le site internet Legifrance enrichit sans doute le travail de l'interprète [...], il contribue aussi à l'obscurcir, tant la masse d'information est pléthorique » : T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Lextenso éditions, 2009, p. 246. Les pages internet des juridictions présentent aussi un recensement des arrêts rendus, tels que les sites du Tribunal des conflits ou du Conseil constitutionnel. Les éditeurs privés proposent également leurs propres bases de jurisprudence.

⁶³ La sélection des arrêts s'accompagne d'un classement. Pour la Cour de cassation, le service de documentation et des études attribue des lettres aux arrêts : « P » pour une publication au *Bulletin*, « B » pour une diffusion au sein des juridictions au *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, ou encore « I » pour une mention sur le site interne de la Cour : E. TOIS, « La signification des lettres utilisées pour rendre compte de l'étendue de la publication des arrêts de la Cour de cassation » in N. MOLFESSION (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, LexisNexis Litec, 2005, pp. 139-140.

⁶⁴ M. DEGUERGUE, « Jurisprudence » in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 884.

⁶⁵ Loi des 16 et 24 août 1790, *préc.*, art. 15. L'obligation de motivation des décisions de justice fut rappelée durant la période révolutionnaire par l'article 208 de la Constitution du 5 frimaire an III. Sous l'Empire apparaît la sanction pour nullité des décisions de justice en cas de défaut de motivation : loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice.

⁶⁶ F. ZENATI-CASTAING, « La signification, en droit, de la motivation » in S. CAUDAL, *La motivation en droit public*, Dalloz, 2013, p. 28 ; S. GJIDRARA, « La motivation des décisions de justice », *LPA*, 26 mai 2004, n° 105, p. 3.

⁶⁷ Code de procédure civile, art. 455, al. 1 : « le jugement doit être motivé ».

⁶⁸ Code de justice administrative, art. L. 9 : « les jugements sont motivés ».

⁶⁹ J. BEL, « Le précédent judiciaire en droit privé français », *RIDC*, Journée de la société de législation comparée, vol. 6, 1984, p. 174.

⁷⁰ T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *D.*, 1955, chron. p. 93.

⁷¹ CEDH, 19 avril 1994, *Van den Hurk c. Pays-Bas*, n° 16034/90 § 59, *AJDA*, 1994, p. 511. Le Conseil constitutionnel a récemment imposé aux cours d'assises de motiver – en plus des raisons qui conduisent à la culpabilité de l'accusé – le choix de la peine retenue par le juge : Cons. const., 2 mars 2018, décision n° 2017-694 QPC, *M. Ousmane K et autres*.

de motivation des décisions – en raison de l'*imperatoria brevis* – ne facilite pas l'identification de la règle. Dans le but d'améliorer la lisibilité des décisions, un groupe de travail du Conseil d'Etat a proposé d'introduire dans les motifs des arrêts la référence directe à la jurisprudence utilisée⁷². Si certains juges ont expérimenté cette technique⁷³, la référence aux précédents est loin de faire l'unanimité⁷⁴.

L'identification d'un précédent nécessite l'intervention de médiateurs, ce que Jean Rivero a appelé le « *chœur à deux voix* » de la jurisprudence – faudrait-il dire du juge ? – et de la doctrine⁷⁵. A travers la jurisprudence, la doctrine doit « révéler »⁷⁶ la règle de droit : « *il est rare, hormis quelques considérants rédigés en termes solennels [...], que la règle de droit soit lisible et explicite. Elle est un message qu'il faut progressivement décoder pour en dégager une signification normative et la situer dans le passé en supputant l'avenir, et dont seuls les initiés percevront l'incommunicabilité* »⁷⁷. L'activité doctrinale se concentre sur les motifs de l'arrêt pour identifier la *ratio decidendi*, c'est-à-dire la règle de droit qui se dégage de la solution d'espèce⁷⁸. Elle permet de porter à la connaissance des justiciables la règle de droit contenue dans l'arrêt. C'est à la doctrine que « *revient l'examen et l'analyse de la jurisprudence, au besoin sa critique, sans oublier qu'elle participe à sa construction et à sa synthèse* »⁷⁹. La règle de droit sera alors enseignée par les Professeurs, citée par les rapporteurs publics et les avocats généraux, mobilisée par les plaideurs. La diffusion du précédent s'appuie sur les ouvrages et articles rédigés par la doctrine. Le *GAJA* (Les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*), le *GDCC* (les *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*) ou encore le *GAJC* (les *Grandes arrêts de la jurisprudence civile*) sont autant de moyens utilisés pour faire connaître la règle de droit. En définitive, c'est par l'étude et l'analyse de la jurisprudence que la doctrine révèle un précédent et « *le fait exister en tant que tel* »⁸⁰.

B) Les fonctions du précédent

Alors que les auteurs classiques considéraient que la jurisprudence n'était pas une source du droit, il est aujourd'hui admis que le juge dispose d'un véritable pouvoir normatif. Consciente de ce pouvoir, la Cour de cassation se réfère à sa propre « *doctrine* » pour déclarer irrecevable un pourvoi dirigé contre la décision d'une juridiction de renvoi qui s'est bornée à appliquer une solution antérieurement entérinée par la Cour de cassation⁸¹. Toutefois, la source du pouvoir normatif du juge fait débat. D'aucuns considèrent que ce pouvoir résulte de l'interdiction qui est faite au juge, en vertu de l'article 4 du Code civil, de commettre un déni de justice⁸². D'autres estiment que ce pouvoir est le stade extrême de l'interprétation juridictionnelle⁸³ ou encore qu'il est consacré par l'*opinio juris*⁸⁴. Pour les normativistes, le pouvoir du juge provient du fait qu'il est une autorité habilitée à édicter des normes, sous réserve de conformité aux normes supérieures. Le pouvoir normatif du juge serait à la fois un acte de connaissance (de l'ordonnement juridique) et un

⁷² P. MARTIN (dir.), *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, Rapport du Conseil d'Etat, avril 2012, p. 47.

⁷³ Pour un exemple : CE, sect., 19 avril 2013, *Chambre de commerce et d'industrie d'Angoulême*, req. n° 340093.

⁷⁴ P.-Y. GAUTHIER, « Contre le visa des précédents dans les décisions de justice », *D.*, 2017, p. 752.

⁷⁵ J. RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE*, 1955, p. 511.

⁷⁶ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, 1994, p. 13.

⁷⁷ M. DEGUERGUE, « Jurisprudence » in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 884.

⁷⁸ L'*obiter dictum* ne se rencontre guère dans les décisions des juridictions suprêmes, tenues par l'interdiction de statuer *ultra petita* et adeptes du procédé de l'économie des moyens.

⁷⁹ B. PACTEAU, « La force du précédent en droit public français », *art. préc.*, p. 323.

⁸⁰ M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, *op. cit.*, p. 746.

⁸¹ R. LIBCHABER, « Une doctrine de la Cour de cassation ? », *RTD civ.*, 2000, p. 197.

⁸² M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *art. préc.*, p. 613.

⁸³ P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *art. préc.*, 1974, p. 329.

⁸⁴ P. JESTAZ, « La jurisprudence : réflexion sur un malentendu », *D.*, 1987, chron., p. 11 ; « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*, 1989, chron., p. 149 ; M. SALUDEN, « La jurisprudence, phénomène sociologique », *APD*, 1985, p. 191 ; « Variétés. La jurisprudence aujourd'hui », *RTD civ.*, 1992, p. 337.

acte de volonté⁸⁵. Enfin, pour les auteurs réalistes, le pouvoir normatif du juge émane de sa seule volonté et du pouvoir discrétionnaire dont il dispose pour créer la règle de droit. Il semble toutefois insoluble de trancher la question de la source du pouvoir normatif qui n'a aucune existence formelle. Ce débat s'apparente, en définitive, à un problème d'ontologie du droit⁸⁶. La jurisprudence – comme source du droit – existe et trouve son fondement dans le pouvoir normatif du juge : la fonction jurisprudentielle est le résultat de la fonction juridictionnelle⁸⁷. Pourtant, certains auteurs considèrent la jurisprudence – et donc les précédents – comme une source « abusive » du droit. Dénonçant dans un même mouvement l'atteinte à la séparation des pouvoirs, le « gouvernement des juges » et le caractère « anti-démocratique » de la jurisprudence, Olivier Dupeyroux écrit que « *les juges appliquent la loi comme ils l'entendent. N'ayant d'instructions ni de remontrances à recevoir de personne, ils ne risquent rien à poser des règles qui la méconnaissent* »⁸⁸. Cette part de liberté dont dispose le juge pour exercer la fonction juridictionnelle se traduit notamment dans la technique du « standard »⁸⁹. Le juge mobilise des notions indéterminées lui permettant de faire évoluer le droit au gré des faits. Il en est ainsi des notions de « bonne foi » en droit civil⁹⁰ ou de « circonstances exceptionnelles » en droit administratif⁹¹. La liberté du juge ne peut s'exercer sans limite, au risque de conduire à l'arbitraire⁹². Le précédent joue alors le rôle de *régulateur* du pouvoir normatif.

En premier lieu, le précédent contribue à la sécurité juridique⁹³. Le principe de sécurité juridique, qui « *irrigue l'ensemble de notre droit* »⁹⁴, s'est renforcé sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme⁹⁵, du Conseil constitutionnel⁹⁶ et du Conseil d'Etat⁹⁷. Il implique que les justiciables bénéficient d'une règle de droit stable et prévisible afin qu'ils puissent

⁸⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1999, p. 335 et s. ; G. TEBOUL, « Nouvelles remarques sur la création du droit par le juge administratif dans l'ordre juridique français », *RDP*, 2002, p. 1363.

⁸⁶ F. ZENATI, « La jurisprudence aujourd'hui. Clore enfin le débat », *RTD civ.*, 1992, p. 359. P. ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », *RTD civ.* 1952, pp. 19-20 : « *la doctrine anglaise de l'autorité des précédents dispense les anglais de se livrer à la discussion jamais close chez nous, de savoir si la jurisprudence constitue une source de droit. Ce débat est sans issue car il faut répondre non et oui suivant qu'on se place dans le champ des idées pures ou qu'on considère la réalité des faits* »

⁸⁷ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972, pp. 12-13. Le juge joue un rôle d'adaptation et de suppléance de la loi. D'une part, la jurisprudence permet de faire évoluer un texte ancien, inapte à régir les situations contemporaines. La jurisprudence joue alors un rôle de rajeunissement du texte législatif : J.-L. BERGEL, « « La loi du juge » : dialogue ou duel ? », *Etudes offertes à Pierre Kayser*, t. 1, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 21. D'autre part, en raison de son caractère nécessairement général, la loi ne peut tout prévoir. Il revient alors à la jurisprudence de « *descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* » : J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire du premier projet de code civil », *art. préc.*, p. 8.

⁸⁸ O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit » in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, Dalloz, 1960, pp. 372-373.

⁸⁹ Sur cette notion, v. C. BLOUD-REY, « Le standard » in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1439.

⁹⁰ En ce sens, J.-L. BERGER, *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2012, p. 233 ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, p. 58.

⁹¹ Pour une illustration : CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, *Rec.*, p. 651, *S.*, 1922, III, p. 49, note M. HAURIOU.

⁹² J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *D.*, 1951, *chron.* p. 21 et s. ; C. BRENNER, « Le rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », *APD*, n° 50, 2007, p. 149 et s.

⁹³ Dans le même sens, P. ORIANE, « Nature et rôle de la jurisprudence dans le système juridique », *RRJ*, 1993-4, p. 1308 : « *l'avantage le plus évident qui s'attache à [...] la valorisation du précédent est, bien entendu, d'accroître la prévisibilité des décisions de justice et, partant, la sécurité juridique* ».

⁹⁴ A. CRISTEAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.*, 2002, p. 2814.

⁹⁵ Sur ce point, v. M. DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *CCC*, n° 11, 2001, p. 93 et s. Pour un exemple : CEDH, 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c. France*, *D.*, 1993, p. 561, note F. BENOIT-ROHMER.

⁹⁶ Sur ce point, v. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel » in *Rapport public du Conseil d'Etat*, 2006, p. 369 ; v. également le numéro spécial des *Cahiers du Conseil constitutionnel* : B. MATHIEU (dir.), « Le principe de sécurité juridique », *CCC*, n° 11, 2001, p. 66 et s.

⁹⁷ Pour le Conseil d'Etat, le principe de sécurité juridique est un « *principe général du droit* » : CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, *Rec.*, p. 154 ; *JCP A*, 2006, act. 290 ; note M.-C. ROUAULT ; *JCP A*, 2006, p. 1120, note J.-M. BEORGEY ; *JCP G*, 2006, I, p. 150, *chron.* B. PLESSIX.

« prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements »⁹⁸. C'est pourquoi l'instabilité de la règle jurisprudentielle est contraire à l'objectif de sécurité juridique⁹⁹. En contribuant à la stabilité et à la prévisibilité du droit, le précédent favorise la sécurité juridique¹⁰⁰. En raison de son caractère obligatoire, il est un élément « incontestable de sécurité pour le justiciable »¹⁰¹. L'utilisation des notions de « jurisprudence constante » ou de « jurisprudence établie » illustre d'ailleurs avec force le souci du juge de s'en tenir à un « précédent »¹⁰². Le juge affirme alors sa volonté de reproduire, avec certitude et à l'identique, une solution qu'il avait préalablement déterminée¹⁰³. Il en est ainsi par exemple du principe de non-rétroactivité des actes administratifs unilatéraux que le juge applique parce qu'il constitue une « jurisprudence établie »¹⁰⁴. Ce principe trouve en effet sa source dans un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 25 juin 1948, *Société du journal « l'Aurore »*¹⁰⁵.

En second lieu, le précédent est un gage d'unité du droit. Pour qu'une interprétation jurisprudentielle accède au rang de règle de droit, encore faut-il, conformément au principe d'unité de législation, qu'elle soit la même en tout point du territoire¹⁰⁶. L'unité du droit est une garantie de l'égalité des citoyens devant la loi¹⁰⁷. Ce sont les Cours suprêmes qui veillent à ce que la règle soit appliquée uniformément par les juridictions du fond¹⁰⁸. En statuant en formation solennelle – Assemblée plénière ou Chambre mixte pour la Cour de cassation ; Assemblée du contentieux ou Section pour le Conseil d'Etat – les juges suprêmes renforcent l'autorité de leurs décisions. Le précédent permet aux Cours suprêmes d'affirmer leur autorité hiérarchique¹⁰⁹. De même, les justiciables se conformeront aisément aux précédents, en considérant que les juges saisis de leur situation seront amenés à suivre le même raisonnement. Afin de renforcer le rôle des Cours suprêmes dans l'unification de la jurisprudence, le législateur a créé la procédure d'avis contentieux devant le Conseil d'Etat¹¹⁰ et la Cour de cassation¹¹¹. Celle-ci permet aux juridictions du fond de saisir la Cour suprême pour avis sur une question de droit nouvelle qui présente des difficultés sérieuses se posant « à l'occasion de nombreux litiges ». L'objectif de cette procédure est « clairement, dépassant l'espèce, de fixer et de faire connaître le droit sur un point particulier d'interprétation, donc de faire œuvre normative »¹¹². Cependant, la réception d'un précédent au sein d'un ordre de juridiction dépend de l'attitude des juridictions du fond. Sur ce point, les tribunaux et Cours d'appel de

⁹⁸ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 62.

⁹⁹ C'est notamment le cas en ce qui concerne les « revirements de jurisprudence » : *cf. infra*.

¹⁰⁰ Il peut cependant entraîner un risque d'inertie, voire de conservatisme qui empêche les progrès du droit.

¹⁰¹ J. BEL, « Le précédent judiciaire en droit privé français », *art. préc.*, p. 177.

¹⁰² B. PACTEAU, « La force du précédent en droit public français », *art. préc.*, p. 327 : « c'est aussi une manifestation de modestie du juge qui s'astreint à juger en droit toujours pareil et qui veille à ce que les juridictions inférieures s'y plient ».

¹⁰³ Certains auteurs parlent alors de jurisprudence « acquise » : P. JESTAZ in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 208. Sur la notion de « jurisprudence constante », v. en particulier V. COQ, « Qu'est-ce que la « jurisprudence constante » ? », *RFDA*, 2014, p. 223.

¹⁰⁴ TC, 12 décembre 2010, *Green Yellow c. Electricité de France*, *Rec.* p. 592 ; *AJDA*, 2011, p. 439 ; concl. M. GUYOMAR, note L. RICHER ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 septembre 2013, n° 12-19.483, *Bull. civ.*, III, n° 103, *D.*, 2013, p. 2173 ; *RDI*, 2013, p. 536, obs. P. MALINVAUD ; *ibid.*, 2014, p. 40, obs. H. PERINET-MARQUET.

¹⁰⁵ CE, ass., 25 juin 1948, *Société du journal « l'Aurore »*, *Rec.*, p. 289, *Gaz. Pal.*, 1948, II, p. 7, concl. M. LETOURNEUR, *D.*, 1948, p. 437, note M. WALINE ; *JCP*, 1948, II, p. 4427, note A. MESTRE.

¹⁰⁶ Sur ce point, v. P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 16^{ème} éd., LexisNexis, 2016, p. 185 et s.

¹⁰⁷ En ce sens : R. SAVATIER, « Le juge dans la Cité française », *D.*, 1967, chron., p. 195, spé. p. 201 ; P. ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », *RTD civ.*, 1952, p. 17.

¹⁰⁸ Sur ce point, v. L. BORE, « Les deux fonctions des juridictions suprêmes », *JCP G.*, n° 1-2, 8 janvier 2018, p. 43 ; C. ATTIAS, J. CHEVREAU, X. BACHELLIER, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit » in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 85 et s.

¹⁰⁹ Pour Georges Vedel, « l'intérêt du précédent en tant que tel, en tant que distingué de la jurisprudence, se manifeste surtout dans le dialogue des juridictions de niveau différent » : G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *art. préc.*, p. 276.

¹¹⁰ Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1988, aujourd'hui codifiée à l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, v. D. LABETOUILLE, « Ni monstre, ni appendice : le « renvoi » de l'art. 12 », *RFDA*, 1988, p. 213.

¹¹¹ Loi n° 91-491 du 15 mai 1991, aujourd'hui codifiée à l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, v. A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP*, 1992, I, p. 3576.

¹¹² Y. GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », *art. préc.* p. 400.

L'ordre judiciaire se démarque des juridictions administratives en faisant parfois preuve de « résistance » ou de « rébellion »¹¹³. Exprimant une divergence de point de vue avec la Cour de cassation, les juges du fond refusent alors d'appliquer le précédent¹¹⁴. Cette attitude, qui ne se rencontre guère au sein de l'ordre administratif, demeure toutefois résiduelle¹¹⁵. Bien qu'informelle, la reconnaissance du précédent en droit français lui confère une certaine autorité.

II) L'autorité relative du précédent en droit français

Affirmer l'existence du précédent en droit français nécessite de s'interroger sur son autorité¹¹⁶. Certes, « le précédent au sens pur du terme n'est pas contraignant »¹¹⁷ puisqu'il ne comporte pas, en théorie, de caractère obligatoire. Toutefois, on observe qu'en pratique, l'autorité du précédent se manifeste à travers la jurisprudence : « rien de plus logique et naturel que cette autorité réelle, sinon officielle du précédent, mais un peu plus que seulement factuelle »¹¹⁸ (A). Cependant, le précédent ne dispose pas d'une autorité absolue. Il peut être remis en cause par le juge lui-même s'il estime que la règle de droit doit évoluer. La Cour de cassation considère que « nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée »¹¹⁹ et que « nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante »¹²⁰. On parle alors de « revirement de jurisprudence ». En outre, le législateur dispose du pouvoir de neutraliser un précédent par un « bris de jurisprudence » (B).

A) L'autorité constatée du précédent

Il est possible d'analyser l'autorité du précédent à travers la valeur juridique qui lui est attribuée. Certains auteurs ont d'abord tenté d'affirmer que le précédent était assimilable à la « coutume ». Il remplirait à la fois un critère matériel relatif à la répétition d'une règle dans le temps et un critère psychologique, en raison de l'assentiment suscité au sein de la communauté des juristes de se conformer à la règle (*l'opinio necessitatis*)¹²¹. Cependant, le précédent ne procède pas exclusivement d'une accumulation d'arrêts dans le temps ; son apparition peut également être « instantanée »¹²², ce qui empêche son assimilation à la coutume¹²³. D'autres auteurs considèrent que le précédent dispose d'une autorité légale. En raison de son rôle d'interprétation du texte législatif, la règle jurisprudentielle jouit d'une « autorité d'emprunt » : « l'autorité des [règles jurisprudentielles] est plus qu'étroitement comparable à celle des lois, pour la bonne raison que cette autorité est une autorité d'emprunt : la règle jurisprudentielle emprunte son autorité à la loi ; son autorité n'est autre que celle de la loi elle-même »¹²⁴. Cet argument est très convaincant pour la jurisprudence judiciaire : « n'ayant jamais sa création d'une règle juridique nouvelle et la présentant au moyen d'une interprétation constructive comme une application de la loi,

¹¹³ Sur ce point, v. J. BEL, « Le précédent judiciaire en droit privé français », *art. préc.*, p. 177.

¹¹⁴ Pour un exemple significatif de divergences entre la Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris, v. l'affaire *Babyloup* concernant le licenciement d'une employée voilée au sein d'une crèche privée : P. DELVOLLE, « Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse. L'affaire *Baby-Loup* », *RFDA*, 2014, p. 954.

¹¹⁵ Pour Georges Vedel, cette différence d'approche entre les juridictions administratives et judiciaires s'explique pour des raisons historiques liées à la constitution et à l'organisation interne de chacun des ordres de juridiction : G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *art. préc.*, p. 276.

¹¹⁶ S. KERNEIS, « Autorité » in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, pp. 111-112 : « l'auctoritas opère la transformation en droit plein. Elle « augmente » la valeur d'un acte en lui conférant la plénitude de ses effets juridiques ». L'autorité du « précédent » renvoie par conséquent à l'étendue de son caractère obligatoire.

¹¹⁷ G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *art. préc.*, p. 282.

¹¹⁸ B. PACTEAU, « La force du précédent en droit public français », *art. préc.*, p. 327.

¹¹⁹ Cass., civ., 1^{ère}, 9 octobre 2001, *Franck X c. M. Y et autres*, LPA, 12 mars 2002, note F. MARMOZ.

¹²⁰ Cass., civ., 1^{ère}, 21 mars 2000, *Le Colinet c. Compagnie d'assurance Rhin et Moselle, D.*, 2000, p. 593, note C. ATIAS.

¹²¹ J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit » in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 603 ; A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé. Contribution à l'étude du droit positif à l'époque moderne*, LGDJ, 1932, 556 pages ; M. HAURIUO, « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 15, 1929, p. 109.

¹²² G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public française », *art. préc.*, p. 281.

¹²³ En ce sens : H. LE BERRE, « La jurisprudence et le temps », *Droits*, n° 30, 2000, p. 71.

¹²⁴ O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », *art. préc.*, p. 358.

la règle jurisprudentielle prend par cette fiction figure et valeur légale »¹²⁵. La portée d'une disposition législative s'apprécie à la lumière de l'interprétation jurisprudentielle qu'elle reçoit¹²⁶. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel accepte aujourd'hui de contrôler « la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à » une disposition législative¹²⁷. D'une part, le Conseil constitutionnel se réfère explicitement au précédent en invoquant « l'interprétation jurisprudentielle constante ». D'autre part, il attribue aux précédents, dont la *ratio decidendi* confère une portée « effective » à une loi¹²⁸, une valeur législative.

L'autorité du précédent se manifeste également à travers les « principes généraux du droit ». D'origine prétorienne, ces principes tendent à assurer « la liberté, l'égalité ou la sécurité » des administrés¹²⁹. Depuis 1945, le juge administratif se réfère expressément à ces principes. Il a ainsi qualifié de « principe généraux du droit applicable même en l'absence de texte » les droits de la défense¹³⁰, la liberté du commerce et de l'industrie¹³¹, l'égalité devant la loi¹³² ou encore le droit au recours à l'encontre d'une décision administrative¹³³. Le juge judiciaire utilise lui aussi ces principes¹³⁴. Si l'on émet le postulat que le précédent n'existe pas en droit français car le juge n'est jamais lié par ses décisions, « la probabilité d'irréversibilité [d'un principe général du droit] est proche de la certitude »¹³⁵. René Chapus fait observer, à cet égard, que « les principes généraux du droit sont voués à la permanence. C'est un fait, en tout cas, que jamais le juge n'est revenu sur la consécration de l'un d'eux »¹³⁶. Pour cette raison, certains auteurs assimilent les principes généraux du droit à des « précédents »¹³⁷. Pour Roger Latournerie, ces principes sont des « normes non écrites qui, dans le silence ou l'obscurité de la loi, guident le juge et qui le lient »¹³⁸. Ils s'imposent au pouvoir réglementaire. Sous l'impulsion de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, on assiste, en outre, à une « sublimation » de certains principes généraux du droit en principes constitutionnels¹³⁹. Par une interprétation constructive du préambule de la Constitution de 1958, le Conseil découvre des principes à valeur

¹²⁵ J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », *art. préc.*, p. 50. En l'absence de base légale, il paraît cependant plus délicat de mobiliser cet argument pour une partie de la jurisprudence administrative.

¹²⁶ Sur le rôle créateur du juge judiciaire dans l'interprétation de la loi : A. SERIAUX, « Le juge au miroir. L'article 5 du code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain » in *Mélanges Christian Mouly*, LexisNexis, 1998, p. 171.

¹²⁷ Cons. const., 6 octobre 2010, décision n° 2010-39 QPC, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, *AJDA*, 2011, p. 705, trib. E. SAGALOVITSCH ; *D.*, 2010, p. 2744, obs. I. GALLMEISTER, note F. CHENEDE ; *ibid.*, 2011, p. 529, chron. N. MAZIAU ; *ibid.*, p. 2298, obs. B. MALLET-BRICOUT, N. REBOULI-MAUPIN ; *AJDI*, 2014, p. 124, étude S. GILBERT ; *RTD civ.*, 2011, p. 90, obs. P. DEUMIER. Avant cette décision, la Cour de cassation refusait de transmettre une QPC au Conseil constitutionnelle dirigée contre l'interprétation jurisprudentielle constante d'une disposition législative : Cass., QPC, 19 mai 2010, n° 09-87.307, n° 09-83.328 et n° 09-82.582, *JCP G*, 2010, doct., p. 1039, note N. MOLFESSIS.

¹²⁸ En dehors de l'interprétation d'une loi, le Conseil rejette la question prioritaire de constitutionnalité. Pour une critique, v. E. SAGALOVITSCH, « Des effets de la QPC sur les arrêts de règlement », *AJDA*, 2011, p. 705.

¹²⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 96.

¹³⁰ CE, ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres*, *Rec.*, p. 213, *D.*, 1946, p. 158, note G. MORANGE.

¹³¹ CE, 17 février 1967, *Compagnie maritime auxiliaire d'outre-mer*, *Rec.*, p. 79 ; CE, ass., 13 mai 1983, *Société René Moline*, *Rec.*, p. 191, *AJDA*, 1983, p. 624, note M. BAZEX ; *RA*, 1983, p. 578, note B. PACTEAU.

¹³² CE, ass., 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie*, *Rec.*, p. 74, *AJDA*, 1958, p. 130 concl. F. GREVISSE, *ibid.*, p. 220, chron. J. FOURNIER, M. COMBARNOUS.

¹³³ CE, ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, *Rec.*, p. 110, *RDP*, 1951, p. 478, concl. J. DELVOLLE, note M. WALINE ; CE, 8 décembre 2000, *Hoffer*, *AJDA*, 2000, p. 1065.

¹³⁴ Sur le principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques : Cass, 1^{ère} civ., 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières*, *Bull. civ.* I, n° 348 ; *CJEG*, 1988, p. 107, note L. RICHER ; *Gaz. Pal.*, 1988, 2, p. 685, note M. VERON ; *RFDA*, 1988, p. 771, concl. L. CHARBONNIER et note B. PACTEAU.

¹³⁵ G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *art. préc.*, p. 282.

¹³⁶ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 96.

¹³⁷ J.-P. CHAUDET, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, LGDJ, 1967, p. 110 : « la décision du juge de créer un principe [général du droit] nouveau est comparable, sur certains points, au précédent obligatoire du droit anglo-saxon ».

¹³⁸ R. LATOURNERIE cité in H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, *op. cit.*, p. 116.

¹³⁹ P. DELVOLLE, *Le droit administratif*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2014, p. 58.

constitutionnelle et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹⁴⁰. Ces principes constitutionnels – dont le respect s'impose au législateur – ont vocation à perdurer.

La jurisprudence constitutionnelle est également source de précédents. Au titre de l'article 62 de la Constitution, les décisions du Conseil « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Elles ont une autorité « *plus forte et plus étendue* » que l'autorité de la chose jugée¹⁴¹. Revêtues de l'« *autorité absolue de la chose jugée* »¹⁴², ces décisions ont valeur de précédents obligatoires. Le Conseil d'Etat, le Tribunal des conflits et la Cour de cassation se réfèrent expressément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁴³. Deux exemples permettent de l'illustrer. En premier lieu, l'autorité des décisions du Conseil se manifeste à travers les « *réserves d'interprétation* » formulées sur un texte législatif. Cette technique permet au Conseil « *d'agir directement sur la substance normative de la loi afin de la mettre en harmonie avec les exigences constitutionnelles. Ce faisant, le juge constitutionnel conditionne la validité de la loi à l'interprétation qu'il en fait et évite ainsi de la censurer* »¹⁴⁴. Bien que ce procédé ait été critiqué en raison du fait que les réserves constructives formulées par le Conseil empiètent sur le domaine de compétence du législateur, les réserves d'interprétation s'imposent aux juridictions administratives et judiciaires¹⁴⁵. Le Conseil exerce alors « *une sorte d'imperium juridictionnel* » qui lie les juges chargés d'appliquer la loi¹⁴⁶. En second lieu, l'autorité des décisions du Conseil se manifeste dans l'examen de transmission des QPC exercé par les Cours suprêmes. Pour que la question soit transmise, il faut qu'elle porte sur une disposition qui n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution¹⁴⁷. Les Cours suprêmes se réfèrent aux décisions du Conseil constitutionnel pour refuser de transmettre une QPC sur laquelle il a déjà statué¹⁴⁸. En raison de l'autorité attachée aux décisions du Conseil, elles font office de « *précédents constitutionnels* ».

Le précédent produit aussi des effets au niveau de la procédure contentieuse. Il se manifeste au sujet des questions préjudicielles. Au cours d'un litige soumis à l'un des deux ordres de juridiction, le juge peut être confronté à une question incidente relevant de la compétence de l'autre ordre de juridiction, dont la solution est indispensable pour trancher le litige. Dans ce cas, le juge saisi au principal doit surseoir à statuer pour poser une question préjudicielle à l'ordre de

¹⁴⁰ Sur ces deux notions, v. B. GENEVOIS, M. GUYOMAR, « Principes généraux du droit : panorama d'ensemble », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2017, n° 77 et s.

¹⁴¹ G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 549 ; F. LUCHAIRE, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel est-elle exactement celle de la chose jugée ? » in *Le Conseil constitutionnel*, t. II, 1998, Economica, pp. 11-12.

¹⁴² M. VERPEAUX, « Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, janvier 2011, actualisation : mars 2014, n° 79 et s.

¹⁴³ Respectivement : CE 20 décembre 1985, *Société des Établissements Outters*, *Rec.*, p. 293 ; *RFDA*, 1986, p. 513, concl. P. MARTIN ; TC, 12 janvier 1987, *Compagnie des Eaux et de l'Ozone*, *Rec.*, p. 443 ; *RFDA*, 1987, p. 284, concl. J. MASSOT ; Cass., ass. plén. 10 octobre 2001, *Breisacher*, *Bull. ass. plén.* n° 11 ; note D. CHAGNOLLAUD, X. PRETOT, *RDP*, 2001, p. 1613 ; note O. JOUANJAN, P. WACHSMANN, *RFDA*, 2001, p. 1169.

¹⁴⁴ T. DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation » in G. DRAGO, B. FRANÇOIS et N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 1996, Economica, pp. 189-190.

¹⁴⁵ Cons. const., 21 juillet 1991, décision n° 91-248 DC, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *Rec. Cons. const.*, p. 82, § 33 : « *il appartient aux autorités administratives et juridictionnelles compétentes d'appliquer la loi, le cas échéant sous les réserves que le Conseil constitutionnel a pu être conduit à formuler pour en admettre la conformité à la Constitution* ». En l'absence de mécanisme contraignant permettant de faire respecter l'autorité des décisions du Conseil, certains auteurs ont fait observer que les réserves d'interprétation sont « *tributaire[s] de la bienveillance du juge ordinaire* » : A. VIALLA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 252.

¹⁴⁶ G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *art. préc.*, p. 286.

¹⁴⁷ Ordonnance n° 58 du 27 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, art. 23-2. Sur ce point, v. aussi A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 691.

¹⁴⁸ CE, 19 mai 2010, *Commune de Buc* ; *AJDA*, 2010, p. 1050 ; *ibid.*, p. 1355, chron. S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI ; Cass. soc., QPC, 12 janvier 2011, n° 10-40.055 ; *Lexbase Hebdo, éd. soc.*, n° 429, 24 février 2011, obs. C. RADE.

juridiction compétent. Cette procédure, qui provoque inévitablement un allongement du délai de jugement, a été amendée par le Tribunal des conflits¹⁴⁹. En vertu de l'exigence de bonne administration de la justice, le Tribunal considère que « *tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans des délais raisonnables* ». Par conséquent, le juge judiciaire n'est pas obligé de saisir le juge administratif « *lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal* ». Le recours à la notion de « jurisprudence établie » autorise ainsi le juge à se dispenser d'une question préjudicielle. Initialement limitée aux questions posées par le juge judiciaire, le Conseil d'Etat – « *désireux sans doute de rééquilibrer l'état du droit* »¹⁵⁰ – a étendu la dérogation aux questions posées par le juge administratif au juge judiciaire¹⁵¹. Le précédent est ici utilisé pour simplifier les règles de répartition des compétences juridictionnelles.

B) L'autorité neutralisée du précédent

En dépit de l'autorité réelle dont dispose le « précédent » en droit français, celle-ci demeure relative car le juge conserve toujours la possibilité – parfois très théorique – de revenir sur sa propre jurisprudence. Aucun texte n'interdit au juge de procéder à des revirements de jurisprudence. La fonction juridictionnelle qu'il assume l'invite au contraire à faire évoluer, à adapter et donc à modifier sa propre jurisprudence¹⁵². Un revirement de jurisprudence est une rupture. Il traduit « *l'adoption par le juge, à un instant donné, d'un nouveau raisonnement qui tranche avec les raisonnements antérieurs* »¹⁵³. Le juge peut ainsi, à tout moment, mettre fin à la règle de droit qu'il avait lui-même établie. Le revirement est une décision grave qui implique parfois la réunion de formations solennelles au sein de la Cour suprême, dans le but de faire admettre la solution nouvelle¹⁵⁴. Dans le célèbre arrêt *Nicolo*¹⁵⁵, le Conseil d'Etat a été amené à se prononcer sur la contrariété entre une loi et un traité international. L'article 55 de la Constitution dispose que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Or, selon une lecture restrictive de cet article, le Conseil d'Etat considérait que les traités ne disposaient d'une valeur supérieure aux lois, que si celles-ci avaient été adoptées antérieurement à l'entrée en vigueur du traité¹⁵⁶. Sous couvert du principe de séparation des pouvoirs, le juge refusait de faire prévaloir les traités sur les lois adoptés postérieurement aux traités¹⁵⁷. Réuni en assemblée, le Conseil d'Etat est

¹⁴⁹ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau et autres c. Interprofession nationale porcine (INAPORC) et autres, Cherel et autres c. Centre national interprofessionnel de l'économie laitière (CNIEL)*, Rec., p. 698 ; RFD, 2011, p. 122, concl. J.-D. SARCELET, note B. SEILLER ; *ibid.* p. 1136, note A. ROBLOT-TROIZIER ; AJDA, 2012, p. 27, chron. M. GUYOMAR et X. DOMINO ; JCP, 2011, p. 1208, note J.-G. SORBARA, chron. B. PLESSIX.

¹⁵⁰ B. SEILLER, « Questions préjudicielles », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, septembre 2014, actualisation : novembre 2017, n° 125.

¹⁵¹ CE, sect., 23 mars 2012, *Fédération Sud Santé Sociaux*, Rec. p. 102 ; AJDA, 2012, p. 1583, note E. MARC ; RDT, 2012, p. 376, obs. H. TISSANDIER ; RFD, 2012, p. 429, concl. C. LANDAIS ; *Constitutions*, 2012, p. 294.

¹⁵² N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 14. Pour Yves Chartier, « *une jurisprudence qui ne se modifie pas est une jurisprudence qui se dessèche* » : Y. CHARTIER, « Les revirements de jurisprudence » in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁵³ C. MAUGUE, J.-H. STAHL, « Sur la sélection des arrêts du Recueil *Lebon* », RFD, 1998, p. 778.

¹⁵⁴ Le revirement peut venir d'une formation ordinaire, mais « *le recours à une formation de jugement élevée s'inscrit dans le processus de changement [...]. Le problème y est abordé avec une attention particulière et la volonté réformatrice apparaît plus clairement pour l'extérieur* » : H. LE BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, *op. cit.*, p. 536.

¹⁵⁵ CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec., p. 190, JCP, 1989, II, 21371, concl. P. FRYDMAN ; AJDA, 1989, p. 756, chon. E. HONORAT et E. BAPTISTE ; *ibid.*, p. 788, note D. SIMON ; RFD, 1989, p. 824, note B. GENEVOIS ; *ibid.*, p. 993, note L. FAVOREU ; *ibid.*, p. 1000, note L. DUBOIS ; RFD, 1990, p. 267, obs. D. RUZIE ; AFDI, 1989, p. 91, comm. T. RAMBAUD ; RFD, 2014, p. 985, art. D. LABETOULLE.

¹⁵⁶ CE, sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, Rec., p. 149, AJDA, 1968, p. 235, concl. N. QUESTIAUX ; D., 1968, p. 285, note M. L. ; *Rev. crit. DIP*, 1968, p. 516, note R. KOVAR.

¹⁵⁷ Malgré l'injonction en ce sens du Conseil constitutionnel : Cons. const., 15 janvier 1975, décision n° 74-54, *Rec. Cons. const.*, p. 19 ; AJDA, 1975, p. 134, note J. RIVERO ; RDP, 1975, p. 185, comm. L. FAVOREU, L. PHILIP ; RIDC, 1975, p. 873, note J. ROBERT. Suite à cette décision, la Cour de cassation a accepté d'effectuer le contrôle de conventionalité des lois postérieures à l'entrée en vigueur d'un traité sur la base de l'article 55 de la Constitution : Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabres*, D. 1975, concl. A. TOUFFAIT.

revenu sur sa jurisprudence en acceptant d'effectuer le contrôle de conventionalité de la loi, quelle que soit la date de son adoption. Le revirement de jurisprudence édicte une règle de droit nouvelle qui est susceptible d'être suivie par les juridictions inférieures et de devenir, à son tour, un précédent¹⁵⁸.

Contrairement au précédent, qui est source de stabilité et de prévisibilité du droit, le revirement de jurisprudence se présente comme un facteur d'insécurité juridique. Le revirement a en effet un caractère rétroactif : « *la règle nouvelle va produire effet, non à partir du jugement, dont le prononcé lui confère l'existence, mais à l'égard des faits ou des actes sur lesquels il statue. Or, au moment où le fait s'est déroulé, où l'acte a été pris, la règle jurisprudentielle était, par hypothèse, fixée dans un certain sens. Ce n'est cependant pas cette règle, en vigueur à l'origine du litige, qui lui sera appliquée, mais celle que le juge lui substituera au terme de celui-ci* »¹⁵⁹. Les revirements emportent le risque de contredire les anticipations légitimes des justiciables¹⁶⁰. Dénonçant cette situation, de nombreux auteurs ont appelé à une modulation dans le temps des effets des revirements¹⁶¹. Inspirées par les juridictions étrangères et européennes, les Cours suprêmes françaises se sont octroyées la possibilité de prononcer des revirements de jurisprudence « pour l'avenir ». Aujourd'hui, la Cour de cassation¹⁶², le Conseil d'Etat¹⁶³ mais aussi le Tribunal des conflits¹⁶⁴ peuvent moduler dans le temps les effets d'un revirement, dans le but de préserver la sécurité juridique et la prévisibilité du droit. S'agissant du Conseil constitutionnel, la Constitution lui reconnaît même le pouvoir – dans le cadre du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois – de fixer la date d'abrogation d'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle¹⁶⁵.

Le précédent peut également être neutralisé par l'intervention du législateur. Georges Vedel écrit en effet que « *quelle que soit la généralité et la portée d'une règle jurisprudentielle [...], elle peut être écartée ou condamnée par le législateur* »¹⁶⁶. Parce que le juge est tenu d'appliquer la loi, le législateur est libre de la modifier dans le but de faire échec à une jurisprudence qui lui semble inadaptée ou

¹⁵⁸ F. MODERNE, « Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », *RFDA*, 2007, p. 917 : « *les revirements sont perçus comme effectivement obligatoires* ». Dans le même sens : T. REVET, « La légisprudence » in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois 2005, p. 387 et s.

¹⁵⁹ J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15.

¹⁶⁰ Il faut cependant faire observer que « *tout revirement de jurisprudence ne nuit pas ipso facto à la sécurité juridique. En d'autres termes, tout revirement de jurisprudence ne remet pas forcément en cause des prévisions juridiques légitimement élaborées par les sujets de droit qui se trouvent aujourd'hui soumis à son empire* » : T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.*, p. 340.

¹⁶¹ En ce sens : C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence » in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 123 ; *LPA*, 18 mars 1994, n° 33 ; « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirements ? », *LPA*, 4 mai 1994, n° 53 ; N. MOLFESSIS, « Discontinuité du droit et sécurité juridique », *Louisiana Law Review*, 2003, n° 1, p. 1309. A la demande du Premier Président de la Cour de cassation, un groupe de travail a été mis en place à l'Université Panthéon-Assas Paris II pour réfléchir aux revirements de jurisprudence. Sous la direction du Professeur Nicolas Molfessis, le groupe de travail a rendu son rapport au Premier président le 30 novembre 2004 : N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 32 et s. Ce rapport a suscité des débats doctrinaux, v. S. AMRANI-MEKKI, C. ATTIAS, J.-L. AUBERT, X. BACHELLIER et N.-N. JOBARD-BACHELLIER, M.-A. FRISON-ROCHER, P. MALINVAUD, F. MELLERAY, J. MONEGER et Y.-M. SERNET, « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.*, 2005, p. 293 s. ; V. HEUZE, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP*, 2005, I, p. 130.

¹⁶² Cass., ass. plén., 21 décembre 2006, *BICC*, mars 2007, p. 26 ; *JCP*, 2007, II, p. 10040, note E. DREYER ; *JCP*, 2007, II, p. 10111, note X. LAGARDE ; *RTD civ.*, 2007, p. 72, note P. DEUMIER.

¹⁶³ CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, *Rec.* p. 360 ; *AJDA*, 2007, 1497, trib. S. BRACONNIER, chron. F. LENICA et J. BOUCHER ; *ibid.*, p. 1777, trib. J.-M. WOEHLING ; *D.*, 2007, p. 2500, note D. CAPITANT ; *RDI*, 2007, p. 429, obs. J.-D. DREYFUS ; *ibid.*, 2008, p. 42, obs. R. NOGUELLOU.

¹⁶⁴ TC, 9 mars 2015, *Mme Rızpal c. Société des autoroutes du Sud de la France*, *RFDA*, 2015, p. 265, concl. N. ESCAUT ; note M. CANEDO-PARIS ; *DA*, mai 2015, n° 34, note F. BRENET ; *JCP A*, 2015, p. 2156, note J.-F. SESTIER.

¹⁶⁵ Sur ce point, v. P. PUIG, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD civ.*, 2010, p. 517. Le Conseil constitutionnel s'est également reconnu le pouvoir de différer l'effet de ses décisions dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois : Cons. const., 19 juin 2008, décision n° 2008-564 DC, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, *AJDA*, 2008, p. 1614, note O. DORD ; *D.*, 2009, p. 1852, obs. V. BERNAUD, L. GAY ; *ibid.*, 2009, p. 2448, obs. F. TREBULLE.

¹⁶⁶ G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *art. préc.*, p. 272.

inappropriée. Ce procédé, qualifié de « bris de jurisprudence », est parfaitement illustré par la célèbre affaire *Perruche*. En l'espèce, une femme avait donné naissance à un enfant atteint d'importantes malformations. Plusieurs années plus tard, la mère et son enfant ont agi en responsabilité contre les médecins afin d'être indemnisés du préjudice, résultant du handicap non diagnostiqué de l'enfant, ayant empêché la mère de recourir à une interruption volontaire de grossesse. Confirmant une jurisprudence établie¹⁶⁷, la Cour de cassation a reconnu à l'enfant le droit à réparation de son préjudice résultant du fait d'être né handicapé¹⁶⁸. Cette décision a suscité de vives polémiques en France et a été considérée par certains « *comme une honteuse mise en cause de la valeur de la vie des handicapés, voire une porte ouverte sur l'eugénisme* »¹⁶⁹. En réaction, le législateur a introduit dans la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 des dispositions de nature à mettre un terme à cette jurisprudence¹⁷⁰. Le législateur doit cependant faire preuve de précaution dans l'utilisation de cette technique. En vertu du droit au procès équitable, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé que le Parlement n'était pas autorisé, sauf motifs impérieux d'intérêt général, à s'ingérer « *dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige* »¹⁷¹. Cette solution, reprise par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, permet de sauvegarder l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Si le législateur peut remettre en cause l'autorité du précédent, comme manifestation du pouvoir judiciaire de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat ou du Tribunal des conflits, peut-il également neutraliser les « précédents constitutionnels » ? Parce qu'il contrôle la constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel est placé « au-dessus » du législateur. Alors que la loi constituait, selon le mythe révolutionnaire « *l'expression de la volonté générale* », le Conseil n'a pas hésité à affirmer, conformément aux exigences de l'Etat de droit, que la loi « *n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* »¹⁷². C'est le passage « *du règne de la légalité à celui de la constitutionnalité* »¹⁷³. Dans cette perspective, la jurisprudence constitutionnelle semble inaccessible au législateur. Cependant, l'autorité des décisions du Conseil trouve sa limite dans le pouvoir constituant qui dispose de la possibilité de remettre en cause la jurisprudence constitutionnelle par une révision constitutionnelle¹⁷⁴. Pour certains auteurs, cette « *plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle [...] légitime le contrôle de constitutionnalité des lois* »¹⁷⁵. En définitive, le procédé du bris de jurisprudence, qu'il résulte de l'intervention du législateur ou du pouvoir constituant, permet de neutraliser un précédent. Il exprime le fait que la « *force restera toujours aux institutions démocratiquement élues puisque le législateur, voire, s'il le faut, le constituant, peuvent [...] décider de s'opposer au pouvoir normatif du juge* »¹⁷⁶.

Conclusion : la règle du précédent n'est pas formellement reconnue en droit français. L'article 5 du Code civil interdit au juge d'empiéter sur les fonctions du législateur en édictant des arrêts de règlement. Cependant, si le juge demeure théoriquement libre de modifier à tout moment sa

¹⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 26 mars 1996, *Bull. civ.*, I, n° 155 et 156 ; *D.*, 1997, J, p. 35, note J. ROCHE-DAHAN.

¹⁶⁸ Cass., ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701, *Bull. civ. AP*, n° 9 ; *D.* 2001, p. 316, concl. J. SAINTE-ROSE, *ibid.*, p. 332, note D. MAZEAUD, *ibid.*, p. 336, note P. JOURDAIN ; *RTD civ.*, 2001, p. 103, obs. J. HAUSER.

¹⁶⁹ M.-C. DE MONTECLER, « Les premiers effets de la loi anti-Perruche », *D.*, 2002, p. 2156.

¹⁷⁰ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, art. 1^{er}.

¹⁷¹ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, *Rec. CEDH*, p. 1999-VII.

¹⁷² Cons. const. 23 août 1985, n° 85-197 DC, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, *Rec. Cons. const.* p. 70.

¹⁷³ J.-B. DUBRULLE, « La compatibilité des lois avec la Constitution : un contrôle de constitutionnalité ? », *AJDA*, 2007, p. 127.

¹⁷⁴ Par exemple, la loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile a permis de surpasser une déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel, dans une décision du 13 août 1993 : Cons. const. 13 août 1993, décision n° 93-325 DC, *Rec. Cons. const.*, p. 224.

¹⁷⁵ G. VEDEL, « Schengen et Maastricht », *RFD-A* 1992. 179 : « *la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution. Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levé par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision de la Constitution* ».

¹⁷⁶ N. MOLFESSION (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 13.

jurisprudence, on constate en pratique que les tribunaux suivent les règles jurisprudentielles déterminées par les Cours suprêmes à travers les arrêts de principe. On assiste alors à la formation de jurisprudences « constantes », « établies » ou encore à la reconnaissance d'une véritable « doctrine » de la Cour de cassation. En faisant une application répétée de ces principes d'origine prétorienne à d'autres situations, les tribunaux admettent l'existence informelle du précédent en droit français. Il permet d'encadrer le pouvoir normatif du juge et d'améliorer la prévisibilité et la stabilité de la règle jurisprudentielle. Il dispose en outre d'une véritable autorité, que certains auteurs assimilent à la loi. A travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le précédent acquiert même une autorité qui s'impose à l'ensemble des institutions administratives et juridictionnelles en France. Cependant, l'autorité du précédent demeure relative. D'une part, le juge conserve la possibilité de revenir sur les règles de droit qu'il a lui-même établies. D'autre part, le législateur et le pouvoir constituant peuvent toujours choisir de mettre fin à un précédent. En définitive, bien que des différences persistent entre droit français et droit anglo-saxon, la technique du précédent a largement innervé le droit français.

Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER
Docteur en Droit public
Equipe de Droit Public de Lyon
Institut d'Etudes Administratives