



HAL
open science

Faire jurisprudence : le jeu des formules et des cas

Vincent Réveillère

► **To cite this version:**

Vincent Réveillère. Faire jurisprudence : le jeu des formules et des cas. Valérie Michel; Emmanuel Putman; Vincent Réveillère; Frédéric Rouvière. Liber Amicorum J-Y Chérot, Bruylant, 2023. hal-04529710

HAL Id: hal-04529710

<https://hal.science/hal-04529710v1>

Submitted on 2 Apr 2024

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.

FAIRE JURISPRUDENCE : LE JEU DES FORMULES ET DES CAS

Vincent Réveillère

I. INTRODUCTION : LA PRODUCTION NORMATIVE DU JUGE

Jean-Yves Chérot remarque que « le cas et la façon de le traiter » revêtent une importance cruciale pour « comprendre ce que c'est qu'une règle, ce que c'est que la construire, la formuler ou encore la suivre tout autant (et peut-être plus) que ce que c'est que l'appliquer¹. » La question de la production normative du juge est classique – on pense notamment au débat sur la jurisprudence comme source de droit. Elle a été renouvelée par l'évolution des pratiques jurisprudentielles – autour, par exemple, de l'interrogation sur la modulation de l'effet des décisions dans le temps. Nous l'aborderons différemment en suivant l'invitation du dédicataire de ce texte à penser la règle à partir du « mode de traitement des cas » : Que fait le juge lorsqu'il décide des cas et forge des formules ? Comment cas et formules jouent-ils pour faire jurisprudence ?

A. Communiquer les normes : entre formulation générale et cas exemplaire

La distinction entre les différentes façons de poser une règle présentée par Herbert Hart dans *Le concept de droit* permet de rappeler que le cas ne s'oppose pas à la règle. L'auteur distingue deux façons de communiquer des modèles généraux de conduite, faisant un usage plus ou moins important de « termes généraux établissant des catégories » : la législation et le précédent². Il prend l'exemple suivant : avant d'aller à l'église, un père peut dire à son fils : « Tout homme et tout garçon doit enlever son chapeau en entrant dans une église³. » Il peut aussi, se découvrant alors qu'il entre, lui dire : « Regarde : voici la façon correcte de se comporter en de telles circonstances⁴. » Hart utilise ces deux idéaux-types pour souligner que la différence entre ces deux modes de détermination des règles, associés aux systèmes de *Common Law* et de *Civil Law*, a souvent été exagérée.

En effet, se distinguant sur ce point de Bentham, il conteste l'idée selon laquelle un système de règles énoncées dans des textes écrits serait nécessairement plus prévisible qu'un système de règles fondées sur les décisions antérieures des juges. En raison de la texture ouverte des concepts, l'usage de termes classificateurs généraux n'offre pas nécessairement de certitude. Comme il l'explique dans le chapitre VII du *Concept de droit*, le raisonnement que suit celui qui applique une norme formulée en des termes généraux présente des similarités avec le raisonnement mis en œuvre pour appliquer un précédent. Ainsi, le gardien de parc qui doit déterminer si l'entrée dans

¹ J-Y CHÉROT, « Les tensions entre le cas et la règle dans le raisonnement en droit », *Cahiers de Méthodologie Juridique*, n° 2018-5, p. 1817.

² H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. Michel VAN DE KERCHOVE, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint Louis, 2005, p. 143.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

le parc en patins à roulettes tombe sous le coup de l'interdiction faite aux véhicules de pénétrer dans le parc raisonne notamment en termes de ressemblances et de différences pertinentes par rapport au cas paradigmatique : celui de l'entrée d'une automobile dans le parc⁵.

Notre propos n'est pas de revenir sur cette question de façon générale, mais de remarquer que, plus que de constituer deux méthodes alternatives, ces deux façons de poser une règle peuvent coexister : lorsque le juge décide une affaire, on trouve souvent une référence à un cas (ou à un ensemble de cas) et une formulation générale de la règle. Autrement dit, en poursuivant l'exemple de l'église donné par Hart, le juge peut se trouver dans la position du père qui, se découvrant alors qu'il entre dans l'église, dit à son fils : « Regarde : Tout homme et tout garçon doit enlever son chapeau en entrant dans une église ». Lorsque ces formulations générales se figent et prennent une forme stéréotypée, répétée d'un cas à l'autre, elles peuvent être vues comme des formules. Si elles sont susceptibles de circuler largement, leur « enracinement casuistique concret⁶ », pour emprunter l'expression de Yan Thomas, vient perturber l'opposition entre la législation et le précédent : composées de termes généraux, les formules peuvent rester liées aux situations particulières dans lesquelles elles ont été forgées ou appliquées.

Cette imbrication entre formulation générale et référence à des cas spécifiques se trouve dans d'autres contextes que les discours juridiques. Elle est au cœur de la théorie du quasi-nom propre développée par Jean-Claude Passeron⁷. Pour celui-ci, les concepts sociologiques ou historiques peuvent être à la fois indexés sur des cas et exprimés dans des définitions générales. Ils sont à ce titre des « abstractions incomplètes », ou des « *noms communs imparfaits* qui camouflent, derrière l'écran de définitions génériques multiples et flottantes, incapables à elles seules de maintenir leur sens constant, l'intervention implicite de *déictiques* non énoncés⁸ ». Le sociologue propose donc de les considérer comme des « semi-noms propres⁹ » : « La définition des concepts qui dotent de généralité empirique les mots de la description historique ou de l'analyse sociologique associe en effet étroitement une opération, le plus souvent implicite, d'indexation sur des "cas" et une immobilisation provisoire et partielle par des procédures de définition générique¹⁰. » De nombreux concepts, familiers des juristes, semblent fonctionner de cette façon. Pensons, par exemple, au concept de régime présidentiel, dont de nombreuses définitions ont pu être données mais qui est aussi quasiment systématiquement attaché au régime états-unien.

Cette indexation de certains concepts se retrouve parfois dans leur dénomination même. Pour prendre un exemple dans le même domaine, il en va ainsi du recours à la locution « régime conventionnel » pour désigner un régime d'assemblée. On perçoit bien la tension entre un cas exemplaire et des définitions recourant à des termes génériques qui permettent d'étendre le concept à de nouvelles situations. Ce phénomène s'observe également pour des concepts et des normes jurisprudentielles

⁵ *Ibid.*, p. 145 s.

⁶ Y. THOMAS, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *Les opérations du droit*, Paris, EHESS, 2011, p. 233.

⁷ Je remercie Pierre Brunet de m'avoir signalé l'intérêt que pourrait représenter cet aspect du travail de Passeron pour penser les concepts juridiques.

⁸ J-C PASSERON, *Le raisonnement sociologique : un espace non poppérien de l'argumentation*, Paris, Albin Michel, 2006, p. 130.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 581.

qui, bien qu'exprimés dans des formules stéréotypées, sont parfois désignés par le nom du cas dans lequel ils ont été forgés. Ainsi parle-t-on couramment, entre initiés, des jurisprudences *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*¹¹, *Dassonville*¹² ou *APREI*¹³.

B. L'autorité des arrêts antérieurs : entre le texte et le cas

Nous ne cherchons pas à lever l'ambiguïté que peut générer cette imbrication des formules et des cas mais plutôt à nous intéresser à ce qu'elle produit et à la façon dont elle joue lorsque les décisions antérieures du juge sont convoquées dans l'argumentation – que cela soit par le juge lui-même, dans sa justification, ou par les acteurs de la controverse qui se déroule devant lui et qui porte ensuite sur ses arrêts. Autrement dit, il s'agit de s'intéresser au fait que les arrêts antérieurs peuvent être invoqués dans le cadre des deux grands modèles d'argumentations distingués par Frédéric Rouvière, qui oppose les arguments qui renvoient au cas et ceux qui renvoient à des définitions¹⁴. En ce sens, les arrêts antérieurs revêtent une certaine autorité, que l'on soit dans un système de *Common Law* ou de *Civil Law*¹⁵, mais ce qui fait autorité n'est pas nécessairement compris de la même manière. En effet, comme l'a montré Jan Komárek, la façon dont un arrêt est interprété – et notamment la place accordée au cas et aux formulations générales – dépend d'un certain contexte culturel ; ne pas le voir en se limitant à une version classique de la doctrine du précédent en *Common Law* conduit à des confusions importantes¹⁶.

Pour dépasser une conception largement mythique du précédent en *Common Law* et pour ne pas se limiter à l'opposition tranchée entre *Common Law* et *Civil Law*, Jan Komárek distingue de manière idéal-typique deux façons dont le juge « raisonne avec les décisions antérieures ». Elles se différencient par la place accordée au texte de l'arrêt et au cas tranché par celui-ci : le « modèle d'attachement au cas [*case-bound model*] » et le « modèle législatif [*legislative model*] ». Dans le modèle d'attachement au cas, « les faits sont déterminants. Ils déterminent non seulement le juge initial lorsqu'il rend sa décision, mais aussi les juges postérieurs, lorsqu'ils dégagent la règle “impliquée” par la décision précédente¹⁷. » Comme dans la doctrine classique du précédent, ce qui compte est en principe la norme que la décision prise par le juge implique, plus que la manière dont elle est formulée. Au contraire, dans le modèle législatif, ce qui fait autorité n'est pas la règle telle qu'elle a été utilisée dans le cas antérieur, mais la règle telle qu'elle a été formulée dans celui-ci. Ce qui compte est le texte de l'arrêt qui peut s'interpréter en faisant abstraction du cas décidé par le juge – c'est ainsi que sont le plus souvent compris les arrêts des juges appartenant à des systèmes de *Civil Law*.

Ces modèles, explique Jan Komárek, s'insèrent dans une certaine représentation de l'autorité du juge, dans un certain système de justification du pouvoir. Dans le

¹¹ CC, Décision n° 85-187 DC du 25 janv. 1985.

¹² CJCE, 11 juill. 1974, *Dassonville*, 8/74.

¹³ CE, Sect., 22 fév. 2007, n°264541.

¹⁴ F. ROUVIÈRE, *Argumentation juridique*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2023.

¹⁵ Guillaume LEROY montre bien dans sa thèse l'autorité dont sont revêtues les décisions antérieures dans le contexte français : *La pratique du précédent en droit français : Étude à partir de l'avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, thèse Aix-Marseille Université, 2021.

¹⁶ J. KOMÁREK, « Reasoning with Previous Decisions : Beyond the Doctrine of Precedent », *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, n° 1, 2013.

¹⁷ *Ibid.*, p. 157.

modèle d'attachement au cas, comme pour le *Common Law*, l'autorité des décisions s'appuie sur le mythe d'une évolution incrémentale du droit, par un processus d'essai et d'erreur. Dans le modèle législatif, de même que dans les systèmes de *Civil Law*, l'autorité du juge découle essentiellement de sa place dans l'ordre juridique. Il faut ajouter que cette autorité est elle-même en grande partie fondée sur son rôle d'interprète ; la légitimité de la décision du juge vient notamment du fait qu'elle est censée révéler la volonté de l'auteur du texte.

Pour Jan Komárek, ces deux modèles, et le passage de l'un à l'autre, peuvent coexister au sein de différents systèmes comme deux façons de raisonner avec les décisions antérieures. Si la tradition de *Common Law* est plus proche du modèle d'attachement au cas, il montre que l'importance donnée au texte des décisions a fait l'objet de nombreuses discussions aux États-Unis. Peter Tiersma met ainsi en évidence un processus de « textualisation du précédent [*textualisation of precedent*] », dans lequel l'attention est plus portée à la formulation des décisions antérieures qu'à la règle appliquée dans les cas¹⁸. À l'opposé, on pourrait dire que la pratique des juges de systèmes de *Civil Law* semble accorder une importance croissante aux cas, en introduisant des références à leurs décisions antérieures, comme la Cour de cassation, ou en mettant en œuvre certaines formes de raisonnement qui semblent centrées sur les cas, comme le contrôle de proportionnalité. Enfin, de nombreux juges, comme la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour européenne des droits de l'homme, échappent largement à l'opposition entre juges de *Common Law* et juges de *Civil Law* et empruntent aux deux modèles de raisonnement distingués par Jan Komárek.

C. Faire jurisprudence : instituer les normes

Par « faire jurisprudence », nous désignons le processus par lequel les décisions de justice participent à l'institution des normes juridiques. La question de l'institution des normes soulève de nombreux problèmes en philosophie, notamment à la suite de la célèbre discussion par Wittgenstein de la possibilité de suivre une règle. Nous ne développerons pas cette question – elle a été exposée et discutée beaucoup mieux que nous ne saurions le faire par Jean-Yves Chérot¹⁹. Nous mentionnerons simplement que, comme le philosophe Robert Brandom, nous concevons l'institution des normes comme un processus social et historique d'engagement et de reconnaissance réciproque²⁰. Fonder, comme il le propose, les normes dans la pratique est ce qui permet d'éviter la régression à l'infini, tout en refusant une approche dans laquelle les normes ne seraient que de simples régularités.

Il en résulte, pour ce qui nous intéresse, que reprendre une formule ou citer un arrêt en référence contribue à en déterminer la signification et à l'instituer comme faisant autorité. Il s'agit donc de penser l'autorité des arrêts antérieurs sur les arrêts postérieurs, mais également celle de ces derniers sur les premiers. Autrement dit, les décisions passées n'ont d'autorité que si celle-ci leur est reconnue par les arrêts postérieurs. L'acte par lequel le juge reconnaît l'autorité d'une décision passée dans le

¹⁸ P. TIERSMA, « The Textualization of Precedent », *Notre Dame Law Review*, vol. 82, n° 3, 2006.

¹⁹ J.-Y. CHÉROT, « Suivre une (la) règle », dans J.-J. SUEUR et P. RICHARD (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

²⁰ La position de Robert Brandom est développée dans le premier chapitre de *Rendre Explicite*, R. BRANDOM, *Rendre explicite : raisonnement, représentation et engagement discursif, deuxième partie*, Paris, les éditions du Cerf, 2011, p. 57s.

cadre d'une autre affaire correspond à ce que Robert Brandom nomme une « reconstruction rationnelle ». Il s'agit d'une reconstruction « parce que certaines décisions antérieures sont traitées, en pratique, comme non pertinentes, comme n'ayant pas valeur de précédent, ou comme incorrectes²¹ ». Elle est rationnelle parce que le juge est tenu, pense le philosophe, de donner les raisons de son appréciation : il est responsable devant la tradition constituée à partir des arrêts des juges antérieurs, et cette responsabilité sera évaluée par les juges futurs : « L'autorité du passé sur le présent est administrée en son nom par le futur²². »

La façon dont Robert Brandom conçoit la reconstruction rationnelle permet de penser l'autorité des arrêts dans un modèle où celle-ci n'est pas donnée mais résulte de la façon dont ces arrêts sont traités en pratique. Ce qui nous intéresse dans cette contribution est de penser le rôle des cas et des formules dans ce processus. Notre propos n'est ni de chercher à caractériser la façon dont s'interprètent les arrêts dans un système particulier ni de dire que celle-ci est similaire dans tous les systèmes. Il s'agit simplement de se demander plus précisément de quoi l'on parle lorsque l'on évoque les « précédents » d'un juge, ou lorsque l'on dit, plus simplement, qu'il s'agit d'appliquer telle jurisprudence dans une affaire ou que ce point a déjà été tranché. Ces questions sont parfois envisagées sous l'angle de la distinction entre les motifs et le dispositif, dans la tradition de *Civil Law*, ou dans la recherche de la *ratio decidendi*, dans la tradition de *Common Law*. Nous proposons d'aborder la question de façon très différente à partir d'une réflexion sur le rôle des cas et des formules dans l'institution des normes jurisprudentielles.

Il s'agit de s'interroger, au-delà de la chose jugée dans l'affaire, sur ce que fait le juge lorsqu'il décide un cas à l'aide d'une formulation générale, mais aussi sur ce qu'il peut faire de ce qu'ont fait les juges antérieurs et ce que les juges postérieurs pourront faire de ce qu'il fait. Autrement dit, comment le juge peut-il jouer avec les formules et les cas quand il décide ? Mais aussi, comment, cas et formules, échappant à leur auteur, jouent-ils dans l'institution des normes juridiques ?

Sans prétendre donner une réponse complète à ces questions, nous chercherons dans cette contribution à caractériser différentes opérations typiques par lesquelles le juge fait jouer les cas et les formules et nous nous demanderons en quoi elles participent à l'institution des normes juridiques. Sans chercher l'exhaustivité, il est possible de distinguer six opérations. Celles-ci peuvent se trouver tant dans des systèmes de *Common Law* que de *Civil Law* ou des systèmes hybrides, mais elles ont une fréquence variable et elles revêtent des significations différentes selon le contexte dans lequel elles interviennent et selon le « style judiciaire » adopté par chaque juridiction²³. Les trois premières conduisent à instituer les formules et les cas en reconnaissant leur autorité (II). Au contraire, les trois dernières, en ne reconnaissant pas celle-ci, emportent la destitution des formules et des cas (III).

²¹ R. BRANDOM, « A Hegelian Model of Legal Concept Determination. The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel », dans G. HUBBS et D. LIND (dir.), *Pragmatism, law, and language*, New York, Routledge, 2013, p. 32.

²² R. BRANDOM, *Tales of the mighty dead: historical essays in the metaphysics of intentionality*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, p. 233.

²³ Sur les styles judiciaires, V. le dossier coordonné par Pierre Brunet, Jean-Louis Halpérin et Raphaëlle Nollez-Goldbach dans le numéro 91 de *Droit et société*, 2015.

II. INSTITUER LES FORMULES ET LES CAS

Trois opérations impliquant une certaine reconnaissance des cas et des formules peuvent être distinguées. Elles peuvent être conçues comme différentes façons de faire jurisprudence, en ce qu'elles participent à l'institution de normes et de concepts jurisprudentiels. La première consiste à exprimer dans une formule la solution donnée antérieurement à un ou plusieurs cas (A). La deuxième conduit à décontextualiser une formule déjà utilisée, elle est reprise tout en étant détachée du cas dans lequel elle a été forgée ou des cas dans lesquels elle a été utilisée (B). Au contraire, la troisième opération consiste à recontextualiser une formule, cette dernière est ramenée au cas dans lequel elle a été auparavant employée (C).

A. Exprimer : formuler les cas

Dans le modèle classique du *Common Law* et dans le modèle d'attachement au cas, les termes utilisés par le juge sont en principe indifférents ; seuls devraient compter les cas. Poussé à l'extrême on peut d'ailleurs envisager une formulation purement déictique, comme dans l'exemple de Hart où le père, se découvrant alors qu'il entre dans l'église, dit à son fils : « Regarde : voici la façon correcte de se comporter en de telles circonstances. » Au contraire, les juges relevant du *Civil Law*, comme les juges français, sont en principe assez éloignés de cette situation. On trouve toutefois des concepts, comme l'inexistence en droit administratif, pour lesquels, en l'absence d'une formulation générale stabilisée, on s'en remet essentiellement aux cas dans lesquels ils ont été appliqués : les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* expliquent ainsi, sous l'arrêt *Rosan Girard*, que « des décisions rendues on ne peut déduire de formules générales²⁴ ». En outre, de nouveaux modes de raisonnement, comme le contrôle de proportionnalité, conduisent à mettre l'accent sur les cas. Dans la fameuse ordonnance *Gonzalez-Gomez*²⁵ du Conseil d'État ou dans le non moins célèbre arrêt de la Cour de cassation écartant la règle de l'interdit législatif du mariage entre alliés en ligne directe²⁶, on voit par exemple difficilement ce qui peut faire autorité, à part la façon dont le juge a décidé le cas²⁷.

Toutefois, même lorsque c'est essentiellement la façon dont le juge a tranché le cas qui compte, il est commun qu'après un certain nombre d'applications la solution fasse l'objet d'une formulation, dans une forme d'explicitation. Cela explique d'ailleurs pourquoi la doctrine classique du précédent en *Common Law* constitue un modèle idéal-typique pour présenter le processus d'explicitation des normes linguistiques pour Robert Brandom. Dans l'exemple de Hart, on peut imaginer qu'à un certain moment le père exprime la norme par une formule qu'il répètera à l'avenir, par exemple en disant alors qu'il entre dans l'église : « Regarde : tout homme et tout garçon doit enlever son chapeau en entrant dans une église ». L'importance de la formulation a bien été mis en évidence par Edward Levi dans le contexte états-unien :

²⁴ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 23e éd., Paris, Dalloz, 2021, p. 489.

²⁵ CE, Ass., 31 mai 2016, 396848.

²⁶ Cass., civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-2606.

²⁷ Pour une critique de la présentation de cette affaire comme une illustration du contrôle de proportionnalité *in concreto*, Voy. J.-Y. CHÉROT, « Qu'est-ce que le contrôle *in concreto* ? », *Cahiers de Méthodologie Juridique*, n° 2018-5.

« Si la société a commencé à voir certaines similarités ou certaines différences comme importantes, la comparaison se fera avec un mot. Lorsque le mot est finalement accepté, il devient un concept juridique. Sa signification continue à évoluer. Mais la comparaison n'interviendra plus simplement entre les cas qui ont été subsumés sous celui-ci, mais se fera aussi au regard des cas hypothétiques que le mot suggère lui-même. Ainsi, la connotation du mot est, pour un temps, contraignante, au point que le raisonnement peut même apparaître comme simplement déductif²⁸. »

Ces formulations générales demeurent néanmoins secondaires pour Levi, elles restent indexées aux cas dans lesquels elles ont été appliquées. Le terme vient après les cas et procède de la comparaison des situations concrètes. C'est ce que montre son modèle circulaire d'institution et de destitution des concepts juridiques dont il convient de présenter pour le moment les deux premières étapes. Lors de la première, le concept est forgé à partir des comparaisons opérées entre les cas, sa formulation peut donner lieu à différentes tentatives. Ensuite, dans une seconde étape, le concept est plus ou moins stable. Toutefois, la détermination des situations qui relèvent ou non du concept se fait dans le cadre d'un raisonnement par l'exemple : l'essentiel se passe, explique-t-il, au niveau du raisonnement casuistique : « le raisonnement juridique [*the legal process*] ne fonctionne pas au niveau de la règle mais à un niveau bien inférieur²⁹ ». Ainsi, pour Levi, « la formulation de la règle est analogue au rappel de la signification d'une loi ou de la constitution, mais elle joue un rôle beaucoup moins important. Il s'agit d'un faux-semblant³⁰ ».

Pour illustrer son modèle, Levi utilise la construction jurisprudentielle d'un régime de responsabilité en l'absence de relation contractuelle directe. Dans un premier temps, les juges raisonnent sur les cas sans que ne s'impose une formulation générale. Ils décident par exemple qu'une arme défectueuse entraîne la responsabilité du vendeur à l'égard de ceux à qui elle avait été donnée par l'acheteur³¹ ou que le cocher d'une voiture défectueuse acquise par la compagnie de transport qui l'emploie ne pouvait pas engager la responsabilité du fabricant³². C'est finalement avec l'affaire *Longmeid v. Holliday*³³ que le juge explique qu'une distinction pertinente à prendre en compte est que la chose soit dangereuse par nature ou en elle-même – il décide dans l'affaire que cela n'est pas le cas d'une lampe qui explose.

Débutent alors pour Levi la seconde étape, avec l'arrêt *Thomas v. Winchester*³⁴, dans laquelle la règle impliquée dans l'arrêt *Longmeid v. Holliday* est appliquée et formulée de façon stable. Dans cette affaire, un pharmacien avait vendu à une cliente une préparation fabriquée et étiquetée de façon erronée par un fabriquant. Pour passer outre l'impossibilité d'engager la responsabilité de ce dernier en l'absence de relation contractuelle, le juge reconnaît une exception liée à la spécificité de son activité. La responsabilité peut être engagée en cas de « danger imminent [*imminent danger*] ». À la suite de cet arrêt, une partie importante de la controverse portée devant les juges se

²⁸ E. H. LEVI, « An introduction to legal reasoning », *The University of Chicago Law Review*, vol. 15, n° 3, 1948, p. 506s.

²⁹ *Ibid.*, p. 507.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Langridge v. Levy*, 2 Meeson & Welsby 519 (1837).

³² *Winterbottom v. Wright*, Meeson & Welsby 109 (1842).

³³ *Longmeid v. Holliday*, 155 Eng. Rep. 752 (1851).

³⁴ *Thomas v. Winchester*, 6 N.Y. 387 (1852).

concentre sur la détermination des cas dans lesquels il est permis de dire qu'un tel danger existe. Nous verrons que cette formulation a été remise en cause par la suite.

L'importance de la formulation est de plus en plus marquée dans les systèmes de *Common Law* avec le processus de textualisation du précédent. Selon Peter Tiersma, « un précédent aux États-Unis n'est déjà plus simplement une décision dans un cas antérieur, mais consiste plutôt en des mots, écrits sur du papier par les juges eux-mêmes et publiés dans une source faisant autorité. Il est prématuré de conclure que la motivation des décisions est désormais textualisée et qu'elles doivent en conséquence être interprétées de la même manière que les textes législatifs. Toutefois, il est certain que les juristes attachent beaucoup plus d'attention aux termes précisément employés dans la motivation que par le passé. Les mots utilisés dans la motivation ne sont plus une *expression* du droit, comme auparavant. Ils *sont* le droit³⁵. » Jan Komárek souligne que ce phénomène n'est pas nouveau – des auteurs critiquent cette pratique dès le début du vingtième siècle – mais que cette pratique et sa contestation se sont amplifiés³⁶.

Si elle est moins interrogée, la question de la formulation se pose aussi dans les systèmes que l'on ne peut réduire ni au *Common Law* ni au *Civil Law* mais où les arrêts sont plutôt interprétés dans le cadre du modèle législatif. Il est possible de prendre un exemple dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans l'affaire *Ruiž Zambrano*³⁷, la Cour décide que le droit de l'Union impose à un État de délivrer un titre de séjour au parent d'un citoyen de l'Union qui, à défaut de cela, serait obligé de quitter le territoire de l'Union dans son ensemble. Cet arrêt a été perçu comme entraînant une évolution majeure du droit de l'Union parce que l'enfant se trouvait dans ce que l'on nomme une situation purement interne ; il résidait sur le territoire de son État de nationalité et aucun élément transnational permettant de déclencher l'application du droit de l'Union n'était présent. La Cour choisit une formulation très générale : elle décide que le droit de l'Union européenne offre aux citoyens de l'Union une protection en vertu de leur seul statut lorsque qu'ils sont exposés à la « privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union³⁸. »

L'expression de la norme peut être plus ou moins générale. Dans l'exemple de Hart, le père peut dire à son fils : « les hommes et les garçons doivent retirer leur chapeau quand ils entrent dans une église », mais il pourrait aussi dire : « il ne faut pas offenser le Seigneur ». Dans l'affaire *Ruiž Zambrano*, le juge opte pour une formulation très générale. Toutefois, statuant dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en interprétation, il aurait pu recourir à une formule qui lui permette de renvoyer au cas et dire, comme il le fait parfois, le droit de l'Union offre une protection aux citoyens qui se trouvent dans « des circonstances telles que celle de l'espèce au principal³⁹ ». La généralité de l'expression de la formule peut marquer la volonté de prendre un arrêt de principe, de poser une règle qui dépasse la situation dans laquelle elle est formulée. C'est ainsi qu'avait souvent été compris l'arrêt *Ruiž Zambrano*. Pour en donner un autre exemple typique, on peut mentionner l'arrêt *GISTI* dans lequel le Conseil d'État

³⁵ P. TIERSMA, « The Textualization of Precedent », *op. cit.*, p. 1278.

³⁶ J. KOMÁREK, « Reasoning with Previous Decisions », *op. cit.*, p. 156.

³⁷ CJUE 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Ruiž Zambrano*.

³⁸ *Ibid.*, para. 42.

³⁹ Sur le recours à une formulation de ce type, Voy., par ex., CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00.

affirme de façon très large que « [l]es documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déferés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre⁴⁰. »

B. Décontextualiser : abstraire les formules

Avec la décontextualisation, il s'agit d'envisager comment les formules peuvent circuler pour elles-mêmes, en faisant abstraction du contexte dans lequel elles ont été forgées, ce qui est parfois désigné comme une « pratique formulaire ». Les juristes sont relativement habitués à voir dans le discours juridique la reproduction d'affirmations et de formules particulièrement stables dans des contextes différents. Il s'agit pourtant d'une pratique singulière ; l'historien David Marshall la présente même comme un des traits spécifiques du discours juridique. Les juges, écrit-il, peuvent être vus comme des personnes « dédiées à la vie des assertions au-delà des situations dans lesquelles (et souvent pour lesquelles) elles ont été produites⁴¹ ». Si les formules sont produites dans des cas, leur particularité réside précisément dans une certaine déconnexion entre leur contexte de production et leurs usages ultérieurs. Dans le contexte de la réflexion de Passeron sur les sciences sociales, cela renverrait à faire prévaloir la dimension nom-commun des concepts, par exemple, faire un usage du concept de régime d'assemblée se passant de la référence au régime conventionnel.

Comme l'explique Loïc Azoulai en parlant de la Cour de justice de l'Union européenne, le juge « dé-contextualise » ses décisions antérieures quand il en reprend les formules dans un nouveau cadre, sans justification⁴². Il s'agit, explique-t-il, d'une forme de production normative qui se distingue du raisonnement s'appuyant sur le précédent, « systématique et normatif » : le juge se limite simplement à « produire un argument dans un contexte donné au soutien d'une solution d'espèce » sans chercher à « établir une cohérence du droit qu'il applique⁴³ ». On est loin du processus d'explicitation brandomien : cette circulation des formules peut être vue comme un cas paradigmatique de déconnexion entre une assertion et son contexte d'énonciation. À la différence de certaines approches se présentant comme relevant du « droit en contexte », notre propos n'est pas de dénoncer une approche décontextualisée des décisions. Il ne s'agit pas non plus de critiquer la faiblesse du raisonnement de certains juges œuvrant dans des systèmes de *Civil Law*. Ce qui nous intéresse est la particularité d'un mode de production des normes dont le ressort consiste précisément dans cette abstraction, dans cette circulation des formules oublieuse du contexte dans lequel elles ont été produites.

La pratique formulaire est commune chez les juges relevant de systèmes de *Civil Law*, on la retrouve aussi très largement chez les juges européens. On peut d'ailleurs

⁴⁰ CE, Sect., 12 juin 2020, *GISTI*.

⁴¹ D.L. MARSHALL, « The Implications of Robert Brandom's Inferentialism for Intellectual History », *History and Theory*, vol. 52, n° 1, p. 4.

⁴² L. AZOULAI, « La limite à l'arrêt. Positivité de la transgression chez Jacques Derrida », dans J.-J. SUEUR et P. RICHARD (dir.), *La transgression*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

⁴³ L. AZOULAI, « La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », dans E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 341.

noter que de nombreux juges, comme le Conseil d'État, reprennent les formules forgées dans des cas antérieurs sans faire référence à ces derniers. Bien que mentionnant abondamment sa propre jurisprudence, la Cour de justice de l'Union européenne est souvent accusée, surtout par les juristes issus de traditions de *Common Law*, de décontextualiser ses formules de façon inconséquente et de ne pas mener un véritable raisonnement sur les cas. Dans le modèle législatif, présenté par Jan Komárek, il est pourtant normal que la formule se suffise à elle-même ; elle fait écran en dispensant de remonter au contexte dans lequel elle a été utilisée et aux raisons qui l'ont justifiée. Au contraire, dans le modèle d'attachement au cas, cette pratique n'est pas largement acceptée. Si elle pose problème par rapport au modèle de légitimité sur lequel repose la décision, elle n'est toutefois pas absente comme le montre la dénonciation de la textualisation des précédents.

Poussée à son terme, la décontextualisation conduit à traiter la formule comme s'il s'agissait d'un texte législatif ; elle dispense le juge d'un raisonnement sur les cas. Il en va par exemple ainsi, en droit de l'Union européenne, de la formule de l'entrave à la circulation forgée dans l'arrêt *Dassonville*, selon laquelle « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives⁴⁴ ». Le juge utilise cette formule sans se sentir obligé de dire que l'on se trouve dans un contexte similaire à celui dans lequel elle a été forgée – contexte que l'on peut très bien ignorer tout en sachant précisément ce que signifie la formule en droit du marché intérieur.

En droit administratif, les exemples sont légion. Ainsi, la formule selon laquelle une juridiction administrative doit, « même en l'absence de texte, observer toutes règles générales de procédure dont l'application n'a pas été écartée par une disposition formelle ou n'est pas inconciliable avec son organisation » se retrouve dans de nombreux arrêts, elle circule en elle-même et pour elle-même, sans qu'il soit nécessaire de revenir à l'arrêt dans lequel elle a été forgée⁴⁵. Le choix d'adopter une formule plus ou moins générale, mentionné précédemment, revêt une importance cruciale lorsque l'on fait abstraction du cas : plus la formule est générale plus elle est susceptible de circuler largement. La formule précitée de l'arrêt *GISTI*⁴⁶ semble par exemple pouvoir facilement s'appliquer sans qu'il soit nécessaire de revenir au cas dans lequel elle a été forgée, de la même façon que l'on interpréterait une loi.

La formule peut-être à ce point générique qu'elle peut être utilisée dans des situations extrêmement diverses. De façon peut-être paradoxale par rapport à ce que l'on pourrait attendre du contrôle de proportionnalité, la mention de la proportionnalité dans les arrêts des juges français relève parfois d'un raisonnement formulaire applicable à des contextes très différents : la formule permet d'écarter l'application d'une norme sans pour autant que le juge ne raisonne véritablement sur les cas. C'est ainsi que l'on peut voir son usage dans l'ordonnance *Gonzalez-Gomez*⁴⁷ du Conseil d'État ou dans l'arrêt de la Cour de cassation écartant la règle de l'interdit

⁴⁴ CJCE, 11 juill. 1974, *Dassonville*, *op. cit.* Sur cette formule, Voy. L. AZOULAI, « La formule de l'entrave », dans L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

⁴⁵ Voy. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 163.

⁴⁶ CE, Sect., 12 juin 2020, *GISTI*.

⁴⁷ CE, Assemblée, 31 mai 2016, n° 396848.

législatif du mariage entre alliés en ligne directe⁴⁸. Le recours à la formule de la proportionnalité semble libérer le juge de toute autre justification. La situation n'est pas sans évoquer Bartleby, le copiste de Melville, qui répond systématiquement aux demandes de son employeur par la mystérieuse formule « je préférerais ne pas [*I would prefer not to*]⁴⁹ ». La formule a pu être vue comme participant de l'acte fondateur du roman américain, le romancier n'étant plus, comme le souligne Deleuze, « obligé d'expliquer le comportement de ses personnages, et de leur donner des raisons⁵⁰ ». De manière radicale, la formule, explique le philosophe, déconnecte les mots et les choses, « elle coupe le langage de toute référence⁵¹ ».

À la différence du législateur, il est en principe exclu que le juge produise une formule en dehors de tout cas – cela confinerait à l'arrêt de règlement. Toutefois, il se peut que les formules forgées dans une affaire ne fassent pas véritablement référence à un cas. Il ne s'agit pas ici de viser le contentieux objectif – du type contrôle de constitutionnalité en France –, parce que l'on peut considérer qu'un cas est en cause même si le juge examine la compatibilité de deux normes. Il s'agit de faire référence à certaines configurations, dans lesquelles la formule n'est pas attachée au cas ou bien de façon très lâche.

On pense à celle où le juge formule une norme dans un *obiter dictum*. En *Common Law*, l'*obiter dictum* désigne tout ce qui ne relève pas de la mention des faits et du dispositif, c'est-à-dire ce qui, dans la logique pure du modèle, est surabondant et relève de la digression⁵². Il arrive toutefois que ces *dicta* soient repris et traités comme s'ils faisaient autorité. Un exemple célèbre se trouve dans une remarque faite par le président de la Cour suprême états-unienne indiquant que les personnes morales peuvent bénéficier de la protection offerte par le quatorzième amendement⁵³. Si celle-ci ne figure que dans le compte-rendu de l'affaire, elle a par la suite été traitée comme faisant autorité et elle constitue une des bases du statut constitutionnel des personnes morales aux États-Unis. En un sens large, on peut aussi considérer que les juges qui ne sont pas soumis au précédent font des *obiter dicta* lorsqu'ils développent des formules qui ne sont pas nécessaires à la résolution du litige. Maryse Deguegue en donne une bonne illustration avec l'arrêt *APREI*⁵⁴ dans lequel le Conseil d'État formule de façon très générale les deux critères jurisprudentiels permettant d'identifier l'existence d'un service public dans le cas d'un organisme privé chargé d'une mission d'intérêt général. Si l'application de ces critères n'était pas nécessaire dans cette affaire où le Conseil d'État se réfère exclusivement à la volonté du législateur, il les a appliqués pour trancher des cas ultérieurs⁵⁵.

Une autre situation dans laquelle la formule n'est pas vraiment attachée à un cas est celle où le juge formule un concept sans l'appliquer au cas en cause, le cas joue

⁴⁸ Cass., civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-2606.

⁴⁹ H. MELVILLE, *Bartleby, the scrivener*, Hoboken, Melville House Pub., 2010.

⁵⁰ G. DELEUZE, « Bartleby, ou la formule », *Critique et clinique*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1993, pp. 104-105.

⁵¹ *Ibid.*, p. 95.

⁵² F. SCHAUER, *Penser en juriste: nouvelle introduction au raisonnement juridique*, trad. S. GOLTZBERG, Paris, Dalloz, 2018, p. 57s.

⁵³ Voy. *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.*, 118 U.S. 394 (1886).

⁵⁴ CE, Sect., 22 fév. 2007, n°264541, Voy. M. DEGUERGUE, « Les obiter dicta dans la jurisprudence du Conseil d'État », dans Ph. RAIMBAULT et M. HECQUARD-THERON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2018 para 15s.

⁵⁵ CE, 7^{ème} et 2^{ème} sous-section réunies, 5 oct. 2007, n°298773.

alors un rôle limité pour communiquer la norme : celui d'un contre-exemple. Ainsi, quand le Conseil constitutionnel dispose que « la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti », la formule n'est rapportée à un cas que de façon négative : on sait simplement que la Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ne porte pas atteinte à une telle norme sans que le cas n'apporte plus d'information sur ce qui pourrait relever de l'identité constitutionnelle de la France⁵⁶.

C. Recontextualiser : indexer les formules

Si les formules peuvent circuler indépendamment de leur contexte de production, il s'agit maintenant d'envisager la situation opposée, celle dans laquelle elles sont ramenées à celui-ci. Cette indexation des formules entraîne une recontextualisation, opération qui peut être illustrée à partir de l'exemple de Hart. La situation initiale est cette fois celle où le père dit à son fils, en retirant son chapeau alors qu'ils entrent dans l'église : « Regarde : Il ne faut pas offenser le Seigneur. » Si, le soir, le fils reproche à son père d'offenser le Seigneur parce qu'il jure à table, celui-ci peut distinguer le cas dans lequel son fils lui oppose la règle à celui dans lequel elle s'est appliquée le matin. Les possibilités sont multiples. Il peut dire que la règle ne s'applique que dans les églises, ou que la règle s'applique aussi à table, mais qu'elle n'interdit pas de jurer, seulement d'être vêtu de façon inappropriée. Ces réponses reconnaissent l'autorité de la formule et du cas initial, la signification de la première est déterminée par référence au second, ce qui conduit, dans l'exemple, à une interprétation restrictive.

Ce type de pratique peut survenir tant pour dire que la formule doit s'appliquer dans un cas que pour dire qu'elle ne le doit pas. Elle n'implique pas une doctrine du précédent au sens strict du terme, comme, par exemple, les juges anglais qui doivent soit suivre le précédent (*following*) soit distinguer la situation actuelle de celle du précédent allégué (*distinguishing*) – avec, pour certains juges, la possibilité de renverser la décision antérieure (*overruling*). Ce qui caractérise la recontextualisation est que le juge justifie l'application ou non d'une formule à partir d'une analyse des cas dans lesquels elle a été précédemment utilisée. L'indexation des formules sur les cas peut être vue comme une œuvre de « recontextualisation » et se rapproche de l'opération décrite par Jan Komárek consistant à passer du modèle législatif au modèle d'attachement au cas⁵⁷. Elle peut aussi se trouver pour le juge s'inscrivant traditionnellement dans le modèle de *Common Law* dont les décisions sont déjà en partie textualisées.

Il a été souligné que le choix de la formulation revêtait un enjeu important. Il en va de même du choix de ce que le juge relate de l'affaire dans sa décision, de la façon dont il délimite le cas. En effet, ce sont les éléments mentionnés qui pourront, ou du moins qui pourront le plus facilement, servir de point d'appui pour recontextualiser une formule. Le cas ne doit pas être confondu avec la situation de fait et de droit donnant naissance à un litige. Il est plus limité, seuls certains éléments sont conservés, et il est problématisé par une question. Il est aussi plus général, les

⁵⁶ CC, 27 juil. 2006, n°2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, para 19.

⁵⁷ J. KOMÁREK, « Reasoning with Previous Decisions », *op. cit.*, p. 159.

éléments de fait et de droit ne sont pas considérés en eux-mêmes mais en raison de leur intérêt pour communiquer la règle, ils sont en ce sens typifiés. Ce qui compte, pour la recontextualisation, est le cas tel qu'il apparaît dans la décision. Dans cette perspective, les normes impliquées par l'arrêt *Thomas v. Winchester*⁵⁸ ne seraient pas différentes si on découvrait ultérieurement que c'était l'amant éconduit de la cliente qui avait substitué une préparation pour une autre et non une erreur d'étiquetage du fabricant comme le relate la description des faits dans l'arrêt.

La jurisprudence *Ruiz Zambrano*, qui a déjà été mentionnée, illustre bien la forme que peut prendre une recontextualisation. La formule très générale utilisée annonçait pour de nombreux commentateurs un changement paradigmatique en droit de l'Union européenne. Toutefois, dans les arrêts postérieurs, pour déterminer quelles situations pouvaient compter comme une « privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits », la Cour n'a pas raisonné à partir de ce que suggère cette formule très générale, mais a limité ce qui relevait d'une telle formule à des situations extrêmement proches de celle dans laquelle se trouvait la famille *Ruiz Zambrano*. Il en résulte que le recours à cette protection statutaire est rendu quasiment illusoire et que la portée de l'arrêt initial est considérablement réduite par rapport à ce que l'on pouvait attendre de la formulation utilisée.

Une forme de recontextualisation plus faible se trouve lorsque les cas dans lesquels la formule s'est appliquée sont mentionnés comme une illustration de ce que la formule peut signifier. Ainsi, par exemple, dans une formule qui a un peu évolué mais qui est maintenant stabilisée, le Conseil d'État énonce que « la responsabilité de la puissance publique peut se trouver engagée, même sans faute, sur le fondement du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques, lorsqu'une mesure légalement prise a pour effet d'entraîner, au détriment d'une personne physique ou morale, un préjudice grave et spécial, qui ne peut être regardé comme une charge lui incombant normalement⁵⁹ ». La formule est très générale et semble pouvoir s'interpréter comme on interpréterait une loi. Dans cette perspective, les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* réfléchissent d'abord à ce que peut signifier l'anormalité du préjudice à partir de la signification des termes grave et spécial, toutefois, en raison des difficultés que cela pose, ils s'appuient également sur une analyse des cas dans lesquels cette formule a été appliquée⁶⁰.

Ce rôle que peuvent jouer les cas, plus ou moins cachés derrière les formulations générales, est classique dans le contexte du *Common Law*, comme le soulignent les propos de Levi précédemment mentionnés, pour qui, malgré la formulation générale, l'essentiel se passe au niveau du raisonnement sur les cas. Ce rôle a aussi été mis en évidence dans un tout autre contexte par l'historien du droit Yan Thomas. Dans sa remarquable étude sur les différentes figures juridiques utilisées par les juristes du moyen-âge pour permettre aux collectivités d'agir en justice ou d'être titulaires de droits, il montre la multiplicité des techniques envisagées pour aboutir à une solution dans un cas (réel ou imaginaire) et défend une « histoire technique du droit », qui

⁵⁸ *Thomas v. Winchester*, 6 N.Y. 387 (1852).

⁵⁹ CE, 8 juin 2017, n°390424, para 6.

⁶⁰ Voy. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 248.

« déplace l'attention sur les procédés », tout en insistant sur l'importance du contexte pour lequel ils ont été forgés⁶¹.

« Derrière ces jeux des catégories dont on ne peut nier l'évidence (l'on peut même choisir de ne voir qu'elles, inscrites en des déploiements doctrinaux où toute notion paraît avoir son lieu d'attente), il y a les associations plus concrètes d'un cas à l'autre, les cercles d'allégations où les questions s'enchaînent métonymiquement – ce qui donne aux élaborations savantes du droit ce tour souvent plus poétique que logique, la mémoire fixant des nœuds de formules et de notions où ne s'effacent jamais entièrement les contextes et les événements où elles sont inscrites⁶². »

Ainsi, Thomas comme Levi observent l'importance de considérer à la fois les formules et les cas. Alors que le premier cherche à mettre en évidence les cas dans un contexte tendant à ne considérer que les formules (comme l'exprime la maxime *non exemplis, sed legibus iudicandum est*), le second souligne le rôle des mots face à une tradition qui s'en défie (la « textualisation » du précédent est dénoncée comme une déviance). Ce phénomène correspond certainement assez bien à ce dont Passeron parle lorsqu'il évoque les déictiques non-énoncés que peuvent camoufler les quasi-noms propres. Par exemple, même s'il n'en porte pas la marque dans sa dénomination, la signification du concept de régime présidentiel est certainement tout autant à trouver dans la référence au système états-uniens que dans les définitions générales qui ont pu en être formulées.

Dans la perspective adoptée, citer un cas ou une formule, pour l'appliquer comme faisant autorité ou bien pour s'en distinguer en raison d'une différence pertinente, contribue à l'instituer et à déterminer ce qu'il ou elle implique. Ce mécanisme ne se résume pas à la doctrine classique du précédent et doit être compris de façon plus large, comme dans le modèle de Robert Brandom qui l'utilise pour parler de l'institution des normes conceptuelles. La sélection de certains cas ou de certaines formules plutôt que d'autres participe de l'opération de reconstruction rationnelle de la tradition. Dans le cadre de ce processus, reconnaissance et non-reconnaissance sont souvent liées : reconnaître une formule ou un cas comme faisant autorité conduit à ne pas en reconnaître d'autres.

III. DESTITUER LES FORMULES ET LES CAS

Il convient maintenant de mettre l'accent sur le refus de reconnaître certains cas ou certaines formules comme faisant autorité. Faire jurisprudence implique alors, pourrait-on dire, de défaire jurisprudence : des normes jurisprudentielles sont abrogées ou modifiées par de nouvelles normes jurisprudentielles. Trois opérations typiques peuvent être distinguées. La première conduit à abandonner ensemble cas et formules (A). La deuxième consiste à reformuler des cas antérieurs, l'autorité des cas est reconnue mais le juge substitue une nouvelle formulation à l'ancienne pour justifier sa décision (B). La dernière implique la réindexation d'une formule, la formule circule mais l'autorité des cas auxquels elle était attachée est contestée et de nouveaux cas leur sont substitués (C).

⁶¹ Y. THOMAS, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », *op. cit.*, p. 225.

⁶² *Ibid.*, pp. 236-237.

A. Destituer : abandonner cas et formules

Dans certains cas, souvent discutés mais rares en pratique, le juge revient expressément sur sa jurisprudence pour dire que des décisions antérieures ne font plus autorité, il « tue le précédent⁶³ » pour reprendre la métaphore de Llewellyn. Les revirements de jurisprudence explicites sont rares. Il est possible d'en donner une illustration à partir de l'exemple de Hart. Entrant dans l'église avec un chapeau sur la tête le dimanche suivant, le père peut se voir opposer par son fils qu'il devrait se découvrir pour ne pas offenser le Seigneur. Il peut lui répondre que tel n'est plus le cas, en reconnaissant explicitement s'être trompé la dernière fois ou bien que, depuis la semaine dernière, la règle a changé.

Cette opération doit être distinguée de celle par laquelle le juge limite le précédent en recourant au *distinguishing*, ce qui relève plutôt de la recontextualisation : la destitution conteste directement l'autorité du précédent alors que le *distinguishing* la reconnaît. Certes, les deux peuvent avoir des conséquences proches lorsque la recontextualisation conduit à quasiment neutraliser la formule en le ramenant au cas dans lequel elle a été forgée. Poussée à l'absurde, on peut imaginer le cas où le père explique à son fils que la règle selon laquelle il faut se découvrir ne s'applique que lorsque c'est le pasteur Johns qui officie, alors qu'il était exceptionnellement invité à célébrer la messe le jour où la règle avait été formulée. La jurisprudence *Ruiz Zambrano* qui a déjà été évoquée n'est pas loin de conduire à une telle neutralisation en limitant très fortement la portée de la formule utilisée par le juge.

Si l'abandon explicite est rare, il est plus commun que des cas et des formules ne soient plus traités comme faisant autorité sans que le juge ne dise explicitement qu'ils ne peuvent plus être considérés comme tels, ceux-ci tombant dans une forme de désuétude. Celle-ci est difficile à caractériser. Des solutions ou des formules peuvent se raréfier et disparaître sans que l'on s'en aperçoive sans que cela corresponde forcément à une destitution. Elles peuvent d'ailleurs resurgir alors qu'on les croyait abandonnées. Ainsi peut-on penser à la décision *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* par laquelle le Conseil constitutionnel décide qu'il peut contrôler les termes d'une loi ordinaire promulguée « à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine⁶⁴ ». « Ayant imprudemment anticipé [le] déclin » de cette jurisprudence en raison de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, les auteurs des *Grands décisions du Conseil constitutionnel* l'ont supprimée de leur ouvrage avant de devoir la réintroduire⁶⁵.

L'omission se perçoit plus facilement lorsqu'un cas antérieur est invoqué dans la controverse mais qu'il n'est pas mentionné par le juge. En poursuivant l'exemple de Hart, cela correspondrait à la situation suivante. L'enfant entendant son père jurer à table après la messe peut dire à celui-ci que cela contrevient à la règle énoncée le matin, selon laquelle on ne doit pas offenser le Seigneur. Le père peut simplement répondre qu'il est libre de jurer là où bon lui semble ou que les enfants doivent se taire à table. Ce faisant, il ne justifie pas pourquoi la règle énoncée le matin ne fait pas autorité dans cette situation (ce qui correspondrait à une forme de *distinguishing*) sans

⁶³ K.N. LLEWELLYN, *The common law tradition : deciding appeals*, Boston, Little, Brown, 1960, p. 87.

⁶⁴ CC, Décision n° 85-187 DC du 25 janv. 1985, para 10.

⁶⁵ Voy. L. FAVOREU, L. PHILIP, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA et A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 18e édition, 2016., Paris, Dalloz, 2016, p. 312.

pour autant revenir explicitement sur celle-ci (*overruling*). Toutefois, même dans ce cas, l'abandon n'est pas facile à caractériser, le refus d'appliquer la règle pourra toujours ultérieurement être construit comme un *distinguishing* implicite – c'est le cas si le père invoque à nouveau le précédent par la suite en distinguant *a posteriori* le cas dans lequel il ne l'a pas repris du cas qui fait autorité.

B. Reformuler : la substitution de formule

La reformulation vise le cas où le juge abandonne une formule utilisée dans un cas pour en forger une autre qu'il présente comme s'appliquant *a posteriori* à celui-ci. Dans une sorte de substitution de motifs, il propose une nouvelle justification qui permet d'aboutir à la même solution. L'objet n'est pas de sauver la décision prise sur de mauvais motifs, mais de conserver la même solution pour le cas en tant que cas d'école, autrement dit de ne pas remettre en cause l'autorité du cas antérieur. L'abandon d'une formule peut s'expliquer pour différentes raisons : la formule conduit à des solutions non désirées, elle n'exprime pas ou plus la norme que le juge estime appliquer ou bien, tout simplement, le juge souhaite faire évoluer la norme jurisprudentielle et marquer cette évolution par un changement de formulation. Ce phénomène correspond, dans un contexte différent, à ce qu'observe Passeron lorsqu'il mentionne la variabilité des définitions génériques cherchant à exprimer un semi-nom propre. On peut penser, par exemple, aux différentes tentatives d'exprimer ce qui caractérise le régime présidentiel ou le régime d'assemblée à partir du cas états-unien et du cas de la Convention nationale de 1792.

La reformulation occupe une place importante dans la doctrine classique du précédent, elle est parfois présentée comme une « re-caractérisation [*re-characterisation*] ». Dans ce cadre, la reformulation repose sur la distinction entre la motivation de l'arrêt et la règle qui peut être inférée à partir de la décision. Le travail visant à retrouver la règle, la *ratio decidendi*, peut d'ailleurs être vu comme se trouvant au cœur du fameux raisonnement par cas [*case-law technique*⁶⁶] : « Une part de la magie du *Common Law*, et une part de la complexité du précédent dans un tel système, est que les cas peuvent être re-caractérisés⁶⁷ ». La distinction entre ce que fait le juge et ce qu'il dit se conjugue avec la primauté des cas – le fondement de l'autorité trouve sa source dans l'expérience plus que dans l'exercice du pouvoir d'un juge (ou du législateur par l'intermédiaire du juge). Dans cette logique, ce qui est crucial est que le juge décide un nouveau cas comme un tel cas a été décidé antérieurement. En revanche, il ne doit pas nécessairement appliquer la formule utilisée par son prédécesseur pour ce faire, celle-ci étant toujours susceptible d'être fautive.

Dans le modèle d'institution et de destitution des concepts juridiques d'Edward Levi, cela correspond à la dernière étape qu'il convient maintenant de mentionner. Après la formulation du concept à partir de l'application de celui-ci dans différents cas et une étape au cours de laquelle le concept est plus ou moins stable, peut en effet survenir ce que l'auteur nomme l'« éclatement du concept [*break-down of the concept*⁶⁸] ». Cette étape intervient, explique Levi, lorsque le raisonnement casuistique s'est développé au point que ce que suggère le mot est devenu clairement inapproprié et qu'il est nécessaire de lui substituer un nouveau mot⁶⁹. L'exemple emblématique de

⁶⁶ J. KOMÁREK, « KOMÁREK Jan, « Reasoning with Previous Decisions », *op. cit.*, p. 151.

⁶⁷ B. BIX, *Jurisprudence : theory and context*, 5^e éd., Durham, Carolina Academic Press, 2009, p. 156.

⁶⁸ E. H. LEVI, « An introduction to legal reasoning », *op. cit.*, p. 506.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 506-507.

ce type d'opération se trouve dans l'opinion du juge Benjamin Cardozo qui, dans l'affaire *MacPherson v Buick Motor Co*⁷⁰, reconstruit la jurisprudence antérieure déjà mentionnée concernant la responsabilité dans les chaînes contractuelles pour dégager une responsabilité fondée sur la négligence.

Dans cette affaire, la victime d'un accident automobile cherche à engager la responsabilité du constructeur avec lequel il n'entretient pas de relation contractuelle. Le juge Cardozo reconnaît l'autorité du cas *Thomas v Winchester*, dans lequel avait été forgé la formule selon laquelle la responsabilité pouvait être engagée en cas de danger imminent. Il présente toutefois cette décision, parmi d'autres, comme appliquant un principe qui n'était pas encore formulé : le constructeur a l'obligation de prévenir les dangers prévisibles, la responsabilité est encourue pour les choses dont la nature est telle que « la vie et l'intégrité physique sont mises en péril de façon raisonnablement certaine en cas de négligence » ; c'est cette négligence qui entraîne la responsabilité du constructeur et non, comme le laissait entendre les formules utilisées dans les cas antérieurs, la dangerosité de la chose ou le danger imminent qu'elle peut faire courir.

Cette reformulation, dans la logique du *Common Law*, peut s'accompagner d'un travail sur les cas antérieurs. Jan Komárek note ainsi que la formule proposée par Cardozo permet difficilement de rendre compte de tous les cas antérieurs, notamment l'affaire *Losee v Clute*, dans laquelle était en cause l'explosion d'une chaudière à vapeur. Toutefois, plutôt que de dire que cet arrêt ne fait plus autorité, ce qui heurterait la logique du précédent, le juge Cardozo dit que cette solution est liée aux circonstances particulières qui étaient en cause. Il explique ainsi que, dans cette affaire, le fabricant savait que son test ne serait pas le test final, il pouvait anticiper que la chaudière serait aussi testée par l'acheteur, ce qui conduisait à limiter la diligence que l'on pouvait exiger. On perçoit bien ici la célèbre habileté à traiter les cas du juge Cardozo, l'opération conduit quasiment à abandonner cette décision antérieure sans le dire.

Dans la logique du modèle législatif, plutôt que de s'appuyer sur une nouvelle systématisation des cas antérieurs, la reformulation consiste le plus souvent pour le juge à réinterpréter un texte de loi ou ses propres formules. Plus qu'une re-caractérisation, on pourrait dire qu'il s'agit d'une réinterprétation. L'évolution n'est pas justifiée parce que les termes de la décision ne seraient qu'une formulation imparfaite de la règle appliquée en pratique, mais parce que la formulation du juge ne serait qu'une interprétation imparfaite de la règle exprimée par le législateur ou parce qu'elle doit elle-même être interprétée.

Dans le premier cas, plus que les décisions antérieures, c'est la disposition à interpréter qui constitue le point d'ancrage d'une jurisprudence. Ainsi en va-t-il par exemple de la définition jurisprudentielle des conditions d'exonération que la Cour de cassation a formulé à la responsabilité du fait des commettants prévue à l'article 1384 alinéa 5 du Code civil (aujourd'hui 1242 alinéa 5). Frédéric Rouvière explique qu'il a fallu quatre arrêts au juge, qui cherchait à chaque fois à régler un cas spécifique, pour arriver à une définition stable⁷¹. La formulation de l'abus de fonction permettant l'exonération est passée du commettant qui réalise une action « sans autorisation à des fins personnelles⁷² » à celui qui agit « hors fonctions auxquelles il était employé,

⁷⁰ *MacPherson v. Buick Motor Co*, 217 N.Y. 382 (1916).

⁷¹ F. ROUVIÈRE, *Argumentation juridique*, op. cit., p. 97.

⁷² Cass., 10 juin 1977, n°75-93.163.

sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions⁷³ », en passant par celui qui agit « d'un acte délibéré, étranger à ses fonctions⁷⁴ » ou qui agit « sans autorisation, à des fins étrangères à ses attributions⁷⁵ ». Dans une logique de *Civil Law*, les cas ne sont pas censés faire autorité et ils ne circulent pas véritablement au sens où le juge ne les mentionne pas et ne raisonne pas explicitement par rapport à ceux-ci. Toutefois, dans cette évolution, il semble que les formules postérieures pourraient être appliquées aux cas antérieurs sans remettre en cause leur solution.

Le point d'ancrage d'une jurisprudence peut également être une formule jurisprudentielle. En effet, dans la logique du modèle législatif, la formule du juge doit, comme le texte législatif, faire l'objet d'une interprétation. Il arrive qu'elle soit conservée bien qu'elle soit reformulée. C'est ainsi que l'on peut voir ce qui est à l'œuvre dans la jurisprudence *Ruiz Zambrano*. Celle-ci, comme nous l'avons vu, conduit la Cour à limiter une formule très générale au cas dans lequel elle a été forgée (recontextualisation). Toutefois, au fil de ses arrêts, la Cour ne renvoie plus au cas original mais délimite abstraitement l'interprétation de la formule de la « privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits » sans pour autant l'abandonner. Ainsi peut-on dire que, pour affirmer qu'il y a « privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union », il faut établir que le citoyen de l'Union est « contraint de quitter le territoire de l'Union, pris dans son ensemble », ce que la Cour ne semble envisager que lorsque refuser un titre de séjour à un membre de la famille du citoyen, ressortissant d'un État tiers, aurait un tel effet en raison de la « relation de dépendance » existant entre celui-ci et le citoyen de l'Union. La Cour enserme donc la formule initiale dans une formulation beaucoup plus précise, reposant sur un ensemble de « concepts satellites⁷⁶ ». Si celle-ci correspond spécifiquement au cas dans lequel elle a trouvé à s'appliquer, le raisonnement se situe plus au niveau des formules que du cas. En outre, la formule subsistant, il est toujours possible d'argumenter à partir de celle-ci, au-delà de la reformulation opérée par le juge.

Il faut noter que le type de raisonnement qu'implique la reformulation est une partie importante du travail doctrinal qui s'efforce souvent de formuler une justification permettant de rendre compte d'un ensemble de cas alors que celle-ci ne se trouve pas forcément dans le discours du juge ou bien qui se propose d'interpréter des formules jurisprudentielles en les reformulant. Cette tâche est le cœur du travail de la doctrine mais elle est aussi souvent assumée par le rapporteur public ou l'avocat général lorsque cette fonction existe. Il en va par exemple ainsi des célèbres conclusions de Léon Blum sur l'arrêt *Lemonnier* qui systématisent la jurisprudence du Conseil d'État concernant la responsabilité pour faute et annoncent certaines de ses évolutions⁷⁷. Dans les systèmes de *Common Law*, ce travail doctrinal est aussi souvent réalisé par le juge lui-même, avec un raisonnement sur les cas et une explicitation des raisons de sa décision, comme le montre l'exemple du juge Cardozo. D'où qu'elle provienne initialement, la reformulation peut être reprise par le juge qui souhaite substituer une nouvelle justification à des affaires décidées antérieurement pour d'autres motifs.

⁷³ Cass., 19 mai 1988, n°87-82.654.

⁷⁴ Cass., 17 juin 1983, n°82-91.632

⁷⁵ Cass., 17 novembre 1985, n°84-12.601.

⁷⁶ L'expression est empruntée à Levi qui l'utilise pour l'interprétation de la constitution. Voy. E.H. LEVI, « An introduction to legal reasoning », *op. cit.*, p. 506.

⁷⁷ Voy. ccl sur CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*.

C. Réindexer : la substitution de cas

La réindexation vise la situation où la formule circule mais où l'autorité des cas auxquels elle était attachée est remise en cause et de nouveaux cas leurs sont substitués. En un sens, elle constitue le revers de la décontextualisation – lorsque des formules circulent indépendamment de leur contexte de production, l'autorité des cas auxquels elles pouvaient être attachées n'est pas reconnue. Elle présente toutefois aussi une autre dimension en réindexant la formule sur de nouveaux cas. Cette opération est problématique dans la logique du précédent où ce sont les cas qui sont censés faire autorité et non les formules. Elle est commune au point d'être imperceptible dans la logique du modèle législatif où les cas ne sont pas considérés comme faisant autorité.

La réindexation peut être illustrée à partir de l'exemple de Hart où le père dit à son fils, en se découvrant alors qu'il entre dans une église, « Regarde : il ne faut pas offenser le Seigneur ». Elle correspond au cas où, entrant dans une église la semaine suivante avec son chapeau sur la tête, mais en ayant pris soin d'enlever ses chaussures, le père dit à son fils que s'il est vrai qu'il ne faut pas offenser le Seigneur, il s'est trompé la semaine dernière, entrer dans une église avec son chapeau ne constitue pas une telle offense, contrairement à y entrer chaussé. Si l'on poursuit le parallèle avec la réflexion de Passeron sur les semi-noms propres, cela correspondrait au cas où la dimension déictique du concept est remise en cause. On pourrait par exemple estimer que la Convention nationale de 1792 ne correspond en réalité pas à un régime d'assemblée et réindexer le régime d'assemblée sur un autre cas, par exemple celui de la Suisse.

Dans les systèmes où c'est plutôt la formulation du juge qui fait autorité que le cas, on trouve un mécanisme de réindexation lorsque le juge conserve une formule forgée dans un cas antérieur tout en faisant clairement évoluer son interprétation de sorte que la formule est liée à de nouveaux cas et qu'elle ne s'appliquerait plus dans une situation similaire à celle où elle a été forgée. La jurisprudence du Conseil d'État en fournit de multiples exemples. Il est possible de citer le cas des mesures d'ordre intérieur. Le juge considère en effet classiquement qu'il est possible de concevoir certaines décisions de l'administration comme des « mesures d'ordre intérieur, non susceptibles d'être déférées au juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir ». La réduction graduelle de cette immunité juridictionnelle conduit le juge à conserver la formule bien qu'elle ne s'appliquerait plus à des cas dans lesquels il l'avait appliquée. Ainsi, dans les arrêts *Hardouin* et *Marie*⁷⁸, il considère que les punitions dans les domaines militaire et pénitentiaire ne sont pas des mesures d'ordre intérieur, contrairement à ce qu'il avait décidé dans des affaires antérieures. Si la formule est toujours utilisée, elle ne peut plus désigner des cas similaires à ces derniers, qui sont donc implicitement considérés comme ne faisant plus autorité : ils sont désindexés et la formule est réindexée sur de nouveaux cas qui servent de point de référence.

Il est rare que le juge mentionne explicitement que sa jurisprudence évolue. Ainsi, dans ses arrêts *Hardouin* et *Marie* le Conseil d'État ne dit pas clairement qu'il procède à un revirement de jurisprudence. Le Commissaire du gouvernement le reconnaît toutefois et cela est clair pour tout administrativiste ; c'est d'ailleurs ainsi que le

⁷⁸ CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin*, n° 107766 et CE, Ass., 17 février 1995, *Marie*, n° 97754.

Conseil d'État présente aujourd'hui ces affaires en dehors de son office de juge⁷⁹. Il arrive néanmoins que le juge dise explicitement qu'une application antérieure d'une formule était fautive ou, du moins, qu'elle doit évoluer. Ainsi en va-t-il de la formule *Dassonville* concernant l'entrave à la circulation de marchandise. Dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, la Cour reconnaît expressément que « contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici », cette formule ne désigne plus les dispositions nationales qui concernent les modalités de vente⁸⁰. Elle n'est toutefois pas explicite sur les arrêts dont l'autorité est en conséquence destituée. Le juriste en droit de l'Union peut toutefois penser à de nombreux arrêts célèbres dont la solution ne serait plus la même, par exemple les arrêts concernant l'ouverture des commerces le dimanche⁸¹. Pour appliquer la formule *Dassonville* après l'arrêt *Keck et Mithouard*, le cas en cause dans l'affaire – la législation française sur la revente à perte – peut servir de référence même s'il est vrai que, dans le cadre d'un mode de raisonnement plus proche du modèle législatif, le cas joue un rôle secondaire par rapport au texte de l'arrêt, c'est-à-dire à une réflexion sur ce que signifient les termes « modalités de vente ».

Ainsi, faire jurisprudence implique un travail subtil sur les cas et les formules, mais ceux-ci échappent en partie à leurs auteurs. Lorsque les juges raisonnent avec les arrêts de leurs prédécesseurs, leurs cas et leurs formules s'imposent à eux, en un sens, mais la façon dont ils les traitent contribue aussi à les instituer et à en déterminer la signification. Il en ira de même lorsque leurs successeurs raisonneront à partir des cas et des formules que contiennent leurs décisions. La production normative du juge comporte des processus de reconnaissance et de non-reconnaissance – les formules et les cas sont traités comme faisant autorité ou non – et des jeux d'indexation et de désindexation – les cas et les formules peuvent être liés ou déliés. La mise en évidence de ces mécanismes nous a permis de distinguer six opérations afin de mieux caractériser ce que le juge peut faire avec les cas et les formules.

Il est possible de les rappeler à l'aide de l'exemple donné par Hart. Le père peut, le matin, alors qu'il entre dans une église en ôtant son chapeau, dire à son fils : « Regarde : il ne faut pas offenser le Seigneur » (l'expression : formuler le cas). Cette formule peut être opposée par le fils à son père qui jure à table le soir (la décontextualisation : abstraire les formules). Ce à quoi le père peut répondre de diverses façons. Il peut dire que la situation est différente de la situation dans laquelle il a exprimé la règle (la recontextualisation : indexer les formules). Il lui est aussi possible de revenir, explicitement ou non, sur ce qu'il a dit et indiqué le matin (la destitution : abandonner cas et formules) ou de dire qu'il faut bien retirer son chapeau en entrant dans l'église, mais que c'est parce qu'il faut se découvrir lorsque l'on entre dans un lieu public (la reformulation : la substitution de formule). Enfin, le père peut également dire à son fils qu'il ne faut pas offenser le Seigneur, mais que, contrairement à ce qu'il a montré le matin, cela n'implique pas de se découvrir en entrant dans une église mais de se déchausser (la réindexation : la substitution de cas).

⁷⁹Voy. <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-assemblee-17-fevrier-1995-hardouin-et-marie>

⁸⁰ CJCE, 24 nov. 1993, *Keck et Mithouard*, C-267/91, para. 16.

⁸¹ Voy. nt. CJCE, 23 nov. 1989, *Torfaen Borough Council v B & Q PLC*, C-145/88.

Cette réflexion sur le jeu des cas et des formules pourrait être développée dans différentes directions. Tout d'abord, les opérations distinguées de façon quelque peu abstraite et exploratoire pourraient faire l'objet de discussions. Elles ne sont pas nécessairement exhaustives et elles peuvent partiellement se recouper. Si elles sont susceptibles de se trouver dans différents systèmes juridiques, leur fréquence et leur signification peut varier selon les contextes, ce qui pourrait être exploré plus avant. Ensuite, l'objet de la recherche pourrait être élargi et d'autres méthodes pourraient être utilisées. Il serait par exemple possible de s'intéresser aux outils qu'utilisent les juges et ceux qui les entourent – pour prendre un exemple évident, le développement de l'informatique joue certainement un rôle important dans la façon dont les juges raisonnent avec les décisions antérieures et formulent leur justification. Il serait aussi intéressant de poursuivre la recherche en utilisant des méthodes quantitatives pour analyser comment les juges mentionnent et utilisent leurs décisions antérieures. Enfin, l'accent a été mis sur la façon dont le juge manipulait cas et formules, il serait utile de considérer d'autres acteurs et de s'intéresser de façon plus approfondie à l'agentivité même des cas et des formules.