

La règle du précédent, méthode d'identification de normes jurisprudentielles : concepts, applications et limites

RODOLPHE ROYAL

Doctorant à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Si l'on a pu souligner l'intérêt du droit comparé pour l'étude d'un ordre juridique particulier, l'une des raisons peu explicitée de cet apport est l'étude de productions doctrinales issues d'autres traditions juridiques qu'il présuppose. Muni de ces outils, le comparatiste pourra non seulement produire une « interprétation conceptuelle différenciée » des structures de son propre ordre juridique¹, mais également discuter les présupposés théoriques d'une doctrine s'inscrivant dans une tout autre tradition que son objet d'étude.

La question de la « valeur normative » de la jurisprudence en est une illustration. On peut distinguer au sein de la doctrine juridique française trois acceptions de cette notion, qui procèdent chacune d'une prise de position implicite relative à sa valeur normative². Il ne fait ainsi certes pas de doute que les décisions prononcées par une juridiction le sont pour des cas concrets : sa « jurisprudence » est alors à entendre comme l'ensemble de ces décisions concrètes, leur portée normative étant limitée par l'autorité relative de la chose jugée. Il semble pourtant que cette autorité soit susceptible de revêtir une portée générale et abstraite : la notion de « jurisprudence » pourra alors désigner l'ensemble de normes générales susceptibles d'être inférées de ces décisions particulières. Si cette deuxième acception n'implique

¹ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *R.I.D.C.*, 2001, vol. 53, n°2, pp. 275-288, et spéc. p. 285.

² Sur les différentes acceptions de la notion de « jurisprudence », v. notamment P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges Couzinet*, 1975, p. 329, et M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., coll. « Grands dictionnaires », Paris, 2003.

pas encore de se prononcer sur la juridicité de ces motifs, elle présuppose toutefois de leur reconnaître une autorité dépassant le cadre d'un litige concret, susceptible de se voir attribuer une valeur juridique. Elle est donc un présupposé d'une troisième acception de la notion admettant la juridicité de ces normes générales.

Cette épaisseur de la notion de « jurisprudence » traduit l'importance que revêt le problème de sa valeur normative au sein de la doctrine juridique française, qui interroge avant tout la juridicité des normes effectivement appliquées par un ordre juridictionnel. Originellement envisagée à travers la question de savoir si la jurisprudence constituait une « source du droit »³, la formulation de ce problème a récemment été renouvelée dans les termes de la théorie analytique du droit, qu'elle se revendique du kelsenisme ou de son dépassement réaliste⁴. Formulé dans ces termes, ce problème soulève alors la question de la « validité juridique » de normes jurisprudentielles, qui traduirait leur appartenance à un système juridique.

Dans le prolongement de la thèse humienne de l'irréductibilité du devoir-être à l'être, on sait que la première approche, qui emprunte un modèle récursif d'habilitations juridiques, subordonne la validité juridique d'une norme à une habilitation elle-même juridiquement valide de sa production. Elle s'oppose par là-même à ce que la validité juridique d'une norme puisse être inférée du fait empirique de son application juridictionnelle, qu'elle désigne par son efficacité⁵. Sa contradiction réaliste corréle quant à elle l'autorité singulière qui est attribuée à des normes juridiques à leur sanction effective par des organes juridictionnels : aussi la validité d'une norme juridique ne pourrait-elle que strictement dépendre de son efficacité. Ainsi posé, le problème de la valeur normative de la jurisprudence permet d'éclairer sous un nouveau jour son appréhension par la doctrine des « sources du droit ». Rendant compte d'une normativité de la jurisprudence à la fois strictement corrélée à son efficacité factuelle et dépourvue de reconnaissance juridique formelle, Olivier Dupeyroux a ainsi pu paradoxalement qualifier la « jurisprudence » de « source abusive du droit » : s'il serait « vain de tenter de percer le mystère de la valeur des règles jurisprudentielles, dès lors qu'« officiellement » ces règles sont précisément dépourvues de toute valeur propre, les juges qui les formulent et les sanctionnent n'ayant pas compétence pour les édicter de leur propre chef »⁶, elle

³ Pour un compte-rendu critique de ce débat, voir O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 475.

⁴ Opposition mise récemment en lumière par les débats entre les professeurs Otto Pfersmann et Michel Troper (respectivement) « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, 2/2002 (n° 50), p. 279-334 ; et « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2/2002 (n° 50), p. 335-353.

⁵ V. le débat précité.

⁶ O. DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », *op. cit.*, p. 479.

n'en serait pas moins « en fait source directe de droit »⁷ en raison de l'autorité singulière qui s'attache à sa sanction juridictionnelle.

Ayant avant tout porté son attention sur la question de la valeur *juridique* de normes jurisprudentielles, la doctrine juridique française s'est en revanche beaucoup moins interrogée sur les conditions auxquelles les normes effectivement appliquées par un ordre juridictionnel pouvaient se voir attribuer une autorité dépassant le cadre d'un litige concret. Cette autorité paraît de fait beaucoup moins problématique, car elle semble ne devoir résulter que de leur application effective, par les mêmes organes qui les formulent. La conception française traditionnelle du « pouvoir normatif » de la jurisprudence ne subordonne ainsi son existence à aucune condition spécifique, sinon celle de son exercice effectif. Témoigne de cette conception l'affirmation selon laquelle la jurisprudence « confère au juge d'autant plus de puissance que celle-ci est inavouée et seulement officieuse, le propre de la jurisprudence étant de ne pas lier le juge lui-même, en tout cas le juge supérieur qui la fait, qui a (par nature) toujours le droit de la changer »⁸.

La doctrine juridique de *Common Law* ne peut qu'enrichir cette analyse. À l'inverse de la doctrine juridique française, son attention porte davantage sur la possibilité d'inférer de décisions juridictionnelles des normes générales dont l'autorité dépasse le cadre d'un litige concret, que sur la juridicité de ces normes. Cette autorité ne pourrait leur être reconnue qu'en vertu de la règle du précédent qui, en obligeant leur application à des litiges ultérieurs, nous contraindrait à distinguer le *ratio decidendi* obligatoire d'un précédent, des normes générales et abstraites effectivement appliquées par un ordre juridictionnel. Reconnaître aux *rationes decidendi* de décisions juridictionnelles de *Common Law* une autorité dépassant le cadre d'un litige concret présupposerait en d'autres termes d'introduire un concept de « validité » distinct de leur efficacité. Pour autant, on ne saurait rendre compte de cette autorité s'ils ne faisaient pas l'objet d'une application juridictionnelle effective, et s'ils ne bénéficiaient donc d'aucune efficacité. L'évolutivité des normes générales effectivement appliquées par un ordre juridictionnel ne pourrait que compromettre la conciliation de ces exigences contradictoires, puisqu'elle a pour effet de compromettre l'efficacité de normes générales énoncées par des précédents. C'est pourquoi le professeur Julius Stone a pu affirmer qu'il serait « impossible [de] répondre » à la question – « à proprement parler dépourvue de sens » – de l'identité du *ratio decidendi* applicable à un litige⁹. Il s'agit là de ce que le professeur Joseph Raz qualifiait de « conception mystique » du *ratio decidendi*, d'après laquelle

⁷ *Ibidem*.

⁸ B. PACTEAU, « La jurisprudence, une chance du droit administratif ? », in *La Revue administrative*, 52^e année, n° spécial 6 : « Conseil d'État et État de droit », 1990, p. 70, et spéc. p. 73.

⁹ J. STONE, *The Province and Function of Law*, Maitland Editions, Sydney, 1946, p. 187.

son identification serait « un art occulte de premier ordre, d'une difficulté considérable »¹⁰.

À la lumière de ces interrogations de la doctrine de *Common Law*, la présente contribution entend discuter les présupposés de la conception française traditionnelle du « pouvoir normatif » jurisprudentiel, qui corréle son existence à l'absence de contrainte dans l'énoncé de normes jurisprudentielles. Elle s'attachera au contraire à montrer que l'obligation du précédent est une exigence sans laquelle on ne saurait rendre compte de l'autorité qui s'attache à des normes jurisprudentielles dont l'applicabilité dépasserait le cadre d'un litige concret (et n'est dès lors pas réductible aux seuls systèmes de *Common Law*). Elle est en d'autres termes une méthode d'identification de normes jurisprudentielles sans laquelle on ne saurait concevoir leur existence, laquelle est cependant distincte de leur juridicité. Les contours de ce concept de « validité » de normes jurisprudentielles n'en sont pas moins difficiles à cerner, en raison du problème de l'évolutivité de leur application juridictionnelle. Pour le résoudre, la doctrine de *Common Law* s'est attachée à dégager un critère d'identification du *ratio decidendi* applicable à un litige alternatif aux normes générales explicitement appliquées par des précédents. Si ce critère ne peut résider que dans le fondement implicite des normes explicitement appliquées par les juridictions de *Common Law*, on ne peut que constater son caractère inopérant. Devant les obstacles auxquels s'expose l'identification de normes jurisprudentielles semble s'imposer un examen critique de l'émancipation prétorienne de la seule application de normes législatives.

Cette nécessité ne pourra apparaître qu'avec la mise en évidence de la résolution inadéquate (II) du rapport entre efficacité et validité de normes jurisprudentielles (I).

I – LA VALIDITE DE NORMES JURISPRUDENTIELLES EN PRISE AVEC LE PROBLEME DE LEUR EFFICACITE

Essentiel au concept de norme juridique, l'examen de la question des rapports entre son efficacité et sa validité devra nous conduire à les dissocier (1). S'il nous faudra distinguer pour les mêmes raisons l'efficacité et la validité de normes jurisprudentielles, les modalités de cette distinction sont en revanche bien plus incertaine. L'identification des normes jurisprudentielles applicables à une catégorie donnée de litiges en devient problématique (2).

¹⁰ « Law and Value in Adjudication », in J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009 p. 183.

1) *La question des rapports entre efficacité et validité, problème essentiel au concept de norme juridique*

Au sein de la doctrine juridique française, ce problème classique a pu être actualisé par les échanges entre les professeurs Otto Pfersmann et Michel Troper¹¹. Ces contributions ne font en réalité que s'inscrire respectivement dans l'héritage des normativisme et réalisme juridique, dont Hans Kelsen et Alf Ross (desquels elles s'inspirent substantiellement) ont été des protagonistes essentiels. Si l'appréhension doctrinale du problème des rapports entre efficacité et validité d'une norme juridique ne saurait assurément être réduite à cette opposition, il ne s'agit pas, dans le cadre restreint de notre propos, de rendre compte de l'ensemble de ses nuances. Nous nous contenterons donc ici du bref rappel de l'appréhension de ce problème par ces deux derniers auteurs (a), ce qui nous permettra d'affirmer, avec l'approche kelsénienne, la nécessité de distinguer la validité d'une norme juridique singulière de son efficacité (b).

a) Les approches kelsénienne et rossienne des rapports entre efficacité et validité d'une norme juridique

La « validité » d'une norme juridique (ou « validité juridique » d'une norme) s'entend selon la perspective kelsénienne comme son « mode d'existence spécifique »¹², qui traduit son appartenance à un système juridique particulier. En lui opposant le « mode d'existence » d'un fait empirique, cette épistémologie ne fait que prolonger dans le champ du droit la thèse humienne de l'irréductibilité de l'« être » au « devoir-être » et de la non-dérivabilité d'une proposition d'« être » à partir d'une proposition de « devoir-être ». En raison de ce principe de non-dérivabilité, la validité d'une norme juridique ne saurait être inférée de l'existence d'un fait empirique. Ne faisant que traduire l'appartenance de cette norme à un système, cette validité ne pourrait être induite que d'une autre norme juridique. À ce principe de non-dérivabilité, se conjugue ainsi un principe de régression normative.

Ce dernier peut néanmoins conduire à un problème de régression à l'infini, qui s'oppose à ce que l'on puisse identifier les normes positives ultimes d'un système juridique. Qualifiant ces normes de « constitution matérielle » d'un ordre juridique, Kelsen résolut ce problème en subordonnant leur validité à leur « efficacité globale ». Cette dernière devrait alors s'entendre comme la sanction « en gros et de façon générale », par des organes spécialisés dans ces fonctions (essentiellement des organes juridictionnels), de l'ensemble des normes juridiques dont cette

¹¹ Respectivement : « Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation » et « Réplique à Otto Pfersmann », *op. cit.*

¹² Voir pour les développements qui suivent H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, L.G.D.J., 1999, pp. 18-38 et pp. 215-225.

« constitution matérielle » réglerait directement ou indirectement la production. Sauf à être « en fait jamais obéies ou appliquées », des normes (partiellement) inefficaces pourraient être juridiquement valides, pour autant qu'elles appartiennent à un système juridique dont la « constitution matérielle » est « globalement efficace ». L'inefficacité de ces normes se traduirait par la violation de l'obligation de les appliquer, adressée aux organes chargés de leur sanction.

Un tel critère entend répondre aux présupposés empiristes d'une épistémologie juridique positiviste, qui subordonne la validité de normes juridiques à sa vérifiabilité empirique¹³. C'est à cette seule condition que pourrait être réalisé le projet d'une science juridique véritablement objective. L'« efficacité globale » permettrait de répondre à une telle exigence, dès lors qu'elle désigne l'application effective de normes par des organes en charge de leur sanction, qui correspond à une réalité empirique. Ce critère permet également de rendre compte de la spécificité des systèmes normatifs juridiques, lesquels constitueraient des systèmes normatifs « statuant des sanctions [...] socialement organisées » et « socialement immanentes », devant être effectivement sanctionnées par des organes spécialisés à cette fin. Il permet enfin de faire correspondre le concept de « système juridique » à ce que nous associons intuitivement à cet objet. On concevrait mal en effet qu'un système juridique n'entretienne aucun rapport avec les normes effectivement sanctionnées par les organes spécialisés dans cette fonction sur un territoire donné.

Il s'agirait là cependant du point d'achoppement essentiel de la théorie kelsénienne. En subordonnant la validité des normes d'un système juridique à leur « efficacité globale », elle serait auto-contradictoire, car cette efficacité constituerait un fait empirique à partir duquel elle inférerait la validité de normes juridiques. Elle violerait ainsi la loi de Hume de non-dérivabilité d'une proposition de « devoir-être » à partir d'une proposition d'« être », à partir de laquelle elle est pourtant construite. Certes, Kelsen entendait résoudre cette difficulté en fondant la validité de la « constitution matérielle » d'un ordre juridique sur une « norme fondamentale » hypothétique, dont il nous faudrait supposer la validité afin d'interpréter de manière spécifiquement juridique les normes « globalement efficaces » sur un territoire donné. Il n'en reste pas moins que le contenu de cette « norme fondamentale » devrait lui-même être inféré de ces normes globalement efficaces. Son identification s'exposerait donc également à la violation de la loi de Hume.

En raison de cette contradiction, il nous faudrait admettre, selon Alf Ross, qu'on ne saurait rendre compte de la « validité » des normes d'un système juridique indépendamment de leur « efficacité », entendue comme leur application effective

¹³ Voir notamment H. KELSEN « La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique », in *Théorie générale du droit et de l'État*, L.G.D.J., 1997, pp. 482-483 : « le juriste positiviste est guidé par la tendance à comprendre objectivement comme du droit le plus grand nombre possibles d'actes donnés empiriquement, qui apparaissent subjectivement comme des actes juridiques ».

par les organes spécialisés dans la sanction de ce droit¹⁴. C'est en effet seulement de cette sanction que naîtrait le sentiment de leur obligatorité dans un système juridique donné. La subordination de la validité juridique d'une norme à sa seule efficacité factuelle permettrait ainsi de renouer avec le projet strictement empiriste d'une science du droit positiviste. À l'inverse, affirmer l'existence de normes factuellement inefficaces mais juridiquement valides ne saurait procéder d'une description scientifique de ce droit. Il ne pourrait résulter que d'un jugement extra-juridique prescrivant les normes à appliquer par les organes de sanction du droit¹⁵. Aussi le concept kelsénien de validité juridique ne pourrait être que « quasi-positiviste »¹⁶.

En la subordonnant ainsi à sa seule efficacité, le concept rossien de « validité » d'une norme se doit néanmoins de rendre compte de son caractère spécifiquement juridique. L'objection normativiste lui oppose en effet qu'il ne saurait se dispenser à cette fin de recourir, de manière auto-contradictoire, à un concept de « validité juridique » d'une norme distinct de son efficacité¹⁷. C'est notamment le cas lorsqu'il définit l'efficacité juridique d'une norme comme son application effective par des organes de sanction du droit. La compétence de ces organes ne leur est en effet reconnue qu'en raison de la validité juridique de normes qui leur préexistent. Mais on ne saurait alors fonder la validité de ces normes sur leur sanction effective par les organes qu'elles établissent autrement que de manière circulaire.

Conscient de cette difficulté¹⁸, Alf Ross s'attacha à définir la validité de normes juridiques comme « des expériences de validité (au sens d'attitudes comportementales réelles) sous-jacentes à [leur] rationalisation [juridique] et symbolisées par elle »¹⁹. Elle ne pourrait en d'autres termes résulter que d'une interaction, entre la sanction effective de normes par des organes spécialisés à cette fin sur un territoire donné (désignées par Alf Ross comme les « attitudes comportementales » d'une « expérience de validité »), et la représentation idéale, par ces mêmes organes, de la validité juridique de ces normes (qui en serait la « symbolisation »)²⁰. Celle-ci fonderait sa sanction effective par des organes spécialisés et leur permettrait de justifier leur compétence d'organes de sanction du « droit ». En retour, la sanction

¹⁴ A. ROSS, *Towards a realistic jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhague, Einar Munskaard, 1946, pp. 127-129.

¹⁵ A. ROSS, « Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law », *Revista Juridica de Buenos Aires*, IV, 1961.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Il s'agit là notamment de l'objection formulée par Otto Pfersmann à Michel Troper (voir « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *op. cit.*). Celui-ci ne fait en réalité que reprendre une critique déjà formulée par Kelsen à l'endroit d'Alf Ross.

¹⁸ A. ROSS, *Towards a realistic jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, *op. cit.*, pp. 68-73.

¹⁹ *Ibid.*, p. 77.

²⁰ *Ibid.*, pp. 68-73.

effective de cette norme entretiendrait cette représentation idéelle, car c'est d'elle que naîtrait le sentiment du caractère obligatoire de cette norme : aussi Alf Ross affirme-t-il que cette « symbolisation juridique » n'est que la « rationalisation » de ces « expériences de validité ». D'un contenu idéal, cette « symbolisation » n'en procéderait pas moins d'un fait empirique. Elle permettrait de rendre compte de la validité juridique d'une norme de manière à la fois strictement empirique et non circulaire, puisqu'elle se distinguerait du critère de sa sanction effective.

b) La nécessaire distinction entre l'efficacité et la validité d'une norme juridique

Selon l'hypothèse retenue ici, une telle définition ne saurait cependant répondre au projet d'une science spécifiquement *juridique* qu'elle s'assigne. Un concept de validité irréductible à l'efficacité d'une norme juridique singulière a pour seule fonction de rendre compte des méthodes auxquelles recourt implicitement ou explicitement la doctrine juridique pour décrire son objet. Ce n'est pas une autre fonction que Kelsen attribuait à la Norme fondamentale. Si celle-ci est nécessaire pour interpréter d'une façon spécifiquement juridique l'« efficacité globale » d'une « constitution matérielle », c'est qu'elle permet de rendre compte du principe récuratif dont procède l'appartenance des normes dont elle fonde la validité à un ordre juridique concret²¹. Ce principe présuppose toutefois de dissocier la « normativité » ou « validité » de ces normes singulières des faits relatifs à leur application, que ces normes ont pour objet de réglementer. On n'entend par là même que développer de manière conséquente la « rationalisation symbolique » des « expériences de validité » évoquées par Alf Ross. Si ces « expériences de validité » peuvent avoir pour cause psychologique le fait empirique de la sanction effective de certaines normes, leur contenu est quant à lui de nature irréductiblement idéal, et présuppose ce concept de « validité ». Exclure du champ de la science juridique ce concept de validité ne relève alors que d'un choix épistémologique relatif à la délimitation de l'objet de cette discipline. Cette exclusion peut être justifiée si l'identification des normes à appliquer par les organes de sanction du droit ne saurait être objective.

Certains développements de la « théorie réaliste de l'interprétation » ont pu affirmer au soutien de ce rejet l'indétermination sémantique des normes appliquées par les organes de sanction du droit, qui en seraient les « interprètes authentiques »²². Selon cette hypothèse, leurs énoncés seraient dépourvus de

²¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, L.G.D.J., 1999, p. 215

²² M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Dossiers. Théories réalistes du droit* (textes réunis par Olivier Jouanjan, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, p. 54.

signification propre, et seules les significations que leur attribueraient leurs « interprètes authentiques » seraient susceptibles d'être connues. Nous relèverons avec Otto Pfersmann que cette thèse est auto-contradictoire, car « s'il n'y a pas de signification, l'énoncé "il n'y a pas de signification" n'a pas de signification et toute l'entreprise s'évanouit aussitôt »²³. Nous formulerons donc à l'inverse l'hypothèse de l'objectivité de la description des normes à appliquer par les organes de sanction du droit, qui repose tant sur le caractère empirique de leurs énoncés et de leur sanction « en gros et de façon générale », que sur l'objectivité de leur signification.

Il résulte de cette objectivité que l'identification des normes d'un système juridique se résout en la formulation de propositions descriptives susceptibles d'être vraies si leur contenu y correspond, et fausses s'il n'y correspond pas. Portant sur l'existence de normes, ces propositions descriptives ne peuvent que reprendre la structure de propositions prescriptives²⁴. Si l'on admet néanmoins l'objectivité de leur vérification ou falsification, il nous faut également admettre que leur formulation ne présuppose pas l'adhésion subjective de leur auteur à leur contenu²⁵, et rejeter par conséquent la thèse rossienne selon laquelle elle procéderait de considérations extra-scientifiques.

Selon l'hypothèse ici retenue, rendre compte de la spécificité des normes juridiques présuppose de dissocier leur validité de leur application juridictionnelle effective. Le concept d'une « validité » d'une norme jurisprudentielle distincte de son efficacité nous paraît pour les mêmes raisons nécessaires. Les modalités de détermination de cette validité, qui ne saurait être fondée que sur la règle du précédent, nous paraissent en revanche bien plus incertaines au regard de l'évolutivité des normes générales et abstraites effectivement appliquées par un ordre juridictionnel.

2) *L'extension de ce problème au concept de normes « jurisprudentielles », ou la question des rapports entre leur efficacité et une validité fondée sur la règle du précédent*

La règle du précédent n'est en effet qu'une méthode d'identification de normes jurisprudentielles, sans laquelle on ne saurait rendre compte de la « validité » ou de l'« autorité » particulière qui leur est attachée - laquelle ne préjuge cependant aucunement de sa juridicité (a). Mais se pose alors le problème de sa conciliation avec la nécessité de rendre compte, au moins dans une certaine mesure, de

²³ O. PFERSMANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie », *RFDC*, 4/2002 (n° 52), p. 771.

²⁴ Sur la distinction entre propositions descriptives et prescriptives et leurs relations réciproques, voir H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 78-92.

²⁵ Sur cette question voir J. RAZ, « Kelsen's Theory of the Basic Norm », in *The Authority of Law*, *op. cit.*

l'efficacité de ces normes : à cet égard, les modalités d'identification d'une norme jurisprudentielle « valide » paraissent incertaines (b).

a) La règle du précédent, fondement de validité de normes jurisprudentielles

La thèse selon laquelle on ne saurait rendre compte de la « validité » ou de l'« autorité » particulière qui s'attache à une norme jurisprudentielle qu'en la subordonnant à la règle du précédent prend assurément le contre-pied de la conception française traditionnelle du « pouvoir normatif » de la jurisprudence. Illustrant cette conception, Jean Rivero évoquait la « féconde liberté créatrice du juge », lequel pourrait, « en vertu de son pouvoir normatif », « procéder à une modification de la règle antérieure » simplement s'il considère que « la règle nouvelle est meilleure que celle qu'elle remplace »²⁶. L'autorité singulière reconnue aux normes jurisprudentielles résulte de ce qu'elles ne peuvent être modifiées que par des décisions juridictionnelles, et ne leur est attribuée qu'en vertu de leur énoncé par une décision juridictionnelle. Ce critère est néanmoins insuffisant, et ne saurait à lui seul rendre compte de cette normativité.

Comme l'affirmait Jean Rivero, une telle conception admet en effet que la norme jurisprudentielle applicable à un litige puisse être modifiée de manière rétroactive du fait de son application par une décision juridictionnelle ultérieure. Or, comme a pu récemment le remarquer le professeur Kenneth J. Kress, il ne peut en résulter qu'une « énigme conceptuelle »²⁷. La sanction juridictionnelle d'une norme ne peut en effet être justifiée que par son respect ou sa violation par les parties à un litige. Elle présuppose donc la préexistence de cette norme aux faits donnant lieu au litige, puisqu'il est « conceptuellement impossible de “ violer ” une norme qui n'existait pas avant la commission des faits »²⁸.

Admettre qu'une norme jurisprudentielle puisse être modifiée rétroactivement revient dès lors à lui dénier la « validité » ou « autorité » sur le fondement de laquelle son application à un litige ultérieur peut être justifiée. Il serait en effet à tout moment possible, pour une juridiction, de modifier cette norme à l'occasion d'un nouveau litige, en y appliquant rétroactivement une norme inédite. En raison de cette modification, la norme antérieure n'aurait plus valeur de norme jurisprudentielle applicable à ce litige. Mais il peut à tout moment en être de même de la norme inédite, susceptible d'être modifiée par un nouveau revirement de jurisprudence.

²⁶ J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », A.J.D.A. 1968, p.16.

²⁷ « Legal Reasoning and Coherence Theories : Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions », *California Law Review*, 1984, vol. 72, n°3, pp. 369-402, et spéc. p. 380.

²⁸ *Ibid.*, p. 399.

L'identification de la norme « jurisprudentielle » dont l'autorité justifierait son application à un litige concret en devient problématique.

Subordonner cette identification à la règle du précédent, qui oblige une juridiction à appliquer à un litige la norme générale appliquée par une décision antérieure, semble dès lors nécessaire. Par hypothèse, et sauf à ce que l'on s'expose à l'« énigme conceptuelle » mise en évidence par le professeur Kress, il nous faut en effet convenir que la norme « jurisprudentielle » applicable à un litige est énoncée par une décision qui lui est antérieure. Or l'autorité ou « validité » qui s'attache à la norme applicable à un litige présuppose l'obligation de sa sanction par les juridictions spécialisées à cet effet²⁹. La conception traditionnelle du « pouvoir normatif » jurisprudentiel ne saurait donc conséquemment affirmer qu'une juridiction peut énoncer des normes « jurisprudentielles », dotées d'une autorité justifiant leur application à des litiges ultérieurs, dont elle pourrait discrétionnairement écarter l'application.

Le « pouvoir jurisprudentiel » d'énoncer des normes générales applicables à des litiges ultérieurs est donc indissociable de l'obligation de les appliquer à ces litiges. Plusieurs modalités de cette obligation sont toutefois envisageables. Cette obligation s'oppose à tout le moins au caractère discrétionnaire de l'application juridictionnelle de normes générales énoncées par des décisions antérieures, mais cela n'exclut pas qu'elle soit subordonnée à certaines conditions déterminées. Pour la clarté et la simplicité de notre propos, nous qualifierons de « dynamique » une telle conception de la règle du précédent, qui admet l'évolution des normes jurisprudentielles applicables à une catégorie de litiges, par opposition à une conception « statique » qui s'y oppose. Nous nous abstenons en revanche de traiter la question de savoir si une norme ne peut se voir attribuer cette autorité qu'en raison de son énoncé par la juridiction suprême d'un ordre juridictionnel, et si l'obligation de l'appliquer à des litiges ultérieurs s'adresse aussi bien à cette juridiction suprême qu'aux juridictions inférieures de cet ordre juridictionnel. Il faudra se contenter d'affirmer qu'une norme jurisprudentielle est énoncée ou appliquée par un « ordre juridictionnel » ou par une de ses « juridictions ».

Quel que soit la conception que l'on en retient, c'est dans la mesure où elle permet de rendre compte de leur autorité singulière que la règle du précédent constitue une méthode d'identification de normes jurisprudentielles. Elle en est un présupposé nécessaire, quel que soit le système juridique considéré. Est indifférent à cet égard le fait qu'elle ne soit effectivement explicitée que dans les systèmes juridiques dits de *Common Law*. Est également indifférente la question de la juridicité, dans un système juridique particulier, tant de la règle du précédent que des normes

²⁹ Selon notre hypothèse, cela vaut autant pour les normes juridiques que pour les normes « jurisprudentielles ».

jurisprudentielles énoncées sur son fondement. L'autorité particulière qui s'attache à des normes « jurisprudentielles » traduit en effet seulement leur appartenance à un système normatif singulier pouvant lui-même être qualifié de « jurisprudentiel », mais n'a aucune incidence sur leur appartenance à un système juridique particulier. Cette appartenance ne peut être déterminée que par des données internes à ce système, relatives à l'habilitation de la production de normes jurisprudentielles, par une norme elle-même juridiquement valide au sein de ce système. Mais cette question dépasse encore une fois le cadre restreint de notre propos.

La question de la validité d'une norme au sein d'un système normatif « jurisprudentiel » n'est pas cependant sans lien avec le problème de sa validité au sein d'un système juridique. Tous deux posent en effet la question des rapports entre sa validité et son efficacité. Si l'on a été conduit à dissocier la validité d'une norme juridique singulière de son efficacité, et si cette même distinction nous paraît également nécessaire s'agissant d'une norme jurisprudentielle, ses modalités semblent en revanche pour cette dernière bien incertaines.

b) Le problème de l'évolutivité des normes générales et abstraites effectivement appliquées par un ordre juridictionnel

L'analyse des rapports entre efficacité et validité de normes jurisprudentielles ne peut à cet égard que s'enrichir des contributions de la doctrine de *Common Law* à l'étude de la règle du précédent.

Signifiant littéralement la « raison d'une décision », le *ratio decidendi* d'une décision juridictionnelle désigne la norme générale et abstraite sur laquelle celle-ci est fondée. La règle du précédent lui attribue une autorité particulière en obligeant un ordre juridictionnel à l'appliquer à un litige ultérieur. Si l'on veut la traduire dans les termes de la doctrine juridique française, cette autorité particulière confère à cette norme le statut de norme « jurisprudentielle » applicable à un litige ultérieur.

L'interprétation de cette obligation n'est pas toutefois sans poser de difficulté au regard de ses modalités d'application. Dans une contribution importante à la doctrine du précédent³⁰, le professeur Goodhart a ainsi pu mettre en évidence l'interprétation paradoxale de la règle éponyme à laquelle conduit ce que le professeur Montrose appela, au cours du débat qui suivit³¹, sa « conception classique ». Il n'est certes pas ici le lieu de savoir si celle-ci est effectivement retenue par les auteurs auxquels Arthur Goodhart l'attribue. Toujours est-il que cette « conception classique » assimilerait toute norme générale et abstraite sur laquelle une décision de *Common Law* est explicitement fondée à la norme jurisprudentielle

³⁰ « Determining the Ratio Decidendi of a Case », *The Yale Law Journal*, 1930, vol. 40, n°2, pp. 161-183.

³¹ « The Ratio Decidendi of a Case », *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, n°4, p. 587.

qu'un ordre juridictionnel serait dans l'obligation d'appliquer à un litige ultérieur, en vertu de la règle du précédent³². Il ne pourrait en résulter qu'un paradoxe, dont les termes ne peuvent être intelligibles qu'au regard de la distinction entre *rationes decidendi* prescriptif et descriptif d'une décision juridictionnelle par la suite introduite par le professeur Julius Stone³³.

Le *ratio decidendi* descriptif d'une décision juridictionnelle désignerait la norme générale et abstraite sur laquelle celle-ci est effectivement fondée. On devrait dès lors pouvoir l'identifier par la simple description du raisonnement par lequel une juridiction justifierait la solution apportée à un litige. Un *ratio decidendi* prescriptif désignerait quant à lui la norme générale et abstraite sur laquelle serait fondée une décision juridictionnelle de *Common Law*, dont la règle du précédent prescrirait l'application à un litige ultérieur. Pour reprendre la terminologie empruntée jusqu'ici, seul le *ratio decidendi* prescriptif d'un précédent constituerait une norme jurisprudentielle valide, applicable à des litiges ultérieurs. Les *rationes decidendi* descriptifs des décisions ultérieures ne pourraient qu'être des propositions descriptives de ce *ratio decidendi* prescriptif, susceptibles d'être vraies si elles y correspondent, ou fausses si elles n'y correspondent pas.

En assimilant toute norme générale et abstraite sur laquelle une décision juridictionnelle est explicitement fondée à la norme jurisprudentielle applicable aux litiges ultérieurs, la « conception classique » du *ratio decidendi* d'un précédent ne put que méconnaître cette distinction. Il n'aurait pu en résulter que le paradoxe décrit par le professeur Goodhart : en raison de la prévalence de cette « conception classique » dans la doctrine de *Common Law*, « certaines décisions devenues parmi les plus importantes » n'en auraient pas moins été fondées sur des « prémisses ou raisonnements incorrects »³⁴. N'ayant pas appliqué les normes générales et abstraites explicitement énoncées par des décisions antérieures, auxquelles cette « conception classique » attribue le statut de *rationes decidendi* prescriptif, ces décisions n'auraient pu reposer que sur des « prémisses ou raisonnements incorrects » : elles n'auraient été que les *rationes decidendi* descriptifs erronés des *rationes decidendi* prescriptifs énoncés par des précédents. Si leur application n'aurait ainsi pu procéder que d'une violation de la règle du précédent, leur autorité, elle-même fondée sur cette règle, ne serait néanmoins plus à remettre en cause. On ne peut y voir qu'un paradoxe, car comment fonder la normativité de ces décisions sur une règle dont elles constitueraient une violation ?

Si Arthur Goodhart ne put souligner ce paradoxe qu'en retenant implicitement la distinction proposée par le professeur Julius Stone, il ne put toutefois en tirer

³² « Determining the Ratio Decidendi of a Case », *op. cit.*, p. 163.

³³ « The Ratio of the Ratio Decidendi », *The Modern Law Review*, 1959, vol. 22, n°6, p. 597 à 600.

³⁴ « Determining the Ratio Decidendi of a Case », *The Yale Law Journal*, 1930, vol. 40, n°2, p. 163.

toutes les conséquences. D'après le professeur Goodhart, il nous serait en effet possible de résoudre ce paradoxe en admettant le caractère implicite de ce *ratio decidendi*. Toute norme générale et abstraite sur laquelle la décision d'une juridiction suprême serait implicitement fondée constituerait ainsi le *ratio decidendi* dont la règle du précédent obligerait l'application à des litiges ultérieurs. Ce *ratio decidendi* implicite devrait alors être identifié par généralisation, tant des faits concrets du litige résolu par cette décision que de la norme individuelle et concrète résolvant ce litige³⁵. En raison de son caractère implicite, son autorité ne saurait être remise en cause par l'évolution des normes générales et abstraites explicitement appliquées par les décisions ultérieures. Bien au contraire, il se pourrait que ces *rationes decidendi* explicites rendent davantage compte de ce *ratio decidendi* implicite que sa formulation explicite initiale. Elles n'en seraient alors que l'explicitation ou la clarification progressive.

Comme le souligna toutefois le professeur Brian Simpson, cette solution conduit au même paradoxe que la « conception classique » du *ratio decidendi* d'un précédent³⁶. Une juridiction suprême pourrait en effet se soustraire à son obligation d'appliquer le *ratio decidendi* implicite d'une décision antérieure par une décision dont on pourrait induire par cette même méthode un *ratio decidendi* implicite incompatible. Or cette conception assimile tout *ratio decidendi* implicite d'une décision d'une juridiction suprême au *ratio decidendi* applicable à un litige ultérieur. Une juridiction suprême serait donc dans l'obligation d'appliquer ce nouveau *ratio decidendi* à un litige ultérieur, cette obligation se traduisant par une permission de ne pas appliquer le *ratio decidendi* précédent.

Le caractère implicite ou explicite d'un *ratio decidendi* est donc indifférent à ce problème. En réalité, ce dernier résulte de la confusion entre la norme jurisprudentielle appliquée par un précédent et les normes générales et abstraites effectivement appliquées ou énoncées par un ordre juridictionnel, qu'il nous faut dès lors distinguer. Seule la norme générale et abstraite énoncée par un précédent peut ainsi constituer une norme jurisprudentielle, ou *ratio decidendi* prescriptif, qu'un ordre juridictionnel serait dans l'obligation d'appliquer aux litiges ultérieurs. Les normes générales et abstraites, ou *rationes decidendi* descriptifs, énoncées ou appliquées par les décisions juridictionnelles ultérieures ne pourraient quant à elles consister qu'en des énoncés descriptifs de cette norme jurisprudentielle, susceptibles d'être vrais s'il y correspondent, ou faux s'ils n'y correspondent pas. Il s'agit là d'un corollaire de la distinction entre efficacité et validité d'une norme jurisprudentielle. Sans une telle distinction, il suffirait en effet qu'une juridiction applique à un litige une norme générale et abstraite incompatible avec celle sur laquelle serait fondée un précédent

³⁵ *Ibid.*, p. 179.

³⁶ « The Ratio Decidendi of a Case », *op. cit.*, pp. 413-415.

pour que la première devienne la norme jurisprudentielle applicable tant à ce litige (de manière rétroactive) qu'aux litiges ultérieurs. Cette juridiction se libérerait alors de son obligation d'appliquer à ce litige la norme jurisprudentielle antérieure. Mais l'on ne saurait alors ni rendre compte de l'autorité particulière qui s'attache à une norme jurisprudentielle, ni disposer (et c'est chose liée) de critère permettant l'identification de cette norme. Une conception de la règle du précédent qui admettrait la modification de la norme jurisprudentielle énoncée ou appliquée par un précédent par une décision juridictionnelle ultérieure n'est pas incompatible avec cette distinction, pour autant qu'elle subordonne cette modification à certaines conditions déterminées. Toute norme générale et abstraite effectivement énoncée ou appliquée par une décision juridictionnelle ne saurait alors en effet être une norme jurisprudentielle applicable à des litiges ultérieurs, dès lors qu'il est nécessaire qu'elle satisfasse à de telles conditions.

Reste que ce principe de régression, qui a part liée avec la notion de validité d'une norme jurisprudentielle, doit être concilié avec la nécessité de rendre compte, au moins dans une certaine mesure, des normes générales et abstraites effectivement appliquées par un ordre juridictionnel. On n'attribue en effet une autorité particulière à une catégorie de normes qualifiées de « jurisprudentielles » qu'en raison de leur sanction effective par un ordre juridictionnel. Cela ne signifie pas que l'on pourrait se passer du concept d'une « validité » de norme jurisprudentielle distincte de son efficacité. Comme on vient en effet de le voir, on ne saurait alors rendre compte de cette autorité particulière, laquelle se traduit par l'obligation, pour un ordre juridictionnel, d'appliquer à un litige la norme générale et abstraite énoncée par une décision juridictionnelle antérieure. Cela veut seulement dire, bien qu'il s'agisse là de deux concepts distincts, qu'on ne saurait également rendre compte de cette « validité » ou « autorité » particulière en ne la corrélant pas d'une certaine façon à l'efficacité de l'ensemble de normes appartenant à un système normatif jurisprudentiel. On conçoit mal en effet d'assimiler les normes jurisprudentielles applicables à une catégorie donnée de litiges à des normes générales et abstraites ayant été explicitement énoncées ou appliquées par une décision juridictionnelle, mais n'ayant plus aucun rapport avec les normes générales et abstraites effectivement appliquées par un ordre juridictionnel. Quand bien même on dissocierait la norme jurisprudentielle énoncée par un précédent des normes générales et abstraites effectivement appliquées aux litiges ultérieurs, le paradoxe soulevé par Arthur Goodhart est donc à prendre au sérieux : tout en ne pouvant qu'être fondée sur la règle du précédent, l'autorité de décisions juridictionnelles qui procéderaient elles-mêmes à une violation de la règle du précédent ne serait plus à remettre en cause, si seules les normes générales et abstraites qu'elles énoncent sont susceptibles de rendre compte des normes effectivement appliquées aux litiges ultérieurs.

Le normativisme kelsénien parvient à concilier ces deux exigences contradictoires, pour des normes juridiques singulières, en affirmant l'indépendance de leur validité juridique à l'égard de leur efficacité propre, mais en la fondant sur une constitution matérielle unitaire elle-même « globalement efficace ». L'inefficacité globale de cette constitution matérielle se résoudrait par une « révolution juridique », qui traduirait l'émergence d'une nouvelle constitution matérielle à son tour globalement efficace³⁷. Il pourrait s'agir d'une solution pour dissocier de son efficacité la validité juridique d'une norme générale et abstraite énoncée par un ordre juridictionnel qu'un système juridique habiliterait à produire autant qu'à appliquer. Cette validité juridique se traduirait alors par une obligation tout autant juridique d'appliquer cette norme à des litiges ultérieurs, adressée à l'ordre juridictionnel ainsi habilité. Si ce système juridique ne n'annonçait pas une telle obligation, ou s'il ne subordonnait pas la permission de ne pas l'appliquer à des litiges ultérieurs à certaines conditions déterminées, on aurait alors peine à affirmer sa validité juridique. Tout au plus l'énoncé de cette norme traduirait, de la part de cet ordre juridictionnel, l'expression d'une volonté juridiquement non objectivée de l'appliquer à des litiges ultérieurs.

Cette solution est évidemment difficilement transposable à un système normatif jurisprudentiel n'entretenant aucune relation de validité avec un système juridique. On peinerait alors à identifier un ensemble unitaire de normes jurisprudentielles, qui, lui-même globalement efficace, aurait la même fonction que la constitution matérielle d'un système juridique et permettrait de fonder la validité de toute autre norme singulière de ce système jurisprudentiel, dont on pourrait ainsi affirmer l'indépendance à l'égard de l'efficacité propre de cette norme singulière.

Une conception « statique » de la règle du précédent, qui identifierait la norme générale et abstraite explicitement appliquée par un unique précédent à la norme jurisprudentielle applicable à l'ensemble des litiges ultérieurs, peut en effet paraître problématique au regard de l'évolutivité des normes générales et abstraites effectivement appliquées par un ordre juridictionnel. Tout l'objet des conceptions de la règle du précédent proposées par les professeurs Brian Simpson, Joseph Raz et Ronald Dworkin est de dégager un critère alternatif de validité d'une norme jurisprudentielle, qui, tout en permettant de dissocier cette validité de son efficacité, serait susceptible de rendre compte des normes générales et abstraites effectivement appliquées par un ordre juridictionnel. L'objet des propos qui suivent est à la fois de rendre compte de ces alternatives, de souligner leur capacité à rendre compte des méthodes d'identification de normes jurisprudentielles effectivement appliquées par les juridictions de *Common Law*, et de mettre en évidence leur caractère inopérant. Bien que ce concept soit nécessaire, on peine ainsi à déterminer tant le contenu que

³⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 271.

les modalités de mise en oeuvre d'un critère de validité de normes jurisprudentielles singulières distinct de leur efficacité.

II – LA RESOLUTION INADEQUATE DU PROBLEME DE LA VALIDITE DE NORMES JURISPRUDENTIELLES

La difficulté à déterminer un concept d'une validité de normes jurisprudentielles qui serait distincte de leur efficacité est ainsi suggérée par l'inopérance de ce critère alternatif (2), qui réside dans le fondement implicite des normes générales et abstraites effectivement appliquées par un ordre juridictionnel (1).

1) *Le recours au critère du fondement implicite des normes générales et abstraites effectivement appliquées par un ordre juridictionnel*

Ce critère entend non seulement permettre l'identification de normes jurisprudentielles dont la validité serait distincte de leur efficacité (a), mais encore rendre compte des méthodes effectivement appliquées par les juridictions de *Common Law* (b).

a) La formalisation doctrinale du critère

Un tel critère permettrait, selon les professeurs Brian Simpson³⁸ et Joseph Raz³⁹, de répondre aux causes structurelles de l'évolutivité des normes générales et abstraites ou *rationes decidendi* sur lesquelles seraient explicitement fondées les décisions juridictionnelles de *Common Law*. Étant concomitante à son application, la formulation explicite de la norme générale et abstraite applicable à un litige serait à la fois surdéterminée par les circonstances concrètes de ce litige et sous-déterminée par les éventuelles circonstances des litiges ultérieurs, qu'il serait impossible d'identifier dans leur intégralité. En conséquence, une juridiction serait structurellement incapable de formuler l'ensemble des exceptions ou des conditions à son application qu'elle aurait introduites si elle avait pris en compte l'ensemble des circonstances auxquelles elle est applicable. Sa « justification fondamentale » (Joseph Raz), qui se confondrait avec un « principe justificatif de moralité, de justice, de politique sociale ou de bon sens » (Brian Simpson), aurait ainsi déterminé l'application de cette norme aux circonstances d'un litige donné, elle s'opposerait en revanche à son application à d'autres circonstances, que cette juridiction n'aurait pas

³⁸ « The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent », in A.G. Guest (éd.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford University Press, Oxford, 1961, pp. 164 à 166.

³⁹ « Law and Value in Adjudication », in J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009 p. 188.

été en mesure de prévoir. Si elle l'avait été, cette juridiction aurait pu formuler des exceptions à la norme correspondant aux cas dans lesquels cette « justification fondamentale » s'opposerait à son application, ou des conditions qui ne seraient pas vérifiées dans ces mêmes cas. En raison de cette incapacité structurelle, par laquelle la situation d'une juridiction s'opposerait à celle d'un législateur, il nous faudrait admettre que cette juridiction ne serait dans l'obligation d'appliquer cette norme que dans les cas où la justification initiale de son application se vérifierait à nouveau. À l'inverse il nous faudrait admettre qu'il lui serait permis de ne pas en faire application lorsque la justification initiale de son application ne serait plus valide. Puisqu'un tel critère répondrait aux causes structurelles de l'évolutivité des *rationes decidendi* des décisions de *Common Law*, il nous serait possible de rendre compte dans une mesure suffisante des normes générales et abstraites effectivement appliquées par un ordre juridictionnel. Il n'en résulterait pas moins un concept de validité de « norme jurisprudentielle » distinct de son efficacité, car toute application de norme générale et abstraite ne serait pas pour autant justifiée.

Ce même critère n'empêche pas cependant les professeurs Brian Simpson et Joseph Raz de retenir deux interprétations distinctes de la règle du précédent. D'après le professeur Brian Simpson, elle se traduirait alors par « une obligation de suivre ou de distinguer des décisions antérieures », selon que le « principe justificatif » ayant fondé l'application de leurs *rationes decidendi* explicites fonde ou non à nouveau son application aux litiges ultérieurs. Norme conditionnelle, le *ratio decidendi* explicite d'un précédent subordonnerait ainsi l'existence d'une obligation, permission ou prescription à la vérification de certaines conditions. La norme jurisprudentielle applicable aux litiges ultérieurs aurait quant à elle un caractère implicite, et subordonnerait cette obligation, permission ou interdiction à la justification de son application par le « principe justificatif » qui l'avait fondée pour la résolution du litige initial. Admettant l'évolution des normes générales et abstraites explicitement appliquées par un ordre juridictionnel, la conception de la règle du précédent proposée par le professeur Brian Simpson n'en est pas moins « statique », selon la terminologie que nous avons proposé : seule en effet la norme générale et abstraite implicitement énoncée par un précédent constituerait la norme jurisprudentielle applicable aux litiges ultérieurs, ce qui permettrait l'évolution des normes générales et abstraites explicitement appliquées à ces litiges.

En dépit de l'identité du critère, c'est une interprétation radicalement distincte de la règle du précédent qui est retenue par le professeur Joseph Raz : d'après lui, rien ne justifierait que l'on n'assimile pas la norme jurisprudentielle applicable à une catégorie de litiges au *ratio decidendi* explicite d'un précédent. En raison de ces mêmes causes structurelles, il nous faudrait cependant admettre qu'une juridiction est habilitée à modifier explicitement cette norme jurisprudentielle lorsque la « justification fondamentale » de son application initiale fait défaut lors d'un cas

concret. La conception ainsi retenue de la règle du précédent peut être qualifiée de « dynamique » dans la mesure où elle admet l'évolution de la norme jurisprudentielle explicitement énoncée par un précédent. Afin de rendre compte d'un concept de « validité » distinct de l'efficacité de normes jurisprudentielles, elle n'en subordonne pas moins la modification de cette norme jurisprudentielle à certaines conditions déterminées. Elle ne fait en réalité que déplacer la difficulté d'application du critère d'identification du *ratio decidendi* implicite d'un précédent proposé par le Brian Simpson à l'identification des cas dans lesquels une juridiction est habilitée à modifier la norme jurisprudentielle applicable à un litige.

L'affirmation selon laquelle on pourrait déterminer la « justification fondamentale » de l'application d'une norme générale et abstraite à travers le seul cas de son application à un litige particulier peut néanmoins sembler réductrice. On ne saurait se dispenser à cet égard de mentionner la théorie du précédent développée par le professeur Ronald Dworkin, à l'occasion de laquelle ce dernier put développer l'ontologie des normes que présupposerait l'évolution des normes générales et abstraites explicitement appliquées par les décisions de *Common Law*. Comme l'affirme le professeur Ronald Dworkin, une telle conception devrait nécessairement « soutenir qu'il existe des standards qui, eux-mêmes, lient les juges et qui déterminent quand un juge peut anéantir ou modifier une règle établie, et quand il n'en a pas le droit »⁴⁰, nécessairement distincts des « règles » ainsi explicitement appliquées et modifiées. Si les contributions des professeurs Raz et Simpson ne faisaient que mettre en évidence cette nécessité, l'objet de la théorie des normes élaborée par le professeur Dworkin est d'examiner quelle pourrait être la nature de ces « standards », et de proposer une méthode permettant leur détermination. Si l'on ne saurait prétendre que la théorie proposée par le professeur Dworkin soit la seule admissible, du moins son influence sur la doctrine de *Common Law* est-elle suffisamment importante pour que la présente contribution ne puisse se dispenser de l'étudier.

Les « standards » dont toute théorie du précédent admettant l'évolutivité des énoncés de normes jurisprudentielles devrait reconnaître l'existence ne seraient autres que des « principes » dont les éléments constitutifs les distingueraient de « règles ». C'est que les « règles », normes conditionnelles⁴¹, « présentent [des] conséquences juridiques qui en découlent automatiquement quand les conditions sont remplies ». Les conditions auxquelles une « règle » subordonnerait l'existence d'une permission, prescription ou interdiction seraient en d'autres termes à la fois nécessaires et suffisantes. Il s'ensuivrait qu'il ne serait possible de faire la description

⁴⁰ « The Model of Rules », *University of Chicago Law Review*, 1967-1968, vol. 35, n°14, p. 14, reproduit et traduit dans *Prendre les droits au sérieux*, P.U.F, coll. « Leviathan », Paris, 1995, pp. 69-107, et spéc. p. 97.

⁴¹ Par « norme conditionnelle », nous entendons une norme qui attache à la vérification de certains faits-conditions une sanction prenant la forme d'une permission, d'une interdiction ou d'une prescription.

complète d'une règle qu'en énonçant l'intégralité des exceptions à cette permission, prescription ou interdiction. Tel ne serait pas le cas d'un « principe », « standard qu'il faut appliquer [...] parce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale ». Obligation inconditionnelle⁴², un principe « indique plutôt une raison d'aller dans un sens, mais non pas de prendre nécessairement une décision particulière ». Il ne serait par conséquent possible d'énoncer ni l'intégralité des conditions auxquelles l'application d'un « principe » serait subordonnée, ni celle de ses exceptions. En est un exemple le principe « nul ne doit profiter de sa propre turpitude », *ratio decidendi* explicite de la décision *Riggs v. Palmer*⁴³ de la Cour d'appel de New York⁴⁴.

Cette différence s'expliquerait par le fait que « les principes ont une dimension dont sont dépourvues les règles : celle du poids ou de l'importance », qui déterminerait leur applicabilité. Ainsi, « quand deux principes entrent en conflit [...], celui qui est chargé de résoudre le litige doit prendre en considération le poids relatif de chacun d'entre eux ». Dès lors qu'il serait impossible de déterminer avec exactitude les « poids » respectifs de « principes » inconsistants, il serait impossible d'énumérer l'ensemble des faits ou litiges à l'occasion desquels un « principe » primerait un « principe » inconsistent⁴⁵.

Cette distinction ontologique nous permettrait d'élaborer une conception dynamique du précédent, admettant tant l'évolutivité de « principes » implicites que des « règles » explicites dont elles fonderaient l'application. Ne concevoir que l'existence de « règles » aurait pour conséquence de réduire la force obligatoire d'un précédent à sa « force textuelle », en vertu de laquelle une juridiction serait dans l'obligation d'appliquer à un litige ultérieur l'ensemble des conditions auxquelles celui-ci subordonnerait l'existence d'une obligation⁴⁶. Seule une conception *statique* de la règle du précédent, n'admettant aucune évolution des conditions d'existence d'une obligation jurisprudentielle, pourrait alors être admise.

Reconnaître l'existence de « principes » permettrait à l'inverse d'admettre que « la force d'un précédent échappe au langage de son opinion », lui conférant ainsi le caractère de « force d'attraction ». Admettons ainsi qu'un précédent applique explicitement une certaine « règle » subordonnant la sanction d'un « principe » à la vérification de certains faits-conditions, de sorte que l'application de cette « règle » serait justifiée par ce « principe ». Reconnaître le caractère obligatoire de ce

⁴² Par « obligation inconditionnelle », nous entendons une permission, interdiction ou prescription dont l'existence ou validité n'est subordonnée à la vérification d'aucun fait-condition.

⁴³ 115 N.Y. 206, 22 N.E. 188 (1889).

⁴⁴ *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, pp. 80-84

⁴⁵ *Ibid.*, p. 85

⁴⁶ « Hard Cases », *Harvard Law Review*, 1975, vol. 88, n°6, pp. 1057-1109, reproduit et traduit dans *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, pp. 153-213, et spéc. p. 189.

« principe » nous permettrait d'affirmer que ce précédent contraint une juridiction suprême à sanctionner la violation de ce « principe » à l'occasion d'une décision ultérieure, alors même que les conditions auxquelles cette « règle » subordonne cette sanction ne sont pas vérifiées. Il conviendrait alors d'admettre, écrit le professeur Dworkin, que ce précédent « exerce une force d'attraction sur les décisions postérieures même lorsque celles-ci se situent hors de son orbite particulière »⁴⁷. Cette même juridiction pourrait ainsi appliquer à un litige ultérieur une « règle » partiellement inconsistante avec la précédente, en ce qu'elle ne subordonnerait pas la sanction de la violation de ce « principe » à l'ensemble des conditions spécifiées par celle-ci. Elle ne ferait alors en effet qu'appliquer le même « principe » qui aurait été appliqué par le précédent, et ne saurait en conséquence, en dépit de l'évolutivité des « règles » explicitement appliquées, violer la règle du précédent.

Le fait que la « règle » appliquée par le précédent restreigne la sanction de ce « principe » à la vérification de certaines conditions est cependant susceptible d'être justifié par une, voire plusieurs autres « exigences dictées par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale ». Reconnaître sa validité implique d'admettre que cette même juridiction puisse également, en vertu de la règle du précédent, appliquer à un litige ultérieur une nouvelle « règle », restreignant de nouveau les cas de sanction de ce « principe ». Il nous faudrait ainsi reconnaître la multiplicité des « principes » concurrents susceptibles de justifier l'ensemble des précédents d'une juridiction suprême, dont « le concept familier utilisé par les juges pour expliquer leur raisonnement basé sur le précédent, qui veut que certains principes sous-tendent la *common law* ou soient enfouis en elle », ne serait « qu'une présentation métaphorique ». Résoudre ces conflits de « principes » impliquerait l'élaboration d'un « schéma de principes abstraits et concrets qui donne une justification cohérente à tous les précédents de *common law* », ce qui présupposerait de déterminer « quel poids [...] donner [...] aux arguments que les juges qui ont tranché ces cas ont attaché à leurs décisions ». À cette fin, devrait être pris en considération le nombre de précédents susceptibles d'être justifiés par chacun de ces « principes », auquel leurs « poids » respectifs seraient proportionnels⁴⁸. Le problème de l'évolutivité des normes générales et abstraites effectivement appliquées par un ordre juridictionnel serait ainsi résolu par une conception dynamique de la règle du précédent.

Envisagées comme telles, les contributions des professeurs Dworkin, Raz et Simpson ont une dimension prescriptive. Elles visent en effet à déterminer les méthodes d'identification de normes jurisprudentielles qu'il conviendrait d'appliquer étant donnée l'évolutivité de leurs énoncés juridictionnels. Leur dimension

⁴⁷ *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 190-191.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 195-198.

descriptive ne saurait cependant être occultée, dans la mesure où elles visent à mettre en évidence les méthodes d'identification effectivement appliquées par les juridictions de *Common Law*, qu'il convient désormais d'étudier par l'exemple du *tort of negligence*.

b) Son application juridictionnelle

Il n'est guère étonnant que l'opinion délivrée par Lord Atkin dans la décision *Donoghue v. Stevenson* de l'ancienne *House of Lords*⁴⁹ soit paradigmatique des méthodes d'identification des normes de *Common Law* dont entendent rendre compte les contributions des professeurs Raz, Simpson et Dworkin, rédigées une trentaine d'années plus tard. Tandis que Lord Diplock qualifia sa contribution au « développement moderne de droit de la responsabilité pour négligence » de « séminale »⁵⁰, le professeur Warren A. Seavey put en dire qu'elle constituait un « énoncé exhaustif contraignant de la théorie fondamentale de la négligence »⁵¹.

C'est qu'elle inaugura une approche unitaire d'un droit de la responsabilité délictuelle de *Common Law* jusque-là caractérisé par sa fragmentation. Si l'engagement d'une responsabilité délictuelle était subordonnée à la violation d'un « devoir de diligence » (« *duty of care* »), il n'existait en effet jusqu'alors aucun énoncé général et abstrait des conditions de son existence. En conséquence, un « *duty of care* » ne pouvait être reconnu que si les faits d'un litige étaient suffisamment similaires à ceux à l'occasion desquels un précédent avait affirmé son existence. Afin de résoudre le problème de droit qui se posait en l'espèce, relatif à l'engagement de la responsabilité d'un fabricant de boissons du fait de la défectuosité du produit vendu, Lord Atkin n'en affirma pas moins que l'ensemble des cas dans lesquels la responsabilité d'un défendeur avait été reconnue du fait de sa négligence « doivent être logiquement fondés sur un certain élément qui leur est commun ». C'est qu'en effet, « la responsabilité pour négligence est sans aucun doute fondée sur un sentiment public et général de culpabilité morale pour laquelle le contrevenant doit payer. [...] La règle selon laquelle "tu aimeras ton prochain" devient en droit "tu ne blesseras pas ton prochain". [...] Tu dois faire diligence raisonnable de t'abstenir de commettre des actes dont on peut raisonnablement prévoir qu'ils sont susceptibles de blesser ton voisin ».

Aussi, un « devoir de diligence » ou « *duty of care* » apparaîtra chaque fois que le défendeur est dans une relation de proximité suffisante avec le demandeur pour qu'il puisse, ou doive, être conscient de la dangerosité de ses actes à son égard. Et Lord Atkin d'en déduire que la norme générale et abstraite applicable à l'espèce, relative à

⁴⁹ [1932] SC (HL) 31.

⁵⁰ *Dorset Yacht Co Ltd v. Home Office* [1970] UKHL 2.

⁵¹ Commentaire de la décision *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, *Law Quarterly Review*, 1951, vol. 51, p. 466, et spéc. pp. 470-471.

la responsabilité pour négligence d'un fabricant de boissons, subordonne l'existence d'un « devoir de diligence » incombant à ce dernier à l'égard de son consommateur à la connaissance des risques que comporteraient, pour ce consommateur, l'absence de diligence dans la préparation ou la confection du produit⁵².

À en croire le juge Lord Wilberforce, ce n'est qu'avec la décision *Dorset Yacht Co Ltd v. Home Office*⁵³ que l'impact de la décision *Donoghue v. Stevenson* sur le développement du droit de la responsabilité pour négligence fut pleinement reconnu⁵⁴. Si Lord Reid y qualifia l'opinion de Lord Atkin de « jalon » (« *milestone* ») dans la « tendance » à subordonner le droit de la responsabilité pour négligence à des « principes » plutôt qu'aux cas particuliers de décisions précédentes⁵⁵, il n'en relativisa pas moins la portée du « neighbour principle ». D'après Lord Reid, l'on ne saurait y voir une « définition législative » des cas dans lesquels un « *duty of care* » est susceptible d'exister, dès lors qu'il nécessiterait d'être aménagé à l'occasion de nouvelles circonstances⁵⁶. Il s'agissait là d'une opinion largement partagée par les juges de la House of Lords. Ce n'était en réalité que rappeler l'avertissement de Lord Atkin, qui insistait sur l'importance particulière de se prémunir contre le danger de formuler des propositions de droit dans des termes plus généraux qu'il n'est nécessaire⁵⁷. Aussi, y affirma Lord Reid, le « neighbour principle » devrait s'appliquer « à moins qu'il n'existe une justification ou une explication valide de son exclusion »⁵⁸. Tel est le cas lorsque « le Parlement confère un pouvoir discrétionnaire », dès lors qu'il « peut y avoir, et y aura certainement, des erreurs d'appréciation à l'occasion de son exercice ». C'est qu'en effet, « le Parlement ne peut avoir voulu que des particuliers puissent poursuivre en justice de telles erreurs », puisqu'alors, il « considère relever de l'intérêt public que des choses autrement injustifiables soient réalisées »⁵⁹. Tel serait du moins le fondement implicite du précédent *Geddis v. Proprietors of Bann Reservoir*⁶⁰.

Par ses décisions *Anns v. Merton London Borough Council*⁶¹ et *Caparo Industries plc v. Dickman & Ors*⁶², la House of Lords confirma la nécessité de restreindre le champ d'application du « neighbour principle » énoncé par Lord Atkin par la prise en compte

⁵² [1932] SC (HL) 31, pp. 44 et 57.

⁵³ [1970] UKHL 2, précité.

⁵⁴ Opinion sur l'affaire *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] UKHL 2.

⁵⁵ [1970] UKHL 2.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ [1932] SC (HL) 31.

⁵⁸ [1970] UKHL 2.

⁵⁹ [1970] UKHL 2.

⁶⁰ [1878] 3 App. Cas. 455.

⁶¹ [1978] A.C. 728.

⁶² [1990] UKHL 2.

des considérations concurrentes susceptibles d'apparaître à l'occasion des circonstances de nouveaux litiges. Aussi résulte-t-il désormais de la décision *Caparo Industries plc v. Dickman & Ors* que l'existence d'un *duty of care* ne sera reconnue qu'en cas de proximité suffisante entre le défendeur et le demandeur, de prévisibilité du dommage, et s'il est « équitable, juste et raisonnable » que son existence soit reconnue.

L'examen des méthodes d'identification des normes jurisprudentielles du *tort of negligence* effectivement mises en œuvre par les juridictions anglaises met ainsi en évidence la pertinence du critère du fondement implicite des solutions retenues par un ensemble de précédents pour l'identification de la norme jurisprudentielle applicable à un litige, tant dans le cas de l'évolutivité de ses énoncés explicites qu'en leur absence.

N'envisageant que les cas dans lesquels l'énoncé explicite d'une norme jurisprudentielle serait évolutif, les théories du précédent exposées par les professeurs Simpson, Raz et Dworkin mettent en évidence la nécessité de recourir à cette fin à un autre critère, nécessairement implicite. La même solution s'impose toutefois logiquement en l'absence de tout énoncé juridictionnel explicite de la norme jurisprudentielle applicable à une catégorie donnée de litiges. Dès lors que cette norme jurisprudentielle ne peut correspondre, en vertu de la règle du précédent, qu'au fondement normatif (ou *ratio decidendi*) de solutions antérieures, elle ne peut être identifiée que sur la base de leur fondement implicite, que celui-ci corresponde à leur « justification fondamentale » (Joseph Raz), à une « exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale » (Ronald Dworkin) ou à un « principe justificatif de moralité, de justice, de politique sociale ou de bon sens » (Brian Simpson).

Utilisant le « concept familial [...] qui veut que certains principes sous-tendent la *common law* ou soient enfouis en elle »⁶³, ce n'est pas à un autre critère que recourut Lord Atkin pour identifier les conditions générales et abstraites d'engagement de la responsabilité pour négligence, en l'absence de leur énoncé explicite. Relatifs à la responsabilité pour négligence de défendeurs, les précédents antérieurs à la décision *Donoghue v. Stevenson* n'auraient pu qu'être implicitement fondés sur le « sentiment public et général de culpabilité morale pour laquelle le contrevenant doit payer », seul critère à même de systématiser les cas dans lesquels l'existence d'un « devoir de diligence » pesant sur un défendeur fut reconnue, et d'où il faudrait déduire qu'un tel devoir incombe à un particulier à l'égard d'autrui lorsqu'il entretient avec lui une relation de proximité suffisante.

Explicitant les conditions générales et abstraites d'engagement de la responsabilité d'un défendeur du fait de sa négligence, l'opinion délivrée par Lord

⁶³ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 195.

Atkin n'en priva pas pour autant le critère du fondement implicite des décisions antérieures de sa pertinence, en raison de la nécessaire évolutivité des énoncés juridictionnels explicites de normes jurisprudentielles. Sous-tendant la restriction du « principe de voisinage » opérée par la décision *Dorset Yacht Co Ltd v. Home Office*, réside en effet la conviction de l'impossibilité structurelle d'énoncer, à l'occasion d'une décision juridictionnelle particulière, tant l'intégralité des conditions d'engagement de la responsabilité pour négligence que leurs exceptions. Les juridictions de *Common Law* ne seraient en effet pas en mesure de prendre en compte l'ensemble des circonstances à l'occasion desquelles une norme générale et abstraite de responsabilité pour négligence serait applicable, ni en conséquence de se représenter l'ensemble des « exigences dictées par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale » devant présider à la détermination des règles d'engagement de la responsabilité pour négligence, que seule la résolution progressive des cas de responsabilité pourrait faire apparaître.

Entendant formuler une alternative au *ratio decidendi* explicitement appliqué par un précédent, les professeurs Ronald Dworkin, Brian Simpson et Joseph Raz ne pouvaient identifier la norme jurisprudentielle applicable à un litige qu'à l'aide du fondement implicite de leur application, seul en mesure de prodiguer un critère d'une généralité suffisante pour justifier l'application d'une norme au-delà du seul cadre d'un litige concret à résoudre. Ce critère est néanmoins inopérant, ce qui interroge l'existence même d'un critère d'identification de normes jurisprudentielles dont la validité est distincte de leur efficacité, quoique cette distinction soit nécessaire.

2) *Un critère inopérant*

Cette inopérance résulte tant du problème de régression à l'infini auquel s'expose l'identification du fondement implicite d'un unique précédent (a) que de l'indétermination de l'ensemble cohérent de principes susceptibles de justifier une pluralité de précédents (b).

a) Le problème de régression à l'infini auquel s'expose l'identification du fondement implicite d'un unique précédent

L'identification de ce fondement implicite s'expose en effet à un problème de *regressio ad infinitum* remettant en cause le caractère opératoire de ces méthodes. Admettons ainsi que l'inexistence d'un *duty of care* soit justifiée par une « justification fondamentale », un « principe justificatif de moralité, de politique sociale ou de bon sens », ou une « exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale » donnée. Il n'en reste pas moins que l'existence de ce *duty of care* aurait pu être justifiée par un fondement concurrent. Affirmer l'inexistence d'un *duty of care*

présuppose donc de justifier que son fondement est davantage pertinent pour la résolution du litige que cette justification concurrente, ou en d'autres termes qu'il la prime pour la résolution du litige considéré. Cela suppose de recourir à un « principe justificatif » d'un degré de généralité et d'abstraction supérieur, susceptible de résoudre ce conflit au profit de la première justification.

Le même problème se posera toutefois pour ce principe. Rien en effet ne nous empêche de concevoir l'existence d'un « principe justificatif » concurrent d'un même degré de généralité et d'abstraction, justifiant la prévalence de la justification de l'existence d'un *duty of care* sur la justification de son inexistence pour le litige considéré. Justifier l'inexistence d'un *duty of care* suppose donc de justifier sa prévalence à l'égard de ce principe concurrent par le recours à un « principe justificatif » d'un degré de généralité et d'abstraction à nouveau supérieur. Ce problème se posera cependant de nouveau pour ce « principe », et ce jusqu'à une régression à l'infini remettant en cause toute possibilité d'identifier le « principe justificatif » justifiant en dernier lieu l'application de l'inexistence d'un *duty of care*. L'identification de ce « principe justificatif » ultime est pourtant d'une importance cruciale, car elle permettra de déterminer l'ensemble des cas dans lesquels l'existence d'un *duty of care* ne devra pas être reconnue.

b) L'indétermination de l'ensemble cohérent de principes susceptibles de justifier une pluralité de précédents

Une telle objection, pourrait-on soutenir, ne saurait être opposée aux méthodes d'identification de normes jurisprudentielles élaborée par le professeur Dworkin, dont on a vu la valeur explicative à l'égard des méthodes effectivement mises en œuvre tant par les juridictions de *Common Law* que par les juridictions administratives françaises. Contrairement aux conceptions du précédent développées par les professeurs Raz et Simpson, ces méthodes ne recourent pas, pour identifier la norme jurisprudentielle applicable à une catégorie donnée de litiges, au seul critère du « principe justificatif » fondant la solution retenue par un unique précédent. Un « principe » n'est en effet applicable à une catégorie donnée de litiges que s'il s'inscrit dans un « schéma de principes [...] qui donne une justification cohérente à tous les précédents »⁶⁴, au sein duquel chacun d'entre eux est affecté d'un « poids » déterminant sa prévalence, ou sa non-prévalence, à l'égard un « principe » concurrent. L'on pourrait alors concevoir que l'établissement du « schéma de principes » ne s'expose pas au problème de *regressio ad infinitum* inhérent à la détermination du fondement implicite d'un unique précédent, puisque le degré de généralité et d'abstraction de la catégorie de litiges auxquels un « principe » est

⁶⁴ *Prendre les droits au sérieux, op. cit.*, p. 196

applicable est limité par le nombre de litiges susceptibles d'être justifiés par un « principe » inconsistant.

L'élaboration de ce « schéma de principes » s'expose toutefois à la critique de l'empirisme logique formulée par William Van Orman Quine⁶⁵. Admettons en effet qu'une juridiction suprême ait à déterminer, pour la résolution d'un litige donné, le « schéma de principes [...] qui donne une justification cohérente à tous les précédents ». L'élaboration de « schéma de principes » présuppose d'« assigner seulement une place initiale ou *prima facie* »⁶⁶ aux « principes » justifiant chacun de ces précédents particuliers, susceptible d'être révisée dans le cas où des « principes » concurrents seraient susceptibles de justifier un plus grand nombre d'autres précédents⁶⁷. Comme l'écrit William Van Orman Quine, « il faut alors redistribuer les valeurs de vérité entre certains de nos énoncés. La réévaluation de certains énoncés entraîne la réévaluation de certains autres, à cause de leurs liaisons logiques – quant aux lois logiques elles-mêmes, elles ne sont à leur tour que des énoncés de plus dans le système, des énoncés plus éloignés dans le champ. Lorsqu'on a réévalué un énoncé, on doit en réévaluer d'autres, qui peuvent être des énoncés qui lui sont logiquement liés, soit les énoncés de liaison logique eux-mêmes »⁶⁸.

De la sorte, et pour reprendre la métaphore de Quine, ce « schéma de principes » « est comparable à un champ de forces, dont les conditions limites seraient l'expérience. Si un conflit avec l'expérience intervient à la périphérie, des réajustements s'opèrent à l'intérieur du champ [...]. Mais le champ total est tellement sous-déterminé par ses conditions périphériques, à savoir l'expérience, qu'on a toute latitude pour choisir les énoncés qu'on veut réévaluer, au cas où interviendrait une seule expérience contraire. Aucune expérience particulière n'est, en tant que telle, liée à un énoncé particulier situé à l'intérieur du champ, si ce n'est indirectement, à travers des considérations d'équilibre concernant le champ pris comme un tout »⁶⁹.

Du fait de la sous-détermination du « champ total » d'un « schéma de principes » par ses « conditions périphériques, à savoir l'expérience », il nous serait ainsi impossible de déterminer l'identité ou le « poids » des « principes » à réajuster en cas de conflit avec un précédent particulier, de sorte qu'une infinité de « schémas de principes [...] qui donne une justification cohérente à tous les précédents » serait concevable. Il ne nous serait alors aucunement possible de déterminer l'identité de la

⁶⁵ Dans « Two Dogmas of empiricism », reproduit dans W. V. QUINE, *D'un point de vue logique*, trad. Sandra Laugier, Vrin, Paris, 2003, pp. 49-81.

⁶⁶ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 198

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ W. V. QUINE, *op. cit.*, pp. 76-77.

⁶⁹ *Ibid.*

norme jurisprudentielle applicable au litige à résoudre, qui dépend de l'établissement d'un certain « schéma de principes » particulier. En déterminant le « poids » de l'ensemble des « principes » susceptibles de justifier chacun des précédents, ce dernier en déterminerait en effet le champ d'application. En dépit des tentatives de systématisation des décisions juridictionnelles antérieures, le problème de *regressio ad infinitum* auquel s'expose l'identification de leur fondement implicite semble ainsi irrémédiable.

Seule, alors, peut sembler opératoire une conception statique de la règle du précédent, permettant l'identification de normes jurisprudentielles explicites. L'on a pu voir cependant les inconvénients, tant d'opportunité que d'ordre épistémologique, auxquels pouvaient conduire une telle conception. Si ceux-ci s'avéraient dirimants, l'on ne pourrait alors qu'être sceptique à l'égard de l'existence d'une quelconque méthode d'identification de normes jurisprudentielles. Un examen critique de l'émancipation prétorienne de normes législatives s'avérerait alors nécessaire, cette inexistence ayant pour enjeu, à l'égard des justiciables, l'arbitraire des décisions juridictionnelles qui les affectent.

RÉSUMÉ :

La doctrine française corréle traditionnellement l'existence d'un « pouvoir normatif » jurisprudentiel à l'absence de contrainte dans l'énoncé, par le juge, de normes générales et abstraites. Indépendamment de la question de leur validité juridique, la présente étude entend remettre en cause ce présupposé, en s'appuyant sur les développements consacrés par la doctrine anglo-saxonne à la règle du précédent. Celle-ci, qui oblige une juridiction suprême à appliquer à un litige une norme générale et abstraite implicitement ou explicitement énoncée à l'occasion d'un litige antérieur, apparaît en effet comme une exigence de logique juridique sans laquelle l'on ne saurait concevoir l'existence même de normes jurisprudentielles, en l'absence de méthode permettant leur identification. Une conception « statique » de la règle du précédent n'admettant aucune évolution de normes jurisprudentielles explicites n'en semble pas moins difficilement compatible avec l'évolutivité des normes générales et abstraites effectivement appliquées par un ordre judiciaire. Il nous faudra donc exposer les conceptions alternatives développées par la doctrine anglo-saxonne, destinées à rendre compte des méthodes judiciaires effectives d'identification de normes jurisprudentielles. En présupposant leur arbitraire, la remise en cause de leur caractère opératoire nous permettra de mettre en avant la nécessité d'un examen critique de l'émancipation prétorienne des normes législatives allant au-delà de la seule mise en évidence de son caractère juridiquement fautif.

SUMMARY:

French legal scholarship traditionally correlates judicial law-making power with the absence of judicial constraint in the making of case-law rules. Independently from the question of their legal validity, the following article aims to challenge this position, relying on the Common law doctrine of stare decisis. The rule of stare decisis, which requires from a given judicial order to apply to a case a general and abstract rule implicitly or explicitly enunciated on the occasion of a prior case, indeed appears as necessary in order to identify given case-law rules, and thus to conceive their very existence. A « static » conception of stare decisis, rejecting any evolution of explicit case-law rules, however seems incompatible with the judicial creativity actually experienced by the courts. We thus shall give account of the alternative conceptions to be found in Common law scholarship, aimed at describing the actual judicial methods of identification of case-law rules. Their challenge, which assumes their arbitrary character, evidences the necessity of a critical approach to the judicial emancipation from legislative rules.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- CROSS R., HARRIS J., *Precedent in English Law*, Oxford University Press, Oxford, 1991 ;
- Dupeyroux O., « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 475 ;
- DWORKIN R., *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. « Léviathan », Paris, 1995 ;
- GOODHART A. L., « Determining the Ratio Decidendi of a Case », *The Yale Law Journal*, 1930, vol. 40, n°2, pp. 161-183 ;
- HEBRAUD P., « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges Couzinet*, 1975, p. 329 ;
- JESTAZ P., « Source délicate », *R.T.D. Civ.* 1993, p. 73 ;
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, L.G.D.J., 1997 ;
- KRESS K. J., « Legal Reasoning and Coherence Theories : Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions », *California Law Review*, 1984, vol. 72, n°3, pp. 369-402, et spéc. p. 380 ;
- MACCORMICK D. N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1978 ;
- PACTEAU B., « La jurisprudence, une chance du droit administratif ? », in *La Revue administrative*, 52^e année, n° spécial 6 : « Conseil d'État et État de droit », 1990, p. 70 ;
- PERRY S., « Judicial Obligation, Precedent and the Common Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1987, vol. 7, p. 215 ;
- RAZ J., « Law and Value in Adjudication », in Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009 p. 183 ;
- RIVERO J., « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *A.J.D.A.* 1968, p. 15 ;
- ROSS A., *Towards a realistic jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, Copenhagen, Einar Munskard, 1946 ;
- SCHAUER F., « Is the Common Law law ? », *California Law Review*, vol. 77, n°2, 1989, p. 455 ;
- SIMPSON B. A., « The Ratio Decidendi of a Case », *The Modern Law Review*, 1957, vol. 20, n°4, p. 413 ;

- SIMPSON B. A., « The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent », in A.G. Guest (éd.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Second Series, Oxford University Press, Oxford, 1961, pp. 148-175 ;
- STONE J., « The Ratio of the Ratio Decidendi », *The Modern Law Review*, 1959, vol. 22, n°6, p. 597.