

LES COURS SUPRÊMES ET LA PÉRENNITÉ DU DROIT

Les juridictions suprêmes jouent un rôle normatif indéniable. Pour autant, il reste difficile de proposer une définition unique de ce qui fait qu'une juridiction est « suprême » et la dimension normative de leurs décisions reste difficilement saisissable. Toute typologie des institutions juridictionnelles est difficile tant elle serait tributaire des modèles politiques auxquels ces juridictions appartiennent et du passé dans lequel elles s'inscrivent¹. Comme l'a souligné Jean-Louis Halperin, « *la diversité contemporaine des cours suprêmes doit beaucoup à ces traditions divergentes* »². Une piste possible est de considérer comme suprême une juridiction dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours. « *La notion de cour suprême ne serait pas formelle mais substantielle, en ce qu'elle réserve à une institution le privilège de dire le droit sans contestation possible, à propos de litiges soulevant une difficulté juridique particulière* »³. Quelle que soit leur origine ou leur dénomination, les juridictions suprêmes « *participent à la création du droit* »⁴. Ce pouvoir de créer le droit qui fait qu'une cour est suprême demeure difficilement évaluable⁵. Dans son article intitulé « *L'évaluation en science juridique : retour sur une querelle théorique à propos de la notion de gouvernement des juges* » Gérard Timsit estime que ces troubles dans l'évaluation « *proviennent, en fait, de ce que la doctrine n'a pas su prendre en compte dans ses analyses les dimensions exactes du phénomène normatif* »⁶.

L'objectif de cette recherche consiste à prendre la mesure du phénomène normatif juridictionnel en identifiant ses spécificités⁷. Pour ce faire le projet propose d'analyser les décisions de différentes « *cours suprêmes* »⁸ en comparant leurs méthodes d'interprétation (I), l'autorité de leurs décisions (II), les principes qu'elles dégagent (III) et la nature du contrôle qu'elles exercent sur le droit et sur les juridictions inférieures (IV).

La méthode qui devra être employée à cet effet est empruntée aux travaux de Pascale Deumier sur la jurisprudence qu'elle a pu ainsi synthétiser : « *le choix fait pour exposer la jurisprudence ici consiste à délaissier son approche par les débats sur sa légitimité et l'analyse théorique du pouvoir à l'œuvre pour se concentrer sur son fonctionnement concret, chacun pouvant ensuite, au regard de ce fonctionnement, se forger sa propre compréhension abstraite du phénomène* »⁹. Cette recherche a pour ambition de proposer une réflexion destinée à être éprouvée concrètement par un travail comparé sur les décisions de justice, leur élaboration et leurs effets mesurant ainsi le passage de la norme individuelle à la norme générale et de la norme générale à la norme suprême.

¹ Sur l'existence d'autres modèles de cour suprême, voy. F. Rigaux, « La Cour de cassation dans le réseau des Cours suprêmes », *Journal des Tribunaux*, 2007, p. 650.

² J.-L. Halperin, « Cours suprêmes », *Droits*, 2001/2, n° 34, p. 57.

³ « Le droit bancaire et financier à l'épreuve des Cours suprêmes », colloque UNSA-AEDBF, 17 novembre 2017, <https://www.petitesaffiches.fr/actualites,069/droit,044/colloque-europeen-le-droit,10848.html>.

⁴ J.-L. Halperin, « Cours suprêmes », *Droits*, 2001/2, n° 34, p. 58.

⁵ Voy. G. Timsit, « L'évaluation en science juridique : retour sur une querelle théorique à propos de la notion de gouvernement des juges », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, XLV-138, p. 103.

⁶ *Ibid.*, p. 110.

⁷ Au sujet de la Cour suprême idéale, A. Tunc écrivait que « sa fonction essentielle ne peut être que de clarifier le droit et le moderniser », A. Tunc, « La Cour suprême idéale », *RIDC*, vol. 30, n°1, 1978, p. 437. Voy. également B. Bernabe, « Redécouvrir l'office créateur du juge », *Les Cahiers de la justice*, 2013/3, p. 27 ; F. Schauer, « Refining the Lawmaking Function of the Supreme Court », *U. Mich. J.L. Reform*, 1983, p. 1.

⁸ Seront principalement retenues pour analyse : la Cour suprême du Canada, la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour commune de justice et d'arbitrage, le Tribunal fédéral, la Cour de cassation belge et la Cour constitutionnelle belge avec des emprunts à d'autres systèmes juridictionnels.

⁹ P. Deumier, « Jurisprudence », *Rep. Droit civil Dalloz*, 2017, n° 6.

I. Les méthodes d'interprétation

Les procédés et techniques d'interprétation non seulement diffèrent d'une juridiction à l'autre, mais surtout leur conceptualisation et leur théorisation en tant que méthode(s) varient très nettement d'un système à l'autre. Ainsi plus qu'à l'analyse des méthodes d'interprétation que sont « *les interprétations sémiotique, génétique, systémique et fonctionnelle* »¹⁰, il paraît opportun d'analyser la conception même que les juges ont de leur pouvoir d'interprétation¹¹. Il importe de documenter la relation que le juge entretient avec l'interprétation et le pouvoir qu'elle représente¹². En effet, « *les méthodes d'interprétation mises en œuvre par une juridiction ne peuvent être analysées de manière vraiment convaincante que par ceux qui ont œuvré au sein de celle-ci. Confrontés à des choix se rapportant au sens à donner à des dispositions de droit écrit, les juges prennent position en tenant compte de multiples considérations que l'observateur, même le plus attentif, n'est pas toujours en mesure d'identifier* »¹³. Dans une étude récente Fanny Malhière distingue :

- une conception oraculaire et transcendante réduisant l'activité d'interprétation au fait soit de constater le sens contenu dans la loi, soit d'en fixer le sens d'autorité ; ce qui, dans les deux cas, alimente la fiction de la fusion entre loi et jurisprudence ;
- d'une conception persuasive visant à susciter l'adhésion de ses destinataires, ce qui oblige le juge à dévoiler son raisonnement et ainsi à marquer son autonomie vis-à-vis du législateur.

Ces deux façons de penser l'autorité du juge renvoient à deux visions de l'interprétation : « *une interprétation révélée qui présuppose une interprétation unique; une interprétation construite qui suppose qu'il existe plusieurs interprétations entre lesquelles il convient de choisir la meilleure en se fondant sur des raisons, des arguments* »¹⁴.

L'analyse comparée de la Cour suprême du Canada dont les méthodes d'interprétation ont fait l'objet d'études approfondies et sont au cœur de nombreux arrêts et inscrit dans la loi¹⁵ avec la Cour de cassation belge dont la rédaction des arrêts n'a guère évolué¹⁶ en passant par la Cour de justice de l'Union européenne dont le Président a publié un ouvrage sur *Les méthodes d'interprétation*¹⁷ peut sembler à première vue disparate. Elle paraît néanmoins utile pour

¹⁰ M. Troper, « Chapitre IV. Le raisonnement en droit », Michel Troper éd., *La philosophie du droit*. Presses Universitaires de France, 2015, p. 98, n°16.

¹¹ B. Beignier, « La conscience du juge dans l'application de la loi au début du XIX^e siècle. La jurisprudence au temps de l'Exégèse », Jean-Marie Carbasse éd., *La Conscience du juge dans la tradition juridique européenne*. Presses Universitaires de France, 1999, p. 277.

¹² Voy. B. Frydman, « Exégèse et Philologie : Un cas d'herméneutique comparée », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. volume 33, no. 2, 1994, p. 59.

¹³ F. Picod, « Préface » in *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 1.

¹⁴ F. Malhière, « L'autorité du juge à l'épreuve (du refus) de son pouvoir d'interprétation », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, no. 4, 2020, p. 633.

¹⁵ E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd., coll. « Canadian Legal Manual Series », Toronto, Butterworths, 1983 ; P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 4^e éd, Montréal, Éditions Thémis, 2009 ; Ph. Denault, *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral : cadre juridique et fragments du discours judiciaire*, Montréal, Éditions Thémis, 2008 ; *Loi d'interprétation*, LRC 1985, c I-21.

¹⁶ F. Ost & M. Van Hoecke, « La jurisprudence en Belgique (1968-1993) », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. volume 33, no. 2, 1994, p. 107

¹⁷ J.-A. Gutierrez-Fons & K. Lenaerts, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

mesurer la conscience que les juridictions ont de leur propre pouvoir et de l'autorité de leurs décisions.

II. L'autorité des décisions

L'autorité des décisions de justice reçoit plusieurs sens qui méritent chacun d'être analysé :

- Autorité à l'égard des parties (autorité relative) et à l'égard des autres justiciables (autorité *erga omnes*)
- Autorité à l'égard du juge inférieur (autorité hiérarchique) et à l'égard des autres juridictions (autorité du précédent)
- Autorité à l'égard des autres pouvoirs exécutif et législatif
- Autorité au-delà de l'ordre juridique

L'objectif consiste à proposer une grille d'analyse et de mesure de la normativité des décisions de justice. Le premier degré serait la norme juridictionnelle qui réside classiquement dans l'autorité de la chose jugée : le jugement est une norme individuelle. Le deuxième degré cristalliserait le jugement dans une jurisprudence suivie par les juridictions d'un même ordre juridique (et juridictionnel le cas échéant) et qui s'impose aux acteurs judiciaires. Le troisième degré serait constitué des arrêts qui engendrent une norme obligatoire à l'égard de l'Etat lui-même. Cette échelle de degrés « *met en question la densité de la norme : ce n'est pas le caractère de la norme qui est en jeu puisque celui-ci est incontestable, mais la densité de ce caractère obligatoire* »¹⁸. Sous cet angle, nous nous inscrivons dans la continuité des travaux menés par Catherine Thibierge sur la « *force* » puis la « *densification normative* »¹⁹. Les degrés ou les « cercles » de normativité, pour reprendre le terme de la Cour suprême du Canada²⁰, se retrouvent également en common law où on observe « *une même ambivalence au sujet du caractère obligatoire de la règle jurisprudentielle* »²¹. Pour le common law comme pour le droit civiliste, l'analyse *concrète* des décisions de justice est nécessaire à la compréhension de leur portée normative²².

L'analyse de l'autorité des décisions nécessite d'être combinée avec une analyse plus institutionnelle qui intègre les relations entre les trois pouvoirs et entre les juridictions suprêmes et supranationales. L'éclatement et l'articulation du pouvoir juridictionnel ou au contraire la centralisation de ce pouvoir au sein de chaque système mérite d'être étudié tout comme la

¹⁸ R. Boffa, « La densification normative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La densification normative*, Mare & Martin, 2013, p. 446.

¹⁹ C. Thibierge (dir.), *La force normative*, LGDJ, 2009 et *La densification normative*, Mare & Martin, 2013.

²⁰ Dans l'arrêt *R. c. Henry*, la Cour s'exprime de la manière suivante : « Au-delà de la *ratio decidendi*, qui est généralement ancrée dans les faits, le point de droit tranché par la Cour peut être aussi étroit que la directive au jury en cause dans *Sellars* ou aussi large que le test établi par l'arrêt *Oakes*. Les remarques incidentes n'ont pas et ne sont pas censées avoir toutes la même importance. Leur poids diminue lorsqu'elles s'éloignent de la stricte *ratio decidendi* pour s'inscrire dans un cadre d'analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité », [2005] 3 R.C.S. 613, par. 57. La version anglaise est plus parlante avec l'expression « circle of analysis » : « All *obiter* do not have, and are not intended to have, the same weight. The weight decreases as one moves from the dispositive *ratio decidendi* to a wider circle of analysis which is obviously intended for guidance and which should be accepted as authoritative ». Voy. M. Devinat, « The Trouble with Henry: Legal Methodology and Precedents in Canadian Law », *Queen's L.J.*, 2006, vol. 32, p. 278.

²¹ M. M. Devinat, « Inflation jurisprudentielle et inflation normative: quelle règle? Pour quelle inflation? », *Lex-electronica*, 2018, vol. 23, p. 114.

²² Pour le Canada, voy. not. M. Devinat, « L'autorité des *obiter dicta* de la Cour suprême », *Can. B. Rev.*, 1998, vol. 77, p. 1.

hiérarchie entre des juridictions d'ordres juridictionnels différents dans les hypothèses de droit supranational et fédéral.

III. Les principes généraux du droit

L'analyse de la jurisprudence des cours suprêmes, telles que, sinon définies, envisagées plus haut, permet de découvrir un arsenal de principes généraux du droit, élevés à la dignité de normes générales à partir de l'interprétation répétitive et synthétique de dispositions légales éparses, considérées comme en constituant les expressions particulières, dont la cohérence se révèle, au fil du temps, par immanence, à partir de l'usage qui doit en être fait pour résoudre des conflits individuels.

L'existence de tels principes généraux du droit met en évidence un axe normatif pérenne et constant, dans l'espace comme dans le temps, propre à caractériser les démocraties contemporaines, articulées autour d'une boucle de contrôle reliant de manière indissoluble pouvoir législatif et pouvoir judiciaire, le premier guidant la main de l'autre, et l'autre abrasant, par voie d'interprétation, à l'occasion de la transposition de la loi dans les réalités au travers de solutions concrètes, tout risque d'abstraction excessif ou de radicalité aveugle dans lequel pourrait verser le premier.

L'émergence même de ces principes généraux montre que c'est tout autant à la faveur de l'usage du Droit, distillé par la mise en œuvre de procédures et venant irriguer la société qu'ils contribuent ainsi à réguler, qu'à sa conception reposant sur des consensus d'ordre politique, que l'Etat de droit doit sa stabilité et sa solidité.

Le juge représente donc bien plus, par le rôle éminemment opérationnel qui lui est confié, qu'un serviteur docile du texte. C'est un acteur essentiel, vital, de la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de créativité.

IV. Le contrôle normatif et disciplinaire

Assurément, le *judicial review* et le *constitutional review* demeurent les principales expressions de la « suprématie du droit »²³. On peut cependant émettre l'hypothèse, qui reste à vérifier par un examen concret des décisions, que certaines juridictions (constitutionnelles ou non), dans des cas ponctuels, ne se contentent pas de mettre en œuvre un contrôle de légalité ou de constitutionnalité²⁴.

Le contrôle de l'art de juger, confié à de nombreuses cours suprêmes, portant sur le respect par les juridictions inférieures de la discipline indispensable à l'examen objectif des causes dont elles sont saisies, joue également un rôle central dans la solidité de l'édifice de l'État de droit.

La maîtrise de la technique de cassation constitue un pré-requis indispensable à l'exercice de cet instrument fondamental d'amélioration qualitative du pouvoir ou de l'autorité judiciaire.

Sa pratique et son observation mettent en lumière la logique à l'œuvre, plaçant au cœur de l'édifice, les valeurs-outils, telles que les garanties procédurales, avec un même degré de

²³ Voy. J. De Jaegere, *Judicial Review and Strategic Behaviour. An Empirical Case Law Analysis of the Belgian Constitutional Court*, Intersentia, 2019.

²⁴ Voy. M. Troper & O. Pfersmann, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges? », in *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 35 ; F. Schauer, « Refining the Lawmaking Function of the Supreme Court », *U. Mich. J.L. Reform*, 1983, vol. 17, p. 1.

puissance que les valeurs - contenus, traduisant les idéaux sociaux à atteindre par la promulgation de la loi.

*

* *

En fonction de ce qui précède, la thèse devra passer au crible un ensemble cohérent de cours suprêmes, de manière à identifier, à la faveur de la comparaison rationalisée, guidée et limitée dans le temps, de leur jurisprudence et système d'organisation respectifs, la véritable influence qu'elles exercent sur la vitalité des démocraties contemporaines, passablement mises en danger, voire volontairement défiées, par la disqualification du concept d'État.

L'intuition fondatrice réside dans la conviction, à vérifier, que la maillage de la société par le judiciaire constitue la garantie ultime-mais fragile- de l'organisation sociale par le Droit.

Au-delà des enseignements immédiats qu'il sera permis d'en tirer quant à l'organisation judiciaire, en quête d'efficacité, les conclusions de cette recherche, à la fois fondamentale et appliquée, devrait conduire à élaborer des propositions concrètes de formation aux professions juridiques, destinées à inspirer les Écoles de droit de l'avenir.