

**ARAM MARDIROSSIAN**, Professeur en histoire du droit à l'Université de Paris Ouest  
Formation en droit – DGEMC - proposée aux professeurs de l'académie de Versailles  
Diffusion en visioconférence le 01 février 2012, de 14h00 à 17h00 :  
[http://melies.ac-versailles.fr/visio/formation\\_en\\_droit/](http://melies.ac-versailles.fr/visio/formation_en_droit/)  
<http://www.coin-philo.net/eee.11-12.formation-en-droit.php>  
Vidéo : [http://www.dailymotion.com/video/xon6l3\\_droit-des-normes-et-des-hommes\\_school](http://www.dailymotion.com/video/xon6l3_droit-des-normes-et-des-hommes_school)

## **Des normes et des hommes**

« Sans la justice, les royaumes sont-ils autre chose que de grandes troupes de brigands », Saint Augustin, *La Cité de Dieu*, vol. I, Paris 1994, p. 167.

En tant qu'historien du droit, spécialiste de droit canonique, nous ne pouvons que commencer en rappelant l'adage « Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu ». Un cours doit en effet toujours beaucoup aux différents auteurs qui ont travaillé sur les notions qui y sont abordées. C'est tout particulièrement le cas ici, puisqu'il s'agit d'un panorama introductif qui touchera à divers branches du droit positif. Ainsi, les travaux de divers collègues spécialisés en ces domaines viendront éclairer cette imparfaite synthèse.

Nous souhaiterions ouvrir notre propos par une citation, assez longue, mais particulièrement pertinente pour l'étude des trois notions abordées ici. Il s'agit d'un extrait du *Discours préliminaire* du Code civil de 1804 rédigé par Portalis – l'un des rédacteurs du Code –. Jean-Marie Carbasse, à qui nous empruntons la citation, la considère à juste titre comme « un modèle de style et d'intelligence juridique ». Ainsi Portalis estimait qu'« un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement qui ne s'arrête pas... produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences ; et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application », (J.-M. Carbasse, p. 354).

Nous aurions pu emboîter les pas de Portalis en procédant à un examen croisé des notions de loi, de jurisprudence et de justiciable, toutefois, plus modestement, nous évoquerons de façon séparée les notions qui nous intéressent ici. Même si toutes trois sont liées, les deux premières se

distinguent quelque peu de la dernière. Comme le titre même de cette intervention l'indique, il y a d'un côté les normes – ce vocable est employé ici dans une acception extensive, car comme nous allons le voir, en France, la jurisprudence ne constitue pas, à l'heure actuelle, une norme au sens propre du terme –, d'un côté donc, il y a les normes avec la loi et la jurisprudence, et de l'autre, il y a les hommes, en l'espèce, le justiciable.

Mais avant toute chose, il n'est pas inutile de donner une définition, à la fois la plus complète et la plus générale possible, des termes loi, jurisprudence et justiciable.

- **Loi** : au sens le plus large, ce mot, qui vient du latin *lex*, représente toute norme ou système de norme d'ordre juridique mais aussi extra juridique. On distingue ainsi la loi positive de la loi naturelle ou encore morale. Ici, nous allons avant tout évoquer la loi positive qui existe tant au plan interne qu'international.

En droit positif, la loi désigne une règle juridique formulée par écrit et promulguée par la puissance publique. Elle revêt un caractère permanent tant qu'elle n'est pas modifiée ou abrogée par le législateur. S'agissant de la loi interne, le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu lui attribue près d'une dizaine de formes. Ainsi, les textes votés par le parlement comme l'indique l'article 34 de la Constitution de 1958, mais aussi plus rarement les textes votés par référendum selon l'article 11 de ce même texte. Dans une acception plus fondamentale – certes non exempte de positivisme –, la loi est la règle de droit suprême dans la hiérarchie des normes – règle de droit écrite par opposition à la coutume orale –, norme rendue suprême par le pouvoir politique. Ainsi en France, la loi représente – selon la tradition rousseauiste –, ou est censée représenter, l'expression de la volonté générale.

Plus largement, la loi renvoie à tout ce qui est juridiquement obligatoire. Sur le plan international, et plus précisément en droit international privé, la loi représente l'ensemble des règles de droit du système juridique considéré comme applicable à une situation juridique internationale. Ainsi, par exemple, la loi nationale qui régit la capacité d'un individu englobe l'ensemble des règles de droit concernant la capacité qui s'applique dans le pays dont cet individu possède la nationalité.

- **Jurisprudence** : Là encore, le terme dérive du latin *jurisprudentia*, la science du droit, vocable originel sur lequel nous reviendrons plus loin. Dans l'immédiat, il convient de mentionner les deux principales acceptions de la jurisprudence. *Stricto sensu*, il s'agit de l'ensemble des décisions de justice rendues durant une certaine période pour la totalité du champ juridique ou dans une branche ou même une matière du droit. Le vocable renvoie aussi, *lato sensu*, à l'ensemble des solutions engendrées par les décisions de justice dans l'application du droit – afin d'interpréter la loi obscure – voire même dans la création du droit – afin de compléter une loi défailante.

- **Justiciable** : Le vocable dérive ici du latin *justicia*. Le justiciable représente l'individu en tant qu'il peut être auditionné ou appelé en justice afin d'y être jugé, et plus largement l'individu dans la mesure où il est soumis à la justice et aux décisions prises par celle-ci. Toute personne est susceptible d'être justiciable d'une juridiction, à savoir qu'elle relève d'une juridiction spécialement et/ou exclusivement compétente pour trancher sur son cas. Enfin, sur un plan collectif, les justiciables constituent l'ensemble des personnes qui relèvent de la justice d'un État donné, ils représentent donc à ce titre, de façon plus active, les sujets de droit de cet État.

Ces définitions sommaires posées, entrons dans le détail des choses. Nous évoquerons tour à tour les trois notions, qui, en l'occurrence, pourraient constituer une sorte d'équation. La loi, tout d'abord, sera envisagée dans sa dimension historique puis dans son aspect plus actuel (I); par la suite, la jurisprudence sera étudiée tour à tour, en tant que norme autonome, puis dans ses rapports avec la loi (II) ; avant de nous intéresser, *in fine*, au justiciable, en commençant par un examen de la figure de cette personne juridique, puis en procédant à une brève tentative de décryptage des liens pouvant unir le justiciables à la loi et à la jurisprudence (III). Nous proposons donc une sorte de plan en « cascade ».

## **I. Une norme vénérable : La loi**

Pour tenter de mieux saisir les questionnements actuels au sujet de la loi (B), commençons par étudier son évolution historique, et notamment sa place en tant que source du droit au sein des différents systèmes juridiques qui constituent les fondements de notre droit (A).

### **A. De la *lex* à la loi : La dimension historique**

Comme nous l'avons rappelé, le mot loi vient du latin *lex* qui dérive lui-même de *lego* « lire » et non, comme on l'a dit parfois, « rassembler » ou « cueillir ». De même que la Grèce est considérée comme la patrie de la philosophie, Rome a été celle du *jus*, un droit très élaboré et technique, et les Romains ont à juste titre été considérés comme le « peuple du droit ». À Rome, l'autorité compétente lisait la *lex* à haute voix : il ne s'agissait pas d'une simple modalité de publicité, mais d'une lecture solennelle, impérative pour la validité de l'acte.

Chacun le sait, Rome a connu trois périodes historiques : la Royauté (qui s'étend des premiers temps de la fondation de la ville au VIII<sup>e</sup> s. jusqu'en 509 av. J.-C.), la République (509 av. J.-C. à 27 av. J.-C.) et l'Empire (27 av. J.-C. à 476 de notre ère pour l'Empire romain d'Occident, mais 1453 pour l'Empire romain d'Orient, qui ne disparaît que le mardi 29 mai de l'année en question, après la prise de Constantinople pour les Turcs ottomans).

La première période connaît la légende des « lois royales » qui en fait représentaient probablement des règles coutumières attribuées *a posteriori* aux rois romains. Le droit était essentiellement assimilé à la religion pour former un ensemble de norme appelé *fas*, et seuls les pontifes en maîtrisaient le contenu et la procédure. La loi apparaît en réalité au cours de la deuxième période, celle de la République, mais elle occupe d'abord une place limitée dans le champ juridique. La plus célèbre, et aussi sans doute la première à mériter le titre de loi, est la Loi des XII Tables qui est élaborée en 451-450 av. J.-C. Dix tables furent composées par une commission de sages en 451 avant d'être complétées par deux autres l'année suivante. Répondant, en l'occurrence, à une revendication plébéienne, le droit est désormais censé être accessible à tous. Les normes gravées sur les tables concernaient à la fois le droit public et le droit privé. Elles permettaient surtout d'ouvrir un certain nombre d'actions, appelées actions de la loi, qui pouvaient être utilisées par les plaideurs. Sans ces « actions », pas d'instance possible, à la différence des droits modernes.

Par la suite, une autre catégorie de loi, la *lex rogata*, votée par les assemblées populaires –, va se développer. Le bilan reste toutefois assez maigre. On a compté pour la période républicaine, qui s'étend sur un demi-millénaire, huit cent lois dont moins d'une trentaine concernent le droit privé. Plusieurs autres catégories de normes priment alors, parmi lesquels il convient de mentionner la coutume, et surtout l'édit du préteur qui détermine une liste des cas où une action en justice est autorisée mais nous ne pouvons, ici, en dire plus sur le sujet.

La troisième période, celle de l'Empire, est marquée par l'accaparement des sources par l'empereur qui dit le droit dans ses constitutions : ses édits, ses jugements ou ses instructions. En particulier, à partir du Dominat où le pouvoir de l'*auguste* se renforce, ces constitutions impériales acquièrent la qualité de *leges*. L'empereur est dès lors considéré comme étant lui-même la loi : *nomos empsychos, lex animata*, la « loi vivante », ou si l'on veut « l'esprit des lois ».

Quittons à présent Rome, notre prestigieux ancêtre juridique, pour nous tourner vers la France. Au cours de la période médiévale, et même encore à la veille de la Révolution de 1789, la place de loi restait secondaire vis-à-vis de la coutume. Celle-ci, d'une manière générale, constitue un usage auquel une longue pratique octroie une force contraignante pour en faire une règle de droit. La coutume est d'abord orale et susceptible d'évolution par l'usage, de la même façon qu'elle s'est dégagée. Dans la France médiévale, le droit public et plus encore le droit privé relevaient largement de cette norme. Mais progressivement, au fil des siècles, les choses vont s'inverser. Certes, le législateur royal souhaitait par principe respecter les diverses coutumes présentes dans le pays, mais à la fin du Moyen Âge, émerge l'idée d'une unification du droit coutumier en vue de parachever l'unité du royaume. Cette politique se concrétise par la promulgation de diverses lois de codifications, embryon d'une législation uniforme pour tout le royaume.

En fait, dès le XIII<sup>e</sup> siècle, la royauté capétienne avait affirmé sa fonction législative et engagé avec force et persévérance la construction d'un État. Dès lors, légiférer constituait non seulement une part immédiate de la souveraineté royale, mais la loi devenait dans le même temps, l'expression première de l'intervention étatique. Ainsi, la législation royale – tant sur le fond que la forme – progressait et s'affinait, alors que dans le même temps, la rédaction officielle des coutumes – affirmée clairement par l'ordonnance prise par Charles VII à Montils-lès-Tours en 1454 – avait d'une certaine manière figé le droit coutumier. Lentement, le rapport de force entre la coutume et la loi s'inversait en faveur de cette dernière.

L'histoire allait s'accélérer avec la Révolution de 1789. Dans notre domaine, comme dans tellement d'autres, une véritable césure se produit alors. En instaurant de nouveaux principes qui confèrent la souveraineté à la nation et qui proclament la séparation des pouvoirs, les révolutionnaires ont souhaité généraliser, de façon absolue, la formulation du droit à partir de la loi votée par les représentants de la nation – qui exprime la volonté souveraine de cette dernière.

Dans cette nouvelle acception, la loi « toute puissante » ne supportait même plus l'interprétation par le juge. Certains qui voulaient aller encore plus loin avancèrent l'idée d'une codification générale vouée à faire rentrer l'ensemble du droit dans le cadre législatif. Certes, le projet ne se concrétisa pas dans toute son ampleur – la chose en réalité était illusoire – mais il est possible d'en retenir deux éléments essentiels. D'une part, on assiste à la prolifération de la pratique des constitutions, au sens moderne et non plus romain, c'est-à-dire, l'expression législative des règles fondamentales de l'État ; de fait, tous les régimes qui se succèdent à partir de 1791 comprendront une constitution plus ou moins détaillée. On ne peut manquer ici d'opposer l'instabilité des régimes politiques post-révolutionnaires, près d'une quinzaine jusqu'à la V<sup>e</sup> République instaurée en 1958, à la stabilité et à l'unité de la monarchie capétienne qui s'étend sur près de huit siècles, et cela en dépit des changements de branches dynastiques ou de l'évolution des tendances gouvernementales. D'autre part, sous l'impulsion décisive de Napoléon Bonaparte, apparaissent les cadres juridiques de la nouvelle structure de la société affirmés en particulier dans le Code civil de 1804.

L'élargissement du domaine de la loi si fortement instauré sous la Révolution, a depuis deux siècles, pris des formes variées dès l'instauration d'un régime parlementaire et tout particulièrement, comme nous allons le voir maintenant, à partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle.

## **B. La loi contemporaine : Une norme en perpétuelle évolution**

L'extrême diversité des acceptions que recèle la notion de loi nous oblige à procéder au préalable à un tri.

En premier lieu, nous n'évoquerons pas, ce que certains juristes appellent loi privée, législation privée ou encore quasi-législation privée. Ici, en raison d'un retrait volontaire ou involontaire de l'État, des personnes privées sont amenées à élaborer des textes qui sont rangés dans cette catégorie des lois privées. Le plus souvent, il s'agit d'acteurs de la vie économique, comme par exemple, les établissements de crédits ou les sociétés d'assurances, dont la présence impérieuse et tentaculaire pèse aussi bien sur la vie de l'État que sur celle des simples particuliers. Il s'agit aussi parfois d'organisations professionnelles, on pense ici notamment aux syndicats, qui peuvent ébaucher des conventions collectives, mais également de certains praticiens du droit, tels les notaires, et enfin, plus généralement de collectivités diverses et variées, parmi lesquelles on peut citer les statuts des sociétés, des associations ou encore les règlements de copropriétés. Bien entendu, cette législation ou quasi législation privée ne possède en aucune manière, la même force et la même importance que la législation publique. C'est de cette dernière dont nous allons parler.

Tout d'abord, observons que la loi possède un caractère unilatéral, elle s'impose à son destinataire sans avoir besoin de son accord. Elle se distingue donc du contrat dont le contenu est discuté entre les parties. La loi ignore la notion d'obligation, l'engagement personnel d'individu à individu. Nous verrons bientôt, également, que la loi se différencie du jugement qui, tout en ayant une force obligatoire, ne concerne, lui, que deux prétentions particulières. Pour tenter de décrypter la notion complexe de loi, évoquons d'abord la loi interne avant de nous intéresser à la loi supranationale.

### **1. La loi interne**

« Plus on crée des lois, moins elles sont observées. » Cette maxime formulée entre autre par l'historien, possède une certaine pertinence au regard d'un constat qui s'impose à l'heure actuelle : celle d'une inflation galopante du nombre des lois votées. Il ne saurait être question ici d'essayer d'expliquer cette fringale législative. Nous nous bornerons à dire un mot sur les deux principales catégories de lois en présence, d'une part, les textes supralégislatifs, et d'autre par les textes de portée législative, en laissant de côté les très nombreux textes infralégislatifs au sein desquels, on peut classer le règlement autonome – par opposition au règlement d'application – pris par le gouvernement sur le fondement de l'article 37 de la Constitution. Concrètement, ce texte intervient dans un domaine antérieurement légiféré et par conséquent procède à la modification d'anciennes lois.

Quoiqu'il en soit, la première catégorie est représentée par les lois constitutionnelles et organiques. À l'instar de très nombreux pays, la France est régie par une constitution qui est une loi. Toutefois, certains pays ignorent ce modèle et sont gouvernés par une constitution plus ou moins totalement coutumière, on peut citer à titre l'exemple l'Angleterre, tout en ajoutant qu'une même situation prévalait en France antérieurement à la Révolution. La loi organique, de son côté représente un texte voté selon une procédure plus solennelle que celle en vigueur pour les lois ordinaires, sachant qu'elle comprend notamment de façon obligatoire la consultation du Conseil constitutionnel – qui tend malheureusement, de plus en plus, à substituer des considérations d'ordre politique à un contrôle strictement juridique de la loi –, mais aussi du fait qu'elle ne peut concerner que des domaines fixés par la constitution. D'ailleurs, une fois votée, ce type de loi possède valeur constitutionnelle, et les lois ordinaires ne peuvent s'opposer à elle. C'est précisément de celles-ci dont nous allons parler maintenant.

L'article 34 de la constitution de 1958 dispose que la loi est votée par le Parlement. En principe, l'Assemblée nationale et le Sénat doivent arriver à un accord pour l'adoption d'un texte identique ; faute d'y parvenir après avoir réuni une commission mixte composée d'un nombre égal de membres de chacune des deux chambres, le gouvernement peut solliciter l'Assemblée nationale afin qu'elle statue définitivement. Quant à l'initiative de la loi, elle est partagée entre le Premier ministre qui avance des projets de loi, et les membres du Parlement, qui sous certaines conditions peuvent formuler des propositions de loi.

Parmi les lois ordinaires, figurent également les lois référendaires, comme par exemple celle qui a autorisé – à la suite du référendum au résultat plus que serré organisé en 1992 – le Président de la République à ratifier le traité de Maastricht. Leur caractère spécifique est corsé par le fait que le Conseil constitutionnel se refuse à en contrôler la constitutionnalité, du fait qu'elles émanent directement du peuple souverain. La particulière réticence des différents gouvernements à procéder à des référendums font que cette catégorie de loi demeure une rareté.

Enfin, dans la continuité du décret-loi si usité sous les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> République, la Constitution de 1958 a prévu l'ordonnance ratifiée. Initiée par le gouvernement dans le champ de compétence du Parlement, mais sur l'autorisation accordée par ce dernier par l'intermédiaire d'une loi d'habilitation, cette ordonnance pourrait de prime abord constituer un texte administratif. Mais sitôt ratifiée par le Parlement, elle acquiert valeur de loi. Après avoir vu la loi interne, passons maintenant à la loi supranationale, qui chacun le sait, est en pleine expansion.

## 2. La loi supranationale

Une fois signée et ratifiée par la France, une convention internationale va occuper une place particulière dans la hiérarchie des normes. Ainsi, dans l'hypothèse d'une loi interne contraire, la convention internationale va primer, comme l'ont successivement indiqués la Cour de cassation (arrêt Jacques Vabre, 24 mai 1975) puis le Conseil d'État (arrêt Nicolo, 20 octobre 1989) sur le fondement de l'article 55 de la Constitution de 1958. Le juge français est dès lors tenu d'écarter la loi nationale opposée à la convention.

En revanche, la situation est moins évidente concernant l'application directe du contenu de la convention internationale aux citoyens français. Théoriquement, il appartient aux États signataires à la convention de préciser ce point, et de dire si celle-ci aura un caractère auto-exécutoire – le français est une langue assez riche pour ne pas employer systématiquement des termes anglais, ici *self executing*. Mais en droit, il y a souvent un gouffre entre la théorie et la pratique, et fréquemment, les parties à la convention n'expriment pas sur ce point leur volonté avec toute la clarté souhaitée. Il revient alors au juge français de trancher, ce qui a donné naissance à une jurisprudence pour le moins assez contrastée. Il n'est pas interdit de penser que le pan de jurisprudence qui refuse d'appliquer automatiquement le contenu d'une convention aux nationaux a pour véritable objectif de minimiser le principe général de supériorité de la convention sur la loi interne.

Toutefois, il est aujourd'hui admis que deux conventions à l'importance toute particulière, à savoir la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 et le Traité de Rome de 1957, s'appliquent de façon directe à l'ensemble des citoyens français. En outre, ces deux textes, et tout particulièrement le second, comprennent des institutions permanentes qui créent un droit dérivé, c'est-à-dire une norme qui entre en vigueur dans l'ordre interne sans nécessiter une nouvelle ratification. À ce titre, les règlements élaborés par le Conseil européen ou la Commission européenne – institution dont la légitimité sur le plan démocratique est plus que discutable – s'imposent instantanément aux ressortissants français, sur le fondement du Traité de Rome, tout en primant sur la loi nationale, en vertu de la jurisprudence du Conseil d'État. Par contre, les directives européennes n'affectent en principe que les États membres, sachant toutefois qu'un désaccord existe entre le juge français et la Cour de justice de l'Union européenne concernant certaines catégories de directive.

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme ne paraît pas créer un droit dérivé *stricto sensu*, mais plutôt une jurisprudence. Quoiqu'il en soit, les juridictions françaises considèrent que celle-ci s'intègre au texte de la Convention, ce qui évidemment annule la question de son applicabilité !

On peut conclure sur la loi en observant que la France connaît, à l'instar de nombreux autres États européens un mouvement, sans cesse croissant, d'intégration des normes internationales, très majoritairement à caractère législatif. Une telle tendance constitue l'un des aspects importants du débat sur la question fondamentale de savoir jusqu'à quel point la France doit approfondir cette politique d'intégration – véritable fuite en avant – ou à l'inverse adopter une nouvelle orientation favorable à la préservation de sa souveraineté.

Il est de temps de passer au deuxième volet de notre exposé qui concerne une « norme complexe » : la jurisprudence.

## **II. Une source en plein essor : la jurisprudence**

Historiquement, la place de la jurisprudence parmi les sources du droit a été très souvent contestée (A) ; aujourd'hui si elle largement considérée comme créatrice de droit, sa reconnaissance en tant que norme à part entière fait toujours débat (B).

### **A. De la science des prudents à la décision des juges**

Une fois n'est pas coutume, le sens initial du latin *jurisprudencia* est particulièrement trompeur. À Rome, la jurisprudence représente avant tout la connaissance du droit, une connaissance sage et avisée ainsi que l'atteste le terme *prudencia*. Cette science s'est épanouie à la fin de la République grâce aux « sages en droit » que l'on dénomme à la fois *jurisprudents* et *jurisconsultes*. Donc, ce que l'on appelait à Rome la jurisprudence représente ce que l'on nomme aujourd'hui la doctrine. C'est bien plus tard que le terme acquiert le sens qui est actuellement le sien, sens que nous avons mentionné au début de cet exposé. En fait, ce sont les réformes révolutionnaires et le débat sur le rôle du juge dans l'interprétation de la loi qui ont amené l'émergence de la jurisprudence dans le système juridique actuel.

Depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle, le principe de l'interprétation de la loi par les tribunaux est accepté et les juristes s'affairent essentiellement autour de questions de méthodes. Ceux-ci ne font, en fait, que prolonger un vieux débat amorcé par l'ordonnance civile de 1667. Ce grand texte – en réalité un véritable code de procédure civile – défendait aux parlements – cours souveraines d'Ancien Régime –, en cas de doute ou de difficulté dans l'application de la législation, de procéder elles-mêmes à l'interprétation des textes. Les juridictions considérées devaient seulement demander au roi de leur transmettre ses intentions. Sans disparaître totalement, l'interprétation par voie réglementaire – les fameux arrêts de règlements – se voyait assigner des bornes précises.

Une fois encore, la Révolution apporta ici de profondes modifications. Particulièrement méfiants envers les juges – dont la violente opposition à la royauté, nous pensons évidemment aux parlements et en premier lieu de celui de Paris, avait contribué à précipiter la chute de cette dernière

– les révolutionnaires s’attachèrent, non sans divergences, à museler le pouvoir des juges. À l’Assemblée constituante, une majorité s’oppose avec énergie, au nom de la séparation des pouvoirs, à toute manœuvre du juge qui lui permettrait de substituer sa volonté à celle de la nation, évidemment exprimée par la loi. Par conséquent, le juge est cantonné à une stricte et mécanique application de la loi aux faits qui lui sont présentés. En outre, si la loi est silencieuse, il doit en faire de même. Nous avons ici affaire au « juge automate » auquel est interdit toute forme d’interprétation de la loi. Toutefois, une position plus modérée sera adoptée par le Comité de législation qui précise que si le juge est confronté à des difficultés, il lui est permis de les résoudre de son propre chef en forgeant son opinion par l’interprétation des lois. Quoiqu’il en soit, la loi des 16-24 août 1790 pose le principe du référé législatif, à savoir l’obligation pour le juge de saisir le corps législatif en cas de silence ou d’obscurité de la loi.

Un système aussi rigide ne pouvait fonctionner de façon durable. Bientôt, les rédacteurs du Code civil de 1804, conscients de l’évolution de la société et du caractère forcément relatif de leur œuvre de codification, consentirent à octroyer au juge une certaine marge d’interprétation de la loi. Ainsi, l’article 4 du Code civil dispose que « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Dans le même temps, le référé législatif est définitivement écarté, et même si une loi de 1807 instaure un référé à l’empereur pour interpréter le Code dans l’hypothèse d’un désaccord entre la Cour de cassation et les cours d’appel, les lois de 1828 et 1837 parviennent à consacrer l’autonomie de la jurisprudence. Il n’en reste pas moins que cette dernière est tenue de ne pas dépasser son rôle qui consiste uniquement à trancher des conflits particuliers. Reprenant la condamnation révolutionnaire des arrêts de règlement, l’article 5 du Code défend de façon définitive aux juges de « prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Par la suite, en 1906, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation consacre le principe selon lequel, le justiciable en se constituant partie civile oblige le Ministère public à déclencher des poursuites pénales. Cette jurisprudence sera reprise par la loi, en l’occurrence, l’article 1 al. 2 du Code de procédure pénale.

En tout état de cause, la jurisprudence va progressivement se développer au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, car elle va, outre les mesures que nous venons d’indiquer, bénéficier de nouvelles formes de publication et de diffusion, conséquence du développement de la presse qui s’était amorcé depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle. Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, les publications périodiques de jurisprudence se multiplient – on peut citer parmi les plus célèbres le *Recueil Sirey*, la *Gazette du Palais* ou le *Recueil Dalloz*. À partir des années 1850, les arrêts sont de plus en plus fréquemment accompagnés de commentaires, les notes d’arrêts, qui deviennent bientôt l’exercice de prédilection des juristes. De nos jours, ce type d’exégèse a crû de façon pléthorique, mais sur un curieux fond de légalisme. Une partie de la

doctrine ne peut encore cacher ses réticences à considérer la jurisprudence comme une source du droit à part entière.

La seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle est également un moment clef pour la jurisprudence administrative. Celle-ci trouve son origine dans la loi des 16 et 24 août 1790 qui crée deux ordres de juridiction : judiciaire et administrative, et interdit au juge judiciaire de traiter des affaires de l'administration. Toutefois, la justice administrative n'est pas instaurée immédiatement et les fonctionnaires sont jugés par leur ministre référent selon la théorie du ministre-juge. C'est un arrêt Blanco du Tribunal des conflits de 1873 qui consacre la compétence du Conseil d'État en matière de justice administrative ; dès lors, celle-ci n'a eu de cesse de se développer. Il n'est donc pas surprenant que le droit administratif soit presque intégralement d'origine jurisprudentielle. Le rôle du juge administratif est le plus souvent de contrôler les excès de pouvoir de l'administration et garantir ainsi les droits du justiciable.

Philippe Jestaz relève que sur le plan quantitatif, la jurisprudence n'enregistre pas selon les sociétés des écarts aussi significatifs que la loi, qui peut être presque totalement absente, comme par exemple, au sein des sociétés coutumières, ou au contraire se révéler omniprésente. L'auteur poursuit : « Toutefois et à la différence de la loi qui, mis à part les cas de *soft law*, a toujours et partout la même force, la jurisprudence joue qualitativement un rôle très variable : parfois faible dans les sociétés où le jugement n'est pas mis en mémoire et où seuls les plaideurs lui trouvent de l'intérêt (par exemple à Rome et sous l'Ancien droit) ; parfois très fort là où le juge construit le droit à coups de précédents obligatoires (dans les systèmes de *common law*). Entre les deux (...) certains systèmes placent la jurisprudence au-dessous de la loi tout en lui laissant largement le soin de compléter celle-ci : c'est à peu près le cas de la France actuelle », (P. Jestaz, p. 47).

## **B. « Adversaires ou complémentaires ? » : La loi et la jurisprudence**

Comme nous venons de le voir, les relations entre la loi et la jurisprudence ont longtemps présenté un caractère orageux. La loi s'est vue concurrencée par la jurisprudence laquelle a été combattue par la loi qui pouvait toujours casser une jurisprudence même constante. L'autorité de la chose jugée qui possède force de vérité légale n'empêche en rien que le législateur revienne sur la chose jugée. Une partie de la doctrine a même estimé que la jurisprudence constituait « une source abusive du droit » ne comprenant aucune légitimité démocratique et pouvant même, le cas échéant, violer le principe de la séparation des pouvoirs.

Puis progressivement un certain climat d'apaisement s'est imposé entre la loi et la jurisprudence pour permettre leur coopération et même une forme de complémentarité. Ainsi, une jurisprudence qui dure peut être considérée comme reçue de façon implicite par le législateur, et même parfois être incorporée à la loi. Bien plus, la codification d'une jurisprudence peut être

interprétée comme la reconnaissance de la légitimité de son évolution. Divers spécialistes perçoivent aujourd'hui la jurisprudence comme un pouvoir de rajeunissement de la loi qui la fait vivre suivant les besoins du moment présent, favorisant ainsi ses capacités d'adaptation et de souplesse aux mutations sociales.

Au total, chez certains auteurs, l'idée demeure aujourd'hui que la jurisprudence est une source de droit subordonnée à la loi. L'obligation assignée au juge de trancher les litiges qui lui sont soumis peut transformer leurs décisions en règles de droits, qui resteront toutefois placées sous l'autorité de la loi. Tout ceci n'empêche pas qu'actuellement, on considère de plus en plus que la jurisprudence enrichit la loi, en premier lieu en poussant le législateur à intervenir pour éventuellement la briser ; mais plus encore du fait que la loi peut reprendre à son compte une réponse jurisprudentielle pour remplir un vide législatif.

En rendant opérationnelle une loi que le principe de séparation des pouvoirs ne lui permet pas de déformer ou de mettre de côté, le juge met en lumière ses imperfections. Par exemple, le célèbre arrêt Desmares de 1982 rendu par la Cour de cassation, qui refuse d'exonérer partiellement le gardien d'une chose dans l'hypothèse d'une faute de la victime, a été appréhendé comme un appel cinglant adressé au législateur pour qu'il consente enfin à rédiger une loi consacrée aux accidents occasionnés par des automobiles. Il s'agit d'un exemple topique, car après avoir reçu satisfaction grâce à la loi du 5 juillet 1985, la Cour de cassation renonça d'elle-même à sa jurisprudence Desmares.

Le poids de la jurisprudence sur la loi est augmenté par la publication du rapport annuel de la Cour de cassation qui mentionne les principaux arrêts rendus et les réformes nécessaires. Un Premier président de la haute juridiction a même formulé – il y a quelque temps – différentes propositions pour intensifier la collaboration entre la loi et la jurisprudence sans violer le principe de séparation des pouvoirs.

Cette mutation de la jurisprudence s'accompagne, selon une partie de la doctrine, d'un certain déclin de la loi. La V<sup>e</sup> République a incontestablement marqué l'avènement et l'essor du contrôle de constitutionnalité des lois. Depuis une décision retentissante du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association, le Conseil constitutionnel s'est en effet attribué le rôle de contrôler la conformité des lois à la Constitution de 1958. Dans ce contexte de constitutionnalisation du droit, cette dernière est devenue un acteur de premier ordre des relations entre la loi et la jurisprudence, et une étape supplémentaire a été franchie par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 de l'article 61-1 de la Constitution. Il s'agit de la fameuse question prioritaire de constitutionnalité qui permet à tout justiciable de saisir le Conseil constitutionnel sur les lois déjà promulguées. Plus précisément, cette saisine a lieu à l'initiative de l'une des parties, et surtout, après filtrage des requêtes par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Rémy Cabrillac conclut son analyse sur cette question avec ces mots : « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a ouvert une boîte de

Pandore modifiant profondément notre ordonnancement juridique, risquant de conduire à ‘un gouvernement des juges’, menaçant l’équilibre entre pouvoir législatif et pouvoir judiciaire », (R. Cabrillac, p. 114). Le propos est fort mais le débat reste ouvert, et d’ailleurs, nous y reviendront dans un instant, lorsqu’il s’agira d’évoquer la relation triangulaire complexe qui lie la loi et la jurisprudence au justiciable. Il est précisément temps de nous tourner vers la figure indistincte de ce dernier.

### **III. La part de l’homme : Le justiciable**

Nous allons ici envisager le justiciable dans le cadre précis de la définition que nous en avons donné dans l’introduction, à savoir la personne susceptible d’être auditionnée ou appelée en justice afin d’y être jugée, mais aussi pouvant être soumise à la justice et aux décisions prises par cette dernière. Notre exposé se déclinera en deux temps, comme nous l’avons annoncé tout à l’heure.

#### **A. Le justiciable en scène**

Dans le cadre du procès, les justiciables, c’est-à-dire les parties, possèdent à la fois des droits et de devoirs. Mais avant de les examiner tour à tour, il n’est pas inutile de dire quelques mots sur un point fondamental touchant au procès.

#### **1. Accusatoire ou inquisitoire ? : Les deux formes de procédure**

Il est fréquent d’opposer historiquement deux types de procédures : d’une part, la procédure accusatoire, qui a souvent dans l’esprit du grand public une image plutôt neutre, et d’autre part, la procédure inquisitoire, qui elle renvoie à une perception franchement négative. Comme souvent, derrière les images d’Épinal, la réalité est plus nuancée. Pour mieux la saisir, il convient de procéder à un bref rappel historique.

À Rome, la procédure était en principe accusatoire. Par conséquent, le procès tant civil que pénal ne pouvait débiter que sur une requête ou une accusation formulée par un particulier. Cependant, à partir de la période impériale, le prodigieux développement de l’État a engendré l’apparition d’un nouveau type de procédure. Dans les cas où une infraction particulièrement grave lésait les intérêts de l’État et/ou l’intérêt public, les juges impériaux avaient le pouvoir de déclencher eux-mêmes les poursuites, à partir d’une procédure d’office, de type inquisitoire. Le rôle des juges ici était de rechercher (*inquirere*) les criminels afin de les châtier, et cela en dehors de toute accusation portée par un particulier. Cette procédure impliquait principalement une enquête (*inquisitio*) conduite par le juge en personne.

Au cours du haut Moyen Âge, les traditions germaniques parvinrent à bouleverser partiellement le modèle romain, en imposant une procédure très largement accusatoire. Dans le même temps, des modes de preuves à connotation religieuses et même magiques, tels les ordalies – qui rappelons-le ne constituent pas des peines –, firent leur apparition. Mais avec la renaissance du droit romain – ou plutôt la redécouverte de ce dernier qui n'avait jamais totalement disparu – au XII<sup>e</sup> siècle, la procédure inquisitoire regagna du terrain et un véritable droit pénal public ne tarda alors pas à se développer. Dans le même temps, le droit canonique, adopta lui aussi de façon massive la procédure inquisitoire.

Non seulement plus efficace que la procédure accusatoire pour la répression des infractions, du fait qu'il n'est plus impératif d'attendre que la victime porte plainte, la procédure inquisitoire est dans le même temps bien plus rigoureuse et généralement bien plus humaine. Ici, il faut se départir des images réductrices et souvent fausses engendrées à partir de raccourcis historiques pour le moins erronés. De fait, l'Église prohibe dès le XII<sup>e</sup> siècle le recours aux preuves magiques (duels judiciaire et ordalies) pour les remplacer par le témoignage et l'aveu. Bientôt, le Capétien, en la personne de saint Louis reprendra cette la législation canonique, en tentant – sans grand succès, il est vrai – dans les années 1250 de substituer la procédure d'enquête au duel.

Mais sur le long terme, la procédure romano-canonique deviendra un modèle et le droit séculier en adoptera progressivement les grands principes. Parmi ces derniers, on peut notamment citer, en simplifiant quelque peu, le système des « preuves légales » ou plus justement pour l'époque des « preuves objectives ». Il en résultait que dans le cas où la preuve de la culpabilité ne serait pas complète, le juge serait tenu par le droit d'innocenter l'accusé, sachant que le moindre doute doit profiter à ce dernier. Le principe selon lequel « il vaut mieux laisser un coupable impuni plutôt que de condamner un innocent » est constamment répété par l'Église. On se trouve ici aux origines immédiates et directes du fameux principe de la présomption d'innocence – principe dont on dit parfois, de façon donc totalement erronée et/ou malhonnête, qu'il n'aurait été formulé que par la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

De la même façon, le principe du contradictoire sur lequel nous allons revenir très bientôt, et dont les fondements étaient déjà plus ou moins présents à l'époque romaine, a été consacré comme une véritable règle de droit par les juristes médiévaux dès le XII<sup>e</sup> siècle.

Aujourd'hui, il est courant de dire que la justice française applique une procédure inquisitoire, contrairement à beaucoup de pays anglo-saxons qui auraient eux recours à la procédure accusatoire. La réalité est beaucoup plus nuancée, car si l'on peut encore estimer que le système procédural français est majoritairement inquisitoire, de nombreux éléments qui relèvent de la procédure accusatoire sont bien présents dans ce dernier. De plus, la suppression du juge d'instruction qui est périodiquement évoquée depuis quelques temps aboutirait à donner une place encore bien plus grande à cette procédure accusatoire en pleine expansion.

Ce rappel fait, évoquons maintenant les droits dont disposent les justiciables à l'occasion des procès.

## 2. Les droits des justiciables

Le procès comprend plusieurs règles directrices au premier desquelles émerge le principe dispositif qui indique que seules les parties peuvent amorcer, conduire, arrêter l'instance, mais aussi déterminer la question litigieuse. Il ressort ainsi de l'article 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de procédure civile que les parties « maîtres du procès » disposent du « principe d'impulsion ». Par conséquent, le juge ne peut se saisir lui-même, sauf dans quelques rares cas prévus par la loi. L'ensemble des juridictions françaises – y compris administratives – sont concernées par cette mesure, à l'exception des cours pénales. Certes l'initiative du procès revient bien au parquet ou même à la partie civile, mais une fois déclenchée, l'instance ne peut plus être stoppée.

Le procès se déroule afin de parvenir au règlement d'un litige qui existe en raison de l'opposition entre différentes prétentions. *In fine*, le bien-fondé de l'une d'entre elles sera reconnu. D'après l'article 4 du Nouveau Code de procédure civile, les prétentions des parties doivent être fixées par l'acte introductif d'instance ainsi que les conclusions en défense. L'article 5 ajoute que le juge doit se prononcer uniquement, mais aussi totalement, sur ce qui a été demandé. Toutefois, une demande ne peut obtenir gain de cause que si elle s'appuie sur un fondement acceptable. En effet, tout conflit est constitué tant sur des éléments de fait que sur des éléments de droit, et dans le même temps, suppose l'application d'une règle de droit à des circonstances factuelles.

L'enjeu majeur consiste ici à fixer le contenu des prétentions des parties dont le cadre va s'imposer au juge. Ce principe s'applique également en matière administrative où le juge est tenu de statuer sur l'ensemble de la demande et ne peut statuer *ultra petita*, sauf en cas de moyens d'ordre public qu'il est obligé de soulever d'office. Dans le domaine pénal, le juge doit statuer sur la totalité des faits dont il est légalement saisi, sur l'ensemble des réquisitions du parquet, ainsi que sur les demandes du prévenu à condition qu'elles soient en lien avec les faits dont il est saisi. En tout état de cause, il est dans l'impossibilité de sanctionner des faits pour lesquels il n'est pas légalement saisi.

Au total, à part dans quelques cas exceptionnels, le déclenchement de l'instance et la détermination de son objet relèvent donc des parties. Une telle responsabilité contraint ces dernières à rédiger de façon particulièrement soignée le contenu de leurs prétentions adressées au juge, car celui-ci sera tenu par la détermination qu'en ont faite les parties. Mais ce n'est pas tout : le principe dispositif se concrétise aussi dans la détermination du choix de l'action dont nous nous bornerons ici à donner une brève définition. Ainsi, Le choix de l'action dépend avant tout de la nature des prétentions du demandeur qui vont déterminer la juridiction compétente. Il découle également de la

matière juridique de l'instance, à savoir des règles de fond mais aussi des délais pour les activer. La nécessité de choisir avec soin et précision les options procédurales se fait sentir avec encore plus d'acuité dans les hypothèses de concours ou de cumuls possibles d'actions. Rappelons que le concours d'action suppose le cas où le plaideur dispose d'un choix entre différentes actions en justice, sachant qu'il peut opter pour une seule, plusieurs ou même l'ensemble de ces dernières de façon simultanée ou successive.

Parmi les droits dont disposent également les justiciables, l'exercice des voies de recours s'avère un moment clef du procès. Si dans différents pays – notamment ceux dont le système juridique est fondée sur la *common law* –, l'appel est perçu avant tout comme un mode de contrôle des décisions de première instance, la situation est toute autre en France. En l'occurrence, l'appel représente un véritable second degré de juridiction, qui autorise un examen nouveau et total du litige, tant sur le fond que sur la forme. Le Nouveau Code de procédure civile permet aux parties d'avancer différents éléments inédits, tels que des faits, des pièces, des preuves ou encore des moyens de droit, à la condition toutefois, que les demandes visent les mêmes fins que celles formulées en première instance. Il existe cependant une exception à ce principe, puisqu'aux demandes initiales peuvent être ajoutées de nouvelles prétentions qui constituent l'accessoire, la conséquence ou le complément.

Pour la partie vaincue ou du moins insatisfaite à l'issue de la première instance, l'appel constitue le plus souvent l'option privilégiée, car non seulement cette voie de recours représente pour elle une réelle « deuxième chance », mais aussi parce que l'appel est en principe suspensif, aussi bien en matière pénale que civile, sauf dans quelques rares cas parmi lesquels on peut, à titre d'exemple, mentionner les ordonnances de référé. Interjeter appel présente donc des avantages pour le justiciable mécontent. Mais selon l'adage populaire « tout a un prix », et, de fait, s'engouffrer dans cette voie de recours n'est pas toujours sans danger. En réalité la partie insatisfaite et ses conseils ont intérêt à soigneusement soupeser les risques inhérents à une telle stratégie. En effet, la cour d'appel peut non seulement confirmer la décision de première instance, mais plus encore, alourdir les sanctions fixées à cette occasion si le demandeur est suspecté d'appel abusif. Le justiciable téméraire peut alors être condamné à verser des dommages-intérêts ou même se voir infliger des amendes civiles, sans parler de la charge des dépens et d'indemnité accordée à la partie adverse pour ses frais irrépétibles.

La réflexion approfondie qui doit précéder toute stratégie d'appel paraît encore plus indispensable en matière administrative puisqu'en l'occurrence, cette voie de recours ne présente pas en principe un caractère suspensif, sauf, comme toujours, dans quelques cas spécifique. C'est une règle, en droit il n'y a pas de principe sans exception !

Le système judiciaire français comprend également le pourvoi en cassation qui ne peut se fonder que sur une non-conformité de l'arrêt attaqué aux règles de droit. Il peut ici s'agir aussi bien de violation de règles substantielles que de simples vices de formes. Rappelons également que l'instance en cassation ne représente en aucune façon un troisième degré de juridiction. Par conséquent, le pourvoi n'est pas suspensif, sauf en matière pénale, et dans certains cas en matière administrative devant le Conseil d'État.

On le voit, les justiciables disposent dans le cours du procès d'un nombre non négligeable de droits. Mais dans le même temps, et fort logiquement, certains devoirs s'imposent à eux.

### **3. Les devoirs des justiciables**

En premier lieu, il convient de mentionner le principe du contradictoire qui est directement lié à la préservation des droits de la défense. La jurisprudence comme la doctrine considère le plus souvent cette obligation comme paradigmatique et en font même parfois la racine de toutes les autres. La Cour européenne des droits de l'homme, aussi bien que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État insistent sur cette obligation. Ces deux dernières juridictions ont rangé le respect des droits de la défense parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et le caractère contradictoire du procès parmi les principes généraux du droit. Dès lors, les procédures aussi bien pénale, civile qu'administrative obligent les justiciables à se conformer au principe du contradictoire. Par exemple, dans le cadre de la procédure civile, le Nouveau Code de procédure civile dispose à ce sujet, dans son article 15 que, « les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent, et les moyens de défense qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ». L'article 16 du même corpus précise que le juge est tenu de condamner les justiciables qui ne respectent pas ce principe : « Le juge ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ». Bien évidemment, le Code indique que le juge, est lui aussi, contraint de respecter le principe du contradictoire.

En deuxième lieu, les justiciables sont tenus de formuler leurs moyens, c'est-à-dire la cause et la légitimité de leurs prétentions. Le fait que les parties bénéficient de l'exclusivité de l'allégation se rattache étroitement au principe dispositif. Les litiges mettant en scène des intérêts privés, les protagonistes sont censés en garder le contrôle. Mais pour que les faits soient saisis par le droit, ils doivent être qualifiés sur un plan juridique. Il convient par conséquent de relier, de confronter les faits au droit pour justifier des normes juridiques qui devront leur être appliqués. Récemment, différentes dispositions élaborées afin de faciliter le travail du juge pourraient, de prime abord, laisser croire à un bouleversement des principes précités. En réalité, il ne semble pas que le principe

« *da mihi factum, dabo tibi jus* » (donne-moi le fait, je te donnerai le droit), – à savoir que le fait revient aux parties et le droit au juge – soit réellement remis en cause.

Ainsi, en matière pénale, le parquet ou les parties civiles sont tenus de qualifier les faits incriminés lorsqu'ils déclenchent les poursuites. Une telle obligation permet non seulement de respecter le principe de légalité en s'assurant les faits argués tombent réellement sous le coup d'une loi précise, mais aussi de déterminer la juridiction compétente pour statuer sur l'affaire. Mais plus généralement, les justiciables ne peuvent se contenter d'avancer des éléments destinés à appuyer leurs prétentions tant sur le plan factuel que juridique. De même qu'un joueur d'échec doit réfléchir chaque fois qu'il bouge une de ses pièces sur l'échiquier à l'ensemble des combinaisons que son adversaire sera en mesure de lui opposer ; il est indispensable pour les justiciables d'envisager les différentes conséquences susceptibles de se dégager de chacun de leurs arguments. Il est impératif pour eux d'anticiper, de prévenir les éventuelles répliques de la partie adverse.

Évoquons en dernier lieu, le devoir de célérité, c'est-à-dire, l'obligation de rester dans des délais raisonnables. Le thème de la lenteur excessive de la justice et de l'engorgement des tribunaux n'est pas nouveau. Sous la Monarchie absolue, d'innombrables réformes, dont la plus efficace était probablement la grande réforme du chancelier Maupeou en 1771, avaient tenté, sans réel succès, de porter remède à ce mal endémique. Soulignons au passage, que si Louis XVI n'avait pas commis l'immense faute politique d'abroger cette réforme – dont l'objet principal était de briser le pouvoir de nuisance des parlements – dès 1774, la Révolution de 1789 n'aurait peut être jamais eu lieu. Mais ceci est une autre histoire.

Pour en revenir à notre propos, la durée des procédures est susceptible d'un bornage par des techniques d'administration et de contrôle qui soumettent les justiciables à un devoir de célérité. Il serait en effet inconcevable qu'une partie puisse par diverses manœuvres dilatoires faire repousser indéfiniment l'aboutissement de l'instance. Pour empêcher cela, non seulement le juge dispose de différentes attributions afin de contraindre les parties à agir loyalement, mais la loi elle-même impose diverses mesures en ce sens. D'une manière générale, le Nouveau Code de procédure civile inflige la radiation aux justiciables coupables de « défaut de diligence », et si aucune des parties ne satisfait aux actes de procédure dans les délais prévus, le juge peut, d'office, radier le litige par une décision insusceptible de recours, non sans avoir adressé un ultime avis aux parties. De la même façon, l'inaction de ces dernières entraîne l'extinction de l'instance à l'issue d'un délai de deux ans.

Après avoir brossé à grands traits, les droits et les devoirs des justiciables, passons à l'examen des rapports que peuvent entretenir ces derniers avec la loi et la jurisprudence.

## **B. L'homme face aux normes : le justiciable devant la loi et la jurisprudence**

Au-delà de la traditionnelle relation loi-jurisprudence, dans laquelle la seconde enrichit la première tout en lui restant subordonnée, nous pouvons relever – comme cela a été vu précédemment – une évolution tendant à remettre en cause la loi au profit de la jurisprudence. En effet, cette dernière n'hésite plus à essayer de s'opposer et à contrôler la norme législative. Les juges justifient ainsi leur action par une volonté de mieux défendre les droits des justiciables, spécifiquement lorsque la loi leur porte atteinte. La jurisprudence peut donc désormais décider contre la loi, mais elle ne s'arrête pas là et revendique un rôle de source du droit à part entière, en contrôlant notamment l'effet rétroactif de ses revirements, et ce au nom de la nécessaire sécurité juridique devant être apportée aux justiciables. Par conséquent, si l'évolution des rapports entre la loi et la jurisprudence peut fragiliser la première au profit de la seconde, elle serait susceptible, dans le même temps, de mieux protéger les droits des justiciables.

À ce titre, dans certains cas, la jurisprudence se permet d'écarter la loi en raison d'une hiérarchie supérieure. Elle opère ainsi un contrôle de conventionalité et dépasse la loi au nom, par exemple, de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, en 2000, la Cour de cassation s'est référée à cette dernière en avançant l'interdiction européenne de créer des distinctions fondées sur l'origine nationale pour écarter l'article 11 du Code civil qui prévoit un principe de réciprocité pour l'octroi des droits civils aux étrangers. De même, la fameuse jurisprudence Perruche – du 17 novembre 2000 indiquant qu'un enfant peut être indemnisé du fait d'être né handicapé – qui avait pourtant été mise de côté par l'adoption d'une loi contraire et postérieure en 2002, sera reprise par la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt de 2005 (Maurice et Draon) qui écartera de ce fait la norme législative dans une affaire proche. Ainsi, le juge semble avoir endossé les habits de vérificateur de la validité des lois au regard de textes supra législatifs, notamment internationaux. Ce faisant il dévalue la loi en passant au-dessus d'elle pour se référer directement à des normes supérieures. La justification de cette évolution serait à trouver dans le potentiel caractère liberticide de la loi, le juge se réservant donc le droit de l'interpréter, la compléter ou même l'écarter au bénéfice de la protection des droits des justiciables. En fait, si l'on prend quelque recul, il apparaît que cette position n'est pas particulièrement surprenante, et semble s'inscrire dans le mouvement d'inflation des déclarations de droits et de création de tribunaux destinés à les faire respecter, sachant que la fin du XX<sup>e</sup> et le début du XXI<sup>e</sup> siècle représentent plus que jamais l'ère des droits de l'homme.

Mais il y a plus. La jurisprudence dans certains cas se revendique aussi comme source du droit au même titre que la loi, notamment à travers le contrôle de la rétroactivité des décisions jurisprudentielles. Une telle situation n'est évidemment pas sans influence sur la situation des justiciables.

S'agissant de cet effet rétroactif si controversé, il est nécessaire de rappeler que pour des raisons de sécurité juridique, la loi est en principe non rétroactive, c'est-à-dire qu'elle ne s'applique qu'aux situations postérieures à son adoption, à l'exclusion des situations antérieures. Or, la jurisprudence française, et c'est un des principes fondamentaux qui la caractérisent, ne peut en aucun cas, à la différence de ce qui se passe dans certains pays anglo-saxons, constituer un précédent obligatoire pour les jugements futurs. La jurisprudence est rétroactive puisqu'une cour n'est jamais tenue par les décisions d'une autre, ni par ses propres décisions antérieures, elle peut donc à tout moment modifier radicalement le sens de ses jugements, c'est ce que l'on appelle un revirement de jurisprudence.

Cette caractéristique a pour conséquence de priver la jurisprudence de la qualification de source du droit au sens d'une norme impérative, mais plus encore cela crée une inquiétante situation d'insécurité juridique pour les justiciables. En effet, ces derniers dans tous leurs actes juridiques peuvent être certains des règles prévues par la loi mais non, en revanche, de l'interprétation qu'en donnera la jurisprudence. Ils peuvent, en outre, craindre que celle-ci s'arroge le droit d'écarter les normes législatives. Un rapport élaboré par Nicolas Molfessis en 2004 considère que pour que la jurisprudence ne soit effective que pour l'avenir, il faut qu'elle soit reconnue comme source du droit. Si elle n'est que l'auxiliaire de la loi, elle restera forcément rétroactive. En devenant autonome, cet effet sera supprimé.

La reconnaissance de la jurisprudence est extrêmement importante pour le justiciable puisque la rétroactivité est une atteinte à la sécurité juridique. Le droit jurisprudentiel rétroactif est imprévisible, et de ce fait, les acteurs économiques doivent anticiper une éventuelle condamnation fondée sur une décision ultérieure. Comme toujours en droit, il convient d'observer, et le cas échéant de distinguer la théorie de la pratique. Or, s'agissant de cette dernière, les revirements de jurisprudence sont généralement progressifs et relativement annoncés.

En outre, cette rétroactivité nuisible à la sécurité juridique est combattue par les juges grâce au principe de modulation des revirements. Ils s'octroient de ce fait le droit de déterminer la portée de leur décision. Ainsi, le Conseil d'État considère en 2007, qu'il peut décider de suspendre ou non l'effet rétroactif de ses décisions, alors que dès l'année précédente, la Cour de cassation utilisait la technique de la « balance de intérêts » pour écarter la rétroactivité de sa jurisprudence. Cette pratique de modulation des revirements permet avant tout aux juges de supprimer l'insécurité juridique inhérente au droit jurisprudentiel, mais aussi d'ériger ce dernier au rang de source du droit tout en lui permettant de devenir le quasi égal de la loi. En effet, les juges deviennent des législateurs parallèles en contrôlant l'application de leurs propres décisions. Cette situation, bien qu'encore très limitée n'est pas sans causer un certain malaise puisqu'elle s'inscrit en totale opposition à l'article 5 du Code civil prohibant les arrêts de réglemens. Le souvenir de l'immense méfiance des révolutionnaires et des rédacteurs du code civil tendrait-elle finalement à disparaître ?

C'est bien connu, les juristes n'aiment guère conclure. Une fois n'est pas coutume, hasardons-nous à quelques mots pour rappeler que, par-delà tous les éléments développés dans cet exposé, les normes représentent des instruments créés par les hommes pour, ou parfois contre d'autres hommes. Elles sont le plus souvent le produit d'une multiplicité de rapports de force. Néanmoins, aucune société ne saurait exister sans norme, sans droit, sous peine de n'être rien d'autre qu'une « troupe de brigands », selon la formule si imagée du grand saint Augustin, le plus illustre des Pères de l'Église latine. Dès lors, à une époque où le droit est volontiers qualifié de « sciences juridiques » – au pluriel – et même, dans un langage quelque peu bureaucratique, de « sciences juridiques et politiques », il ne serait pas inutile de rappeler les mots d'un grand auteur romain selon lequel, le droit doit être « l'art du bon et du juste ».

### **Bibliographie sommaire**

- C. Atias, « Justiciabilité », *Dictionnaire de la justice*, Paris 2004, p. 798-801.
- J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris 2001.
- R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Paris 2011 [9<sup>e</sup> éd.].
- J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris 2001 [3<sup>e</sup> éd.].
- G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris 2011 [9<sup>e</sup> éd.].
- M. Deguegue, « Jurisprudence », *Dictionnaire de culture juridique*, Paris 2003, p. 883-888.
- J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, Paris 2002 [7<sup>e</sup> éd.].
- J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 2012 [2<sup>e</sup> éd.].
- J. Hauser, « Le juge et la loi », *Pouvoirs*, 2005/9, n. 114, p. 139-153.
- M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Paris 2011 [10<sup>e</sup> éd.].
- P. Jestaz, *Les sources du droit*, Paris 2005.
- N. Molfessis, « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, 2008/3, n. 126, p. 87-100.
- A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Paris 2006 [3<sup>e</sup> éd.].
- J.-P. Royer, *Histoire de la justice en France*, Paris 2001 [3<sup>e</sup> éd.].
- F. Saint-Bonnet, « Loi », *Dictionnaire de culture juridique*, Paris 2003, p. 959-964.
- É. Serverin, « Jurisprudence », *Dictionnaire de la justice*, Paris 2004, p. 711-716.
- F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris 2012 [9<sup>e</sup> éd.].