

LA RÈGLE PRÉTORIENNE EN DROIT FRANÇAIS ET CANADIEN

Étude de droit comparé

par

Mathieu Devinat

Thèse de doctorat effectuée en cotutelle

**Faculté de droit
Université de Montréal**

et

**Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille
Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille**

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal
en vue de l'obtention du grade de **Docteur en droit (LL.D)**

et à

Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille
en vue de l'obtention du grade de **Docteur**

Octobre, 2001

© Mathieu Devinat, 2001



AZBD

U54t

2001

v. 017

LA RÉGLE PRÉTORIENNE EN DROIT FRANÇAIS ET CANADIEN

Étude de droit comparé

par

Mathieu Tremblay

Thèse de doctorat présentée en vue de l'obtention du grade de

par

Faculté de droit
Université de Montréal

en

Faculté de droit et de sciences politiques d'Az-Znucskill
Université de droit, d'économie et des sciences d'Az-Znucskill

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal
en vue de l'obtention du grade de Doctorat en droit (Ph.D.)

en

Faculté de droit et de sciences politiques d'Az-Znucskill
en vue de l'obtention du grade de Doctorat

Octobre 2001

Dr. Mathieu Tremblay, Ph.D.



**Université de Montréal
Faculté des études supérieures**

et

**Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille
Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille**

Cette thèse intitulée :

LA RÈGLE PRÉTORIENNE EN DROIT FRANÇAIS ET CANADIEN

Étude de droit comparé

présentée et soutenue à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille par :

Mathieu Devinat

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

- DIRECTEUR DE LA RECHERCHE :** M. Pierre-André CÔTÉ, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.
- DIRECTEUR DE LA RECHERCHE :** M. Jean-Louis BERGEL, Professeur à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille de l'Université d'Aix-Marseille III.
- MEMBRE DU JURY :** M^{me} Louise ROLLAND, Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.
- EXAMINATEUR EXTERNE :** M. Frederik ZENATI, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lyon.
- MEMBRE DU JURY :** M. Christian ATIAS, Professeur à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille de l'Université d'Aix-Marseille III.

REMERCIEMENTS

La présente étude n'aurait pu être menée sans la complicité, la coopération et la patience de mes deux directeurs de recherche, les professeurs Jean-Louis BERGEL et Pierre-André CÔTÉ. Qu'ils en soient ici chaleureusement remerciés.

Je tiens à exprimer ma gratitude à l'égard de tous ceux qui, par leur soutien et par leurs encouragements, m'ont permis de mener à bien ce projet de recherche. Remerciements à mes relecteurs le professeur François BROCHU, Pierre DEVINAT et Jean-Bernard JOBIN. Remerciements à Claire BRISSON, Geneviève SÉGUIN, Catherine CHARVET, M^e Pierre FISET, M^e Stefan MARTIN et le professeur André MOREL pour leur appui au long de ce parcours.

Je remercie le personnel de la Bibliothèque de droit de l'Université de Montréal et plus particulièrement Ginette BASTIEN, Marcelle BERTRAND, Jean-Yves GOUIN et Micheline RENAUD qui ont chacun fourni un soutien fort précieux pour la poursuite de mes recherches.

Cette thèse a été rendue possible grâce au soutien financier du Ministère des Affaires Étrangères (Direction de la Coopération Scientifique et Technique), du Ministère de l'Éducation Nationale, de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche, de la Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal et de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

RÉSUMÉ

En étudiant le rôle de la jurisprudence, les comparatistes ont longtemps mis l'accent sur son statut en tant que source de droit à l'intérieur des systèmes. À ce titre, l'étude de l'autorité de la décision unique était rituellement abordée, et c'est à partir de ce type de réflexion que la mise en opposition des systèmes « romano-germaniques » et ceux de *common law* était le plus souvent justifiée. Or, si l'on déplace l'objet de comparaison pour examiner les méthodes et les théories à l'intérieur des différents systèmes juridiques, l'on peut constater que les juristes français et canadiens ont formulé des raisonnements à propos de la jurisprudence qui ont un *air de famille*. Que ce soit dans l'admission du caractère créateur de la fonction judiciaire ou dans la volonté de systématiser les règles qu'ils produisent, les juristes des deux systèmes juridiques ont partagé certains réflexes d'action et de pensée qui justifient que l'on tente de les décrire en parallèle, voire de les comparer.

C'est à partir de cette hypothèse que j'ai procédé à la comparaison des notions de « jurisprudence » en droit français et de « common law » en droit canadien, ce qui m'a permis de montrer à quel point leur conception a évolué d'une manière similaire au cours des deux derniers siècles. En effet, les deux systèmes juridiques ont entretenu, au XIX^e siècle, une conception « déclaratoire » de la *common law* et de la jurisprudence pour graduellement leur attribuer une portée normative. Cette évolution s'est déroulée également sur le plan de la méthodologie relative aux décisions judiciaires. En droit français comme en droit canadien, on peut observer que les méthodes d'identification et d'interprétation des règles élaborées par les juges tendent à les assimiler aux règles législatives. Curieusement, ce phénomène a engendré de nouvelles difficultés techniques (par exemple, le problème de la rétroactivité des règles élaborées par les juges) et théoriques que l'on retrouve dans l'un et l'autre des systèmes étudiés, et que je compare en dégagant les solutions formulées par les juristes. L'intérêt de ce type de rapprochement réside donc dans la possibilité de mettre en évidence les différents savoir-faire relatifs à la jurisprudence et d'évaluer leur pertinence respective. Mais aussi, et dans une perspective épistémologique, elle permet de saisir le rôle indéniable qu'exercent les communautés juridiques dans la mise en œuvre de la règle façonnée par le juge et, par conséquent, dans l'élaboration du droit.

ABSTRACT

This study compares the law-making function of judges in Canadian law and in French private law through a historical, methodological and epistemological perspective. My main thesis asserts that the role attributed to the judiciary is intimately linked to the way the legal profession perceives the function of judges in a given system at a given time.

In the course of my research, I have compared the evolution of the concepts of “jurisprudence” and “common law” in the French and Canadian legal discourse in the last two centuries. By this comparison, I have been able to demonstrate that both systems went from a declaratory theory of the judges' role to the full recognition of their rule-making power. Likewise, the methodology that has emerged from this transition, whether it be related to the discovery of the judge-made rule or to its interpretation, tends to treat and conceive judge-made law in a way that is similar to statutory law. Interestingly, this trend gave use to a new series of technical and theoretical problems (for example, the retrospective operation of a *common law rule*) which are present in both the French and Canadian systems of law. In summary, my findings can be linked to Hart's theory of the emergence of secondary rules, namely the rules of recognition. Also, Professor's Christian Atias's epistemological theory of the legal community's role served as a theoretical standpoint which I adopted throughout my thesis.

Mots clés : Droit comparé, Jurisprudence, Méthodologie juridique, Règle jurisprudentielle, *Common law rule*, Arrêt de principe, Revirement, *Stare decisis*, Précédent, Cour de cassation, Cour suprême du Canada, Interprétation, Épistémologie.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>A.B.A.J.</i>	American Bar Association Journal
<i>A.C.</i>	Appeal Cases
<i>A.J.D.A.</i>	Actualité juridique, droit administratif
<i>A.P.</i>	Assemblée plénière (Cour de cassation)
<i>A.P.D.</i>	Archives de philosophie du droit
<i>All.E.R.</i>	All England Reports
<i>Alta.</i>	Alberta
<i>Alta.L. R.</i>	Alberta Law Review
<i>Am. J. of Jur.</i>	American Journal of Jurisprudence
<i>Am. Jour. of Com. Law</i>	American Journal of Comparative Law
<i>Bib. de droit can.</i>	Bibliothèque de droit canadien
<i>Buff. Law Rev.</i>	Buffalo Law Review
<i>c.</i>	contre
<i>C. de D.</i>	Cahiers de droit
<i>C.A.</i>	Cour appel
<i>C.A.F.</i>	Cour d'appel fédérale
<i>C.A.O.</i>	Cour appel de l'Ontario
<i>C.C.</i>	Code civil
<i>C.C.C.</i>	Canadian Criminal Cases
<i>Cass. ch. civ.</i>	Chambre civile (Cour de cassation)
<i>Cass. ch. comm.</i>	Chambre commerciale (Cour de cassation)
<i>Cass. ch. crim.</i>	Chambre criminelle (Cour de cassation)
<i>Cass. ch. soc.</i>	Chambre sociale (Cour de cassation)
<i>C.O.J.</i>	Code de l'organisation judiciaire
<i>Col. L.R.</i>	Colorado Law Review
<i>Columbia L. R.</i>	Columbia Law Review
<i>C.S.</i>	Cour supérieure
<i>D.</i>	Recueil Dalloz.
<i>D.L.R.</i>	Dominion Law Reports
<i>Dalh. L. J.</i>	Dalhousie Law Journal
<i>Droits</i>	Revue française de théorie juridique

Principales abréviations

<i>Ex.C.R.</i>	Exchequer Court Reports
<i>Gaz. du Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>H.C.J.</i>	High Court of Justice
<i>H.L.</i>	House of Lords
<i>Harv. J. of Law & Pub. Pol.</i>	Harvard Journal of Law and Public Policy.
<i>Harv. L. Rev.</i>	Harvard Law Review
<i>Ill. L. Rev.</i>	Illinois Law Review
<i>J. Leg. Ed.</i>	Journal of Legal Education
<i>J.C.P.</i>	Jurisqueur périodique (semaine périodique)
<i>J.D.I.</i>	Journal de droit international
<i>J.S.P.T.L.</i>	Journal of the Society of Public Teachers of Law
<i>K.B.</i>	King's Bench
<i>L. S.</i>	Legal Studies
<i>L. Soc. Gaz.</i>	Law Society Gazette
<i>L.C.</i>	Lois du Canada
<i>L.Q.R.</i>	Law Quaterly Review
<i>L.R.</i>	Law Reports
<i>L.R.C.</i>	Lois révisés du Canada
<i>L.T.R.</i>	Law Times Reports
<i>Law & Hist. Rev.</i>	Law and History Review.
<i>M.L.R.</i>	Modern Law Review
<i>Man.</i>	Manitoba
<i>McGill L. J.</i>	McGill Law Journal
<i>Michigan Law Rev.</i>	Michigan Law Review
<i>Minn.L.R.</i>	Minneapolis Law Review
<i>N.B.</i>	New Brunswick
<i>N.L.J.</i>	New Law Journal
<i>N.S.</i>	Nova Scotia
<i>Nfld.</i>	Newfoundland
<i>O.R.</i>	Ontario Reports
<i>Osg. Hall L.J.</i>	Osgoode Hall Law Journal
<i>Ott. L. R.</i>	Ottawa Law Review
<i>Oxf. Jour. of Leg. Studies</i>	Oxford Journal of Legal Studies
<i>P.E.I.</i>	Prince Edward Island
<i>Prov. Ct.</i>	Provincial Court
<i>Q.B.</i>	Queen's Bench

Principales abréviations

<i>R.</i>	La Reine (Le Roi)
<i>R. du B.</i>	Revue du Barreau
<i>R. du B. can.</i>	Revue du Barreau canadien
<i>R. du N.</i>	Revue du Notariat
<i>R.C.S.</i>	Recueils de la Cour suprême du Canada
<i>R.D.P.</i>	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>R.I.D.C.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>R.J.T.</i>	Revue juridique Thémis
<i>R.R.J.</i>	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
<i>R.T.D.civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>Rev. crit. de dr.int. pri</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. crit. de lég. et de jur.</i>	Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>Rev. de lég. et de jur</i>	Revue de législation et de jurisprudence
<i>S. Cal. L. Rev.</i>	South California Law Review
<i>S.C.</i>	Statuts du Canada
<i>Sask. L. Rev</i>	Saskatchewan Law Review
<i>Sem. jur.</i>	Semaine juridique
<i>Stan. L. Rev.</i>	Stanford Law Review
<i>Supreme Court L. R.</i>	Supreme Court Law Review
<i>U. B. C. L. R.</i>	University of British Columbia Law Review
<i>U. of N. B. L. J.</i>	University of New Brunswick Law Journal
<i>U.T. Fac. L.R.</i>	University of Toronto Faculty Law Review
<i>W.W.R.</i>	Western Weekly Reports

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE : APPARITION DE LA RÈGLE JURISPRUDENTIELLE ET DE LA COMMON LAW RULE

TITRE I – REPRÉSENTATION DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA COMMON LAW

Chapitre I – Représentation de la jurisprudence en droit français

- Section 1 - De la jurisprudence des arrêts à la règle jurisprudentielle
- Section 2 - De la règle jurisprudentielle au pouvoir normatif des juges

Chapitre II – Représentation de la common law en droit canadien

- Section 1 - La théorie déclaratoire de la common law en droit canadien
- Section 2 - La théorie institutionnelle de la common law en droit canadien

TITRE II – PRÉSENTATION DE LA RÈGLE JURISPRUDENTIELLE ET DE LA COMMON LAW RULE

Chapitre I – Appréhension de la règle jurisprudentielle et de la common law rule par les légistes

- Section 1 - En droit français
- Section 2 - En droit canadien

Chapitre II – Compréhension de la règle jurisprudentielle et de la common law rule par les juristes

- Section 1 - En droit français
- Section 2 - En droit canadien

SECONDE PARTIE : APPLICATION DE LA RÈGLE JURISPRUDENTIELLE ET DE LA COMMON LAW RULE

TITRE I – IDENTIFICATION DE LA RÈGLE JURISPRUDENTIELLE ET DE LA COMMON LAW RULE

Chapitre I – Émission de la règle jurisprudentielle et de la common law rule

- Section 1 - Émission de la règle jurisprudentielle
- Section 2 - Émission de la common law rule

Chapitre II – Réception de la règle jurisprudentielle et de la common law rule

- Section 1 - Réception de la règle jurisprudentielle
- Section 2 - Réception de la common law rule

TITRE II – INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE JURISPRUDENTIELLE ET DE LA COMMON LAW RULE

Chapitre I – Interprétation selon le texte de l'arrêt

- Section 1 - La relative autonomie de la règle jurisprudentielle
- Section 2 - La relative dépendance de la common law rule

Chapitre II – Interprétation selon le contexte juridique

- Section 1 - En droit français
- Section 2 - En droit canadien

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

- I. Ouvrages collectifs
- II. Monographies
- III. Thèses
- IV. Articles de revue

TABLE DES JUGEMENTS

- I. Jurisprudence canadienne et anglaise
- II. Jurisprudence française

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Davantage encore que les lois, les décisions judiciaires ont envahi chacune des ramifications de la pensée juridique contemporaine. Aucun ouvrage de droit positif ne peut aujourd'hui aspirer à un semblant de légitimité sans faire référence à la multitude d'arrêts que provoquent les contentieux. Aucun argument sérieux ne peut être construit sans cet appui, cette béquille diraient certains, qu'offrent les interprétations passées ou les précédents innovateurs. Pour convaincre et pour décrire, pour connaître le droit qui est et pour prévoir le droit qui sera, la jurisprudence est utilisée partout et toujours, telle une source *délicieuse*¹ qui ne tarit jamais. Cependant, cette soif de la jurisprudence n'a pas été sans conséquences : enivrés par la demande, les systèmes juridiques ont vécu une véritable inflation du nombre de décisions disponibles et prêtes à l'emploi. Situation exacerbée par une technique d'archivage désormais illimitée, on a craint que l'usage des décisions judiciaires appauvrisse la réflexion du juriste et que, n'ayant plus à *réfléchir* sur une qualification ou sur une juste application des principes, il se réfère strictement et mécaniquement au raisonnement d'un juge. Au contraire, une observation attentive de l'*homo juridicus* permet de constater qu'indépendamment de toute influence des règles légales ou constitutionnelles, celui-ci s'est doté d'une méthode typique qui trahit à la fois sa conception du rôle des juges et sa vision de l'ordre juridique.

Phénomène ayant fait l'objet de nombreuses études, on peut constater que la façon d'intégrer la donnée jurisprudentielle dans le raisonnement juridique jette un éclairage pénétrant sur les rouages d'un système; elle formerait même la voie privilégiée pour en saisir la logique². Poursuivant cet objectif, plusieurs comparatistes ont mis en évidence les contrastes entre le traitement de la jurisprudence en droit anglais et en droit français, censés représenter deux grandes familles de systèmes juridiques. La présente recherche a pris cette même direction, à cette différence près qu'elle compare deux systèmes qui entretiennent, à première vue, très peu de rapports organiques ou systémiques, le droit canadien et le droit français. Bien qu'il soit

¹ Philippe JESTAZ. « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », (1993) 1 *R.T.D.civ* 73.

rare, le rapprochement envisagé ici n'est pas inédit³, et avant d'en présenter les résultats, il convient, d'abord, de situer les réflexions qui nous ont mené d'un système à l'autre pour, ensuite, souligner le cadre méthodologique qui lui a été donné.

C'est à la suite d'une prise de contact avec la théorie juridique française que nous avons tenté, au départ, de comprendre comment les juristes appréhendent et utilisent la jurisprudence. La question n'était pas sans arrière-pensées : notre expérience du système juridique canadien nous avait déjà donné un aperçu de l'influence indiscutable qu'exerçait la Cour suprême sur l'évolution du droit. Malgré ce préjugé, nous avons constaté avec un certain étonnement à quel point la jurisprudence s'intégrait dans la vie concrète et théorique d'un système que l'on dit fondé sur le principe de la légalité. La manifestation la plus évidente de cela se trouve dans la controverse doctrinale à propos de son statut. Mais au-delà des problèmes fondamentaux qu'elle soulève, la jurisprudence fait l'objet d'une pratique qui semble tenir pour acquis, d'une part, que la connaissance du droit passe par l'étude des arrêts et, d'autre part, que ceux-ci sont à la source de règles sanctionnées par les autorités judiciaires. Aussi, pour désigner cette réalité, les juristes ont eu recours, entre autres, à une notion d'apparence neutre mais dont la légitimité a été discutée⁴ : il s'agit de la « règle jurisprudentielle ». Même si le juge n'est pas investi d'un pouvoir spécifique de formuler des règles, cette expression est couramment utilisée par la doctrine et par plusieurs institutions étatiques comme si elle décrivait une réalité concrète, réelle et précise. Ainsi, l'admission de la jurisprudence dans le Panthéon des sources du droit semble aujourd'hui acquise. Or, loin de n'être qu'un facteur de stabilité du droit, comme nous aurions pu le croire, la reconnaissance du caractère normatif de la jurisprudence a été à l'origine d'incertitudes dans le système juridique.

À la différence de la loi, la règle jurisprudentielle ne connaît pas un mode d'existence régulé par une norme supérieure. Pire encore : même si la règle jurisprudentielle produit des

² D. Neil MacCORMICK, « Introduction », dans D. Neil MacCORMICK et Roberts S. SUMMERS, dir., *Interpreting Precedents [:] A Comparative Study*, Brookfield, Ashgate Publishing, 1997, à la p.1.

³ Antoinette MAURIN, « Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadienne et française comparées », Paris, Rousseau, 1938. L'expression « canadienne » vise à désigner le droit québécois, suivant ainsi le sens qu'on lui accordait à cette époque.

⁴ Christian ATIAS, « Jurisprudence *a contrario* », *D.1997.34.chr.297*.

effets similaires à ceux que provoque son homologue légale, elle demeure une règle techniquement « hors-la-loi ». Ces constats sont lourds de conséquences pour celui qui veut tenter d'élaborer une méthode de reconnaissance objective de la règle émise par les juges. La simple prétention qu'il existe des règles jurisprudentielles implique nécessairement que l'on soit à même de distinguer ce qui, dans la production judiciaire, est susceptible de provoquer l'émergence d'une règle. C'est donc après avoir reconnu le caractère normatif de la jurisprudence que la communauté juridique s'est attelée à la tâche fondamentale de définir une méthode correspondant à cet objet nouveau. Pour cette raison, les modalités d'existence et de mise en oeuvre de la règle jurisprudentielle dépendent essentiellement d'un discours hétéroclite et changeant, celui des artisans du droit, c'est-à-dire les juristes.

Depuis le milieu du XX^e siècle, plusieurs juristes ont formulé des propositions d'ordre méthodologique qui visent à la fois à encadrer l'émission des normes par les juges et à justifier leur présence dans le système. Par exemple, certains auteurs prétendent que des principes juridiques nouveaux peuvent naître d'une décision unique⁵, alors que d'autres ne reconnaissent une valeur qu'à la constance jurisprudentielle⁶. On a affirmé également que l'existence de la règle jurisprudentielle dépendait de sa réception par la communauté juridique ou, pour reprendre les termes de Maury, de son acceptation par les usagers⁷. Les directives formulées à cet égard ont chacune pris un ton soit descriptif, soit prescriptif : ceux-ci ont évoqué l'impact

⁵ François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1999, à la p. 249 : « [...] une règle jurisprudentielle est une règle de droit dès la première décision qui l'a formulée. »; Philippe JESTAZ, « sur la jurisprudence constante », dans Laboratoire d'Épistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille et la Cour de cassation (dir.), *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 207, à la p. 208; Jacques MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », dans *Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 28, à la p. 49.

⁶ Voir les auteurs cités par André Hervieu : André HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », [1989] 2 *R.R.J.* 257, à la p. 284.

⁷ Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, Sirey, 1961, p. 205, n° 120 : « On peut considérer que la règle jurisprudentielle se parfait et se consolide lorsque la solution est acceptée par les usagers, c'est-à-dire avant tout par les juristes et que la question "ne se plaidant plus" comme disent les praticiens, la jurisprudence devient constante. »; Paul-Henri ANTONMATTEI, « Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 3, à la p. 4 : « Mais démonstration a été depuis longtemps faite que la force de la règle jurisprudentielle tient dans l'acceptation des intéressés. »

que pouvait avoir la publication d'un arrêt sur l'effet psychologique qu'il provoque⁸, tandis que ceux-là en ont fait, à l'image de la loi, une *condition* d'existence de la règle⁹. Or l'une et l'autre de ces affirmations souffrent d'une faiblesse inhérente : elles ne peuvent ni s'appuyer sur des critères juridiques objectifs, comme celui de la validité formelle, ni sur une observation empirique¹⁰. C'est donc cette *ambiguïté* du discours à propos de la règle jurisprudentielle française qui a suscité notre intérêt et, pour en apprécier la singularité, il nous est apparu utile de la mesurer à son équivalent en droit canadien, celui portant sur la *common law rule*.

Une simple incursion en droit français allait provoquer le réexamen d'une méthode que nous avons cru connaître : en vertu de quel principe la décision du juge peut-elle engendrer une règle ? À quel point celle-ci peut-elle être décrite comme « fondée » ou « valide » ? À ces questions, aucune norme positive ne peut servir de réponse. En fait, la méthode de *common law* est principalement déterminée par une série de directives qui sont apparues au cours du XIX^e siècle et dont l'origine est essentiellement judiciaire. Mieux connus sous le nom de la règle du *stare decisis*, ces principes ont à la fois pour objet de préciser quels sont les arrêts qui doivent être tenus pour obligatoires, et d'indiquer exactement leur portée. L'attitude des juges à l'égard des précédents a longtemps été marquée par cette méthodologie qui, jusqu'au milieu du XX^e siècle, semblait immuable et rigide. Il a donc fallu une déclaration de la Chambre des Lords, prononcée en 1966, à l'effet qu'elle s'autorisait dorénavant à écarter ses arrêts antérieurs pour que le monde de la *common law* subisse une profonde transformation¹¹. En droit canadien, la Cour suprême du Canada a rapidement exercé cette liberté de revenir sur des précédents auparavant considérés comme obligatoires. Et alors que la chose aurait été inconcevable

⁸ Un arrêt retenu dans le Bulletin civil, commenté dans le Dalloz ou étudié dans les *Grands arrêts de la jurisprudence civile* n'aura probablement pas la même influence que celui qui dort dans les dossiers de la Cour de cassation.

⁹ J. BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) 59 *R.T.D.civ.* 417, à la page 420; Ph. MALAURIE, « Rapport français », *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'Association Henri-Capitant, t.xxxi, Paris, 1982, p. 89.

¹⁰ Une jurisprudence constante implique que la règle est constamment contestée, contestable et donc incertaine, ce qui est paradoxal. D'ailleurs, selon M. le doyen Carbonnier, ce serait une erreur de croire que l'étude de la jurisprudence rapproche le juriste de la réalité sociologique du droit et il dénonce, dans *Flexible droit*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995, à la page 21, « [l]a grande illusion des civilistes et des publicistes qui ont cru atteindre une couche plus profonde de la réalité du droit en substituant à l'étude des lois, celle des arrêts [...] [c]ar la jurisprudence, c'est le contentieux, et le contentieux, c'est le droit pathologique, non point le droit normal ».

¹¹ *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234.

seulement quelques années plus tôt, elle a précisé graduellement les circonstances qui justifieraient une remise en question du droit antérieur.

Séduits par ces développements, plusieurs auteurs canadiens ont espéré que le système jurisprudentiel allait connaître un assouplissement : que d'une vision formaliste et mécanique de l'application des règles de *common law*, on se dirige vers un système axé sur la valeur persuasive des arrêts. Mais c'est un processus plus nuancé qui s'est développé dans le système juridique canadien. Il est vrai que les juges de la Cour suprême du Canada et de plusieurs juridictions d'appel n'ont pas hésité à répudier des décisions anciennes, considérées comme iniques. Cependant, cette vision « souple » de l'autorité des précédents a été accompagnée d'une conception rigide des rapports hiérarchiques entre les différentes juridictions. À cet égard, de nouvelles directives méthodologiques consacrent la suprématie de la Cour suprême sur l'ensemble des tribunaux canadiens.

Loin d'être statique, le système juridique canadien a connu des soubresauts importants qui ont eu un impact sur le fondement même de la *common law*. En effet, la fiction selon laquelle les juges ne seraient que des oracles du droit ne pouvait tenir devant cette affirmation de leur capacité d'opérer des revirements. Les juristes de *common law* semblent donc avoir rejeté le « conte de fées » initial pour le remplacer par une conception de la *common law* qui la rapproche sensiblement de la source législative. À lire les opinions doctrinales et judiciaires, on constate l'abandon d'une vision coutumière, horizontale et métaphysique de la *common law*, au profit d'une conception normative et hiérarchisée. Seulement voilà, la reconnaissance d'un véritable pouvoir normatif n'a pas encore été harmonisée avec toutes les directives d'interprétation relatives aux *common law rules*. Au-delà du discours, les juristes attribuent toujours une portée rétroactive aux créations des juges et ces derniers refusent, à leur tour, d'établir la portée purement prospective de leurs décisions. Avant de briser le dernier tabou qui les retient à une conception qu'ils ont déjà désavouée, les juges canadiens appliquent rétroactivement les nouvelles *common law rules*, même si, comme ce fut le cas dans l'affaire

Stewart, cela implique que l'on déclare prescrit et irrecevable un recours pourtant introduit en temps utile¹² !

Le passage d'un système à l'autre nous a donc permis de constater qu'au-delà de leurs multiples différences institutionnelles ou historiques, les juristes canadiens et français ont été confrontés à des questions similaires au sujet de la jurisprudence. D'une part, la perception du rôle des juges a connu une transition notable : d'une source déclarative du droit – de l'intention du législateur ou de la *common law* – le pouvoir judiciaire est devenu une institution quasi législative dont l'autonomie semble de moins en moins contestée. D'autre part, l'admission de la juridicité des règles créées par les juges a provoqué la genèse de directives méthodologiques liées à leur mise en oeuvre. C'est ici que s'est révélée l'originalité de la jurisprudence en tant que source de droit. Sur ce point, force est de constater que la jurisprudence est d'une catégorisation malaisée. Bien que l'on trouve des ressemblances avec l'un et l'autre des modèles traditionnels de création du droit¹³, elle n'est ni la coutume (l'origine étant judiciaire) ni la loi (elle n'obéit pas à la *loi d'imputation*¹⁴ ou à une quelconque règle de connaissance¹⁵).

Curieusement, on a pu constater qu'avec la reconnaissance d'une nouvelle source de normativité, les juristes français et canadiens ont formulé des raisonnements qui partagent un *air de famille*¹⁶, même s'ils ont été émis dans des contextes fort différents. Que ce soit dans l'admission du caractère créateur de la fonction judiciaire ou dans la volonté de systématiser les

¹² *Stewart v. Stewart*, (1997) 145 D.L.R. (4th) 228 (C.A.C.-B.), à la p. 232.

¹³ Frédéric ZENATI, *La jurisprudence*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1991, p. 142 : « La juridicité de la coutume, comme celle de la règle jurisprudentielle, procède en réalité du sceau dont elle est marquée par la délibération du juge, délibération dont la vertu est de faire d'une règle sociale une règle juridique »; René DAVID, « Jurisprudence », [1985] 5 *R.R.J.* 773, à la p. 799 : « L'obligation pour les juges de suivre le précédent (*stare decisis*) ne résulte en général que d'une certaine manière de concevoir le droit, que les juges eux-mêmes entretiennent dans un certain pays et à une certaine époque. Ni les Lois ni la Constitution ne leur ont imposé cette manière de voir et, si l'on peut parler à ce sujet de coutume, il ne s'agit ici que d'une coutume jurisprudentielle, c'est-à-dire en d'autres termes de la pratique des tribunaux. »

¹⁴ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, aux pp. 255 et s.

¹⁵ *Contra* : H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994, aux pp. 100 et s.

¹⁶ Il appartient évidemment au lecteur le soin de déterminer la pertinence de cette observation. Ainsi, on pourrait lui conseiller, après Wittgenstein : « [En regardant l'ensemble des jeux] Ne me dis pas qu'ils *doivent* avoir quelque chose de commun, mais *regarde* s'ils ont quelque chose en commun. Or, si tu les regardes, tu n'observeras aucun élément qui seraient communs à *tous* [les jeux], mais tu verras des ressemblances, des airs de famille, et en grand nombre. »

règles qu'ils produisent, les juristes des deux systèmes juridiques ont partagé certains réflexes d'action et de pensée qui justifient que l'on tente de les décrire en parallèle, voire de les comparer. L'intérêt de ce type de rapprochement réside dans la possibilité de mettre en évidence les différents savoir-faire relatifs à la jurisprudence, et d'évaluer leur pertinence respective. En retour, une telle recherche doit forcément se donner un cadre précis, car il serait illusoire de prétendre comparer dans sa totalité, et pour chacun des domaines, la méthode adoptée par les juristes. C'est pourquoi il convient de souligner d'emblée les hypothèses (§ 1) qui ont servi de point d'appui à la recherche pour, ensuite, tracer le découpage de la matière traitée (§ 2) et, enfin, indiquer les grandes divisions du plan qui servira de matrice à la comparaison (§ 3).

§ 1 - Les hypothèses de recherche

Parce que la règle jurisprudentielle et la *common law rule* ne sont pas des normes prévues expressément par les ordres juridiques étudiés, on doit préciser les hypothèses sur lesquelles est fondée la présente étude et cela, à un double point de vue. On pourrait croire que le simple fait de prendre pour objet une règle émise par les juges suppose une certaine opinion quant à son statut juridique formel. Notre propos ne se situe pas là¹⁷. Selon la perspective retenue, il s'agit plutôt de rendre compte de la méthode et des concepts afférents à la jurisprudence, ceux-là même qui ont donné « naissance » aux règles dont l'origine est jurisprudentielle. En effet, à la différence de la règle légale, la norme créée par le juge ne bénéficie pas d'une formulation arrêtée ou sacramentelle : elle « apparaît » plutôt à la suite d'un processus de sélection d'information effectuée par le juriste. Or sur quoi celui-ci se fonde-t-il lorsqu'il procède à cette activité ? Comment s'opère le passage de l'arrêt à la règle ? Si l'on

L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Franckfort, Suhrkamp, 1984, (1945), § 66, p. 277 (trad. franç., Paris, Gallimard, 1972).

¹⁷ En cela, la présente recherche se distingue des études comparatives antérieures en ce que la réalité jurisprudentielle était surtout abordée selon le schéma suivant : les systèmes de droit appartenant à la famille de *common law* étaient présentés comme étant constitués principalement de normes d'origine judiciaire et les systèmes romano-germanique, de normes d'origine législative. Ensuite, la plupart des auteurs atténuent leurs propos en précisant l'importance des *statutes* dans l'une des familles et des *créations jurisprudentielles*, dans l'autre. Ils entendaient, ainsi, décrire chacune des familles en situant le rôle et la fonction de la jurisprudence en mettant l'accent sur son statut *officiel* qu'ils opposaient à son utilité *réelle*.

présume que ce processus n'est pas purement arbitraire, on doit répondre que le juriste s'appuie sur une méthode lorsqu'il identifie et interprète une règle dérivée de la jurisprudence. En ce sens, au lieu de se limiter à la question du statut officiel de la règle formulée par le juge, l'objectif poursuivi ici sera plutôt « d'enrichir la discussion sur la jurisprudence, en examinant les modes de traitement auxquels elle est soumise »¹⁸.

Aborder le phénomène jurisprudentiel en mettant l'accent sur son aspect méthodologique pose certaines complications d'ordre épistémologique¹⁹. En réalité, tout le problème des études comparatives repose justement sur la capacité ou la prétention de pouvoir « connaître » *réellement* un système juridique²⁰. Au regard du rôle normatif des juges, une approche sociologique aurait pour objet de saisir la pratique des juristes à l'intérieur de chacun des systèmes²¹. Une démarche légitime en ce sens pourrait s'effectuer à partir d'une enquête empirique dont l'objet serait d'évaluer ce que font les juges et les avocats avec la jurisprudence, et non ce qu'ils disent en faire²². Cette étude exigerait que l'on prenne en considération le comportement des juges et des avocats face aux précédents jurisprudentiels : on pourrait alors chercher à situer quelle partie d'un arrêt provoque un « effet psychologique de règle » et comment le juriste en dégage réellement la portée²³. Malheureusement, l'étude de la conformité entre le discours et la pratique, entre la pensée et le geste, malgré son apport évident dans la connaissance du droit étranger, est, faute de moyen, impénétrable²⁴. Le comparatiste doit donc affronter un type de problème épistémologique que connaît l'historien, car « en aucun cas ce

¹⁸ Voir : C. ATIAS, *loc. cit.*, note 4.

¹⁹ Sur la relation entre la méthodologie juridique, l'épistémologie juridique et le droit comparé, voir : Jean-Louis BERGEL, « Ébauche d'une définition de la méthodologie juridique », [1990] 4 *R.R.J.* 707.

²⁰ Paradoxalement, l'étude strictement empirique d'un système de droit, qui chercherait à en dégager toute la singularité, réduirait la possibilité de le comparer, car pris dans son individualité, son unicité et dans sa complexité, un système cesse d'être comparable : Bernard GROSSFELD, *The Strength and Weakness of Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 72.

²¹ Voir, en droit français : Marianne SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence, étude sociologique*, Thèse Paris II, 1983.

²² Maurice TANCELIN, dans F.P. WALTON, *The Scope and Interpretation of the Civil Code of Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, avec une introduction de M. TANCELIN, à la page 14.

²³ Comme voies de recherche utiles pour comprendre comment les juristes identifient et interprètent *vraiment* les règles jurisprudentielles, il faudrait aborder la question avec les outils de la psychologie cognitive, de la sociologie, de l'histoire etc.

²⁴ Il ne s'agit donc pas d'une étude relevant de la sociologie juridique. Sur l'analyse sociologique de la jurisprudence, voir : Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 1994, aux pp. 172 et s.

que les historiens appellent un événement n'est saisi directement et entièrement [...] [, p]ar essence, l'histoire est connaissance par documents»²⁵. Parce que cet aspect concret du phénomène jurisprudentiel ne peut être saisi directement, il a paru justifié de retenir la directive méthodologique plus dogmatique formulée par Léontin-Jean Constantinesco, selon laquelle

dans l'étude d'un terme à comparer appartenant à un ordre juridique étranger, [le comparatiste] doit procéder comme le juriste de cet ordre lui-même [...] il doit recourir aux mêmes sources que celui-ci, leur attribuer la même valeur et les interpréter de la même manière²⁶.

Avec ce principe de recherche, qui met l'accent sur une perspective interne du phénomène juridique, comment le comparatiste peut-il déterminer la méthodologie et les conceptions relatives aux règles jurisprudentielles et aux *common law rules* ?

Il paraît évident qu'aucune enquête utile ne peut se limiter à l'étude des normes considérées comme valides à l'intérieur de chacun des systèmes. Si l'on devait procéder *comme le juriste de l'ordre juridique français*, il faudrait reconnaître que certaines dispositions législatives et constitutionnelles rejettent la possibilité d'une émergence de normes jurisprudentielles²⁷. En retour, une majorité d'auteurs de doctrine admettent, et parfois

²⁵ Paul VEYNE, *Comment on écrit l'histoire suivi de Foucault révolutionne l'histoire*, (version abrégée), coll. « Points - Histoire », Paris, Seuil, 1993, p. 14. Aussi, dès que l'on aborde le droit autrement qu'en paraphrasant les règles de droit positif, on se heurte à une réalité aux dimensions multiples dont les causes ont des ramifications complexes. Si l'on veut comprendre pourquoi un arrêt *a fait jurisprudence* ou si l'on veut simplement le décrire, on peut procéder de différentes façons qui auront toutes leur part de vérité et de pertinence. Par exemple, la compréhension d'un arrêt peut passer par l'étude de ses motifs. Mais comme n'importe quel texte, son auteur, ses destinataires et sa fonction sont tous des éléments qui fournissent des indications sur son sens et qui peuvent être pris en compte. Également, il est possible d'étudier un arrêt en relevant la situation de fait qui en est la source, car on a justement indiqué que ceux-ci peuvent avoir un effet sur l'application des normes. Enfin, des facteurs externes peuvent aider à éclaircir la raison d'être d'une décision judiciaire : les arguments qui ont été soulevés par les parties, leur bonne ou leur mauvaise foi, la personnalité des juges, leur formation, les sources qu'ils ont consultées, leur connaissance personnelle du droit et des faits, etc. Derrière chacune des citations d'arrêts, dont on résume souvent la portée en une série de propositions, il y a un ensemble de faits dont la pertinence semble implicitement niée. Cette réalité se trouve donc *écrasée* sous le poids de cette petite phrase généralement située à l'en-tête de l'arrêt qui, pour la plupart, résume l'état du droit. Cette réduction de la réalité n'est pas propre au juriste, l'historien doit aussi sélectionner les faits qu'il qualifiera de pertinents, car l'« histoire trie, simplifie, organise, fait tenir un siècle en une page et cette synthèse du récit est non moins spontanée que celle de notre mémoire, quand nous évoquons les dix dernières années que nous avons vécues » (*Ibid.*).

²⁶ Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. 2 : « La méthode comparative », Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 134-135.

²⁷ V. les articles 5 et 1381 du *Code civil* français; les articles 10 et 13 de *La loi des 16 et 24 août 1790*; l'article 203 de la *Constitution du 5 Fructidor an III*; et les principes de la séparation des pouvoirs en droit constitutionnel.

défendent, l'existence d'un droit d'origine jurisprudentielle²⁸. Cette situation curieuse existe aussi en droit canadien. Faisant partie de la famille des systèmes de *common law*, le droit canadien a originellement la jurisprudence pour source principale²⁹. Néanmoins, le comparatiste qui s'y référerait trouverait une série d'opinions contradictoires des juges sur leur propre fonction, certaines consacrant une théorie « déclaratoire » du droit tandis que d'autres admettent leur propre pouvoir créateur³⁰.

Par conséquent, afin de rendre compte du point de vue des juristes à l'étude, il est nécessaire que le comparatiste récolte, non pas seulement l'information transmise par les organes disposant d'un pouvoir socialement reconnu, mais aussi celle provenant des individus disposant d'un savoir sur le droit. En ce sens, il doit aller au-delà des sources positives du droit pour inclure « les propositions qui sont dotées d'une capacité de persuasion, de par l'autorité qui les a formulées »³¹, soit celles qui proviennent de deux sources principales, la jurisprudence et la doctrine. Dans ce cas, l'information utilisée possède une triple caractéristique : en premier lieu, elle se distingue par son objet, en ce qu'elle traite du rôle des juges, du pouvoir judiciaire et du produit de leur activité; en deuxième lieu, elle se limite à certains intervenants dans le droit, les juristes, dont « la "seule fonction essentielle" [...] est "la fonction de connaissance" du

²⁸ V., en général, les auteurs cités par Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil*, 4^e éd., « Introduction générale », Paris, L.G.D.J., 1994, à la note (161), de la p. 433.

²⁹ Sauf, bien entendu, dans la Province de Québec, dont le droit privé est régi par le système de droit civil.

³⁰ Parmi plusieurs, voir : *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200, où le juge Dickson décrit en ces termes l'ambiguïté du rôle de la Cour suprême à la page 216 : « cette Cour a l'obligation de remplir sa fonction judiciaire d'une manière raisonnée d'après des concepts établis et des décisions fondées sur des principes », ce qui implique une antériorité de la norme ou du principe à la décision judiciaire; *R. v. Kennedy*, [1980] 4 W.W.R. 577 (Alb. Q.B.), à la p. 582 : « as long as the applicable statute has not been changed in the middle of the proceedings the higher court has not changed the law as it existed at the time of the earlier hearing. Rather it has merely revealed the true law as it always existed and corrected or clarified a previously held erroneous view of law. » Le pouvoir créateur des juges est nié par la théorie déclaratoire qui, selon Patrick Glenn, « is simply a denial of the existence of a single, binding source of law and the assertion of an ongoing process of enquiry in which the most persuasive authority is sought, regardless of its origin » : P.H. GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *McGill L. J.* 261, à la p. 293; pour une opinion *contra* : M. R. MacGUIGAN, « Precedent and Policy in the Supreme Court », [1967] 45 *R. du B. can.* 627, à la p. 660, où l'auteur prétend qu'il existe un consensus sur le pouvoir créateur des juges; il précise toutefois la nature de ce pouvoir à la p. 664 : « judicial power is unlike delegated power in that it is original rather than derivative ».

³¹ Rodolfo SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, coll. « Études juridiques comparatives », Paris, Economica, 1991, à la p. 52. Cela implique que les sources de connaissance du droit puissent dépasser le cadre national. Cet aspect est surtout important en droit canadien, car son rattachement

droit »³²; et, en dernier lieu, elle est strictement documentaire, aucune enquête empirique n'ayant été menée. Les outils de connaissance sont donc textuels et ils forment un discours sur le droit qui oscille allègrement entre la prescription et la description³³; c'est donc en étudiant les postulats, les principes, les théories et les réflexions élaborées par les juristes que l'on a tenté de décrire le phénomène jurisprudentiel³⁴.

§ 2 - La matière traitée

Une recherche comparative ne peut être menée sans que ne soit précisée la matière qui fera l'objet d'un traitement, ce qui implique qu'il faille « proc[éder] à la délimitation d'un espace de pertinence »³⁵. À cet égard, il a paru nécessaire de définir les domaines abordés en fonction des objectifs poursuivis par l'étude comparative, à savoir de situer le noyau dur de la méthodologie relative à la jurisprudence. Sans prétendre avoir exercé ici une délimitation stricte des systèmes juridiques, ce qui aurait été de toute manière quelque peu artificiel, plusieurs principes ont guidé la récolte des données et il convient de les présenter.

historique et juridique au système de droit anglais commande l'utilisation de sources jurisprudentielles et doctrinales issues de ce système.

³² Michel van de KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1988, p. 117. Malgré l'utilisation du terme « juriste », les auteurs limitent la portée de cette affirmation à la doctrine; or, à la page 127, ils admettent que « le juge se mue parfois en auteur de doctrine » lorsqu'il publie des commentaires ou des notes d'arrêts. Dans la tradition de *common law* et de droit civil, les juges ont joué un rôle doctrinal : ils cherchent à faire connaître le droit et ils s'expriment au moyen d'opinions.

³³ Par exemple, en droit français, lorsque des auteurs écrivent qu'une règle jurisprudentielle ne s'établit qu'à la suite d'un nombre important d'arrêts ou lorsqu'un juge canadien écrit que certains *obiter dicta* de la Cour suprême sont obligatoires pour les cours inférieures, il y a là un jugement d'observation et de prescription à la fois. L'étude de l'émergence des règles jurisprudentielles impose de rendre compte de ces deux types d'affirmations, car les deux types de discours contiennent une information sur la *méthode* : l'un en est le guide et l'autre, le témoin.

³⁴ En retour, cette approche ne remet pas en question l'intérêt que présente la pratique du droit pour l'évaluation critique de la doctrine : il s'agit d'une partie trop importante de l'expérience juridique pour que l'on puisse *a priori* l'écarter. De même, le respect des décisions judiciaires est un phénomène lié à la pratique du droit. Mais voilà qu'on se heurte au problème de la connaissance de cette pratique, qui a un contenu fort complexe, et dont l'étude implique une espèce d'étude de terrain, dépassant ainsi la portée de ce travail. Ainsi, ce n'est que dans la mesure où ce savoir est rendu explicite par la voie des écrits doctrinaux qu'il sera invoqué. En définitive, la qualité et l'exactitude du travail comparatif dépendent, en quelque sorte, de la richesse de la doctrine.

³⁵ Pierre LEGRAND, « Comparer », [1996] 2 *R.I.D.C.* 279, à la p. 285.

D'abord, il paraissait essentiel de présenter le contexte particulier dans lequel se situe le phénomène jurisprudentiel. À l'égard des règles élaborées par les juges, cette mise en situation est d'autant plus importante que les systèmes juridiques entretiennent un rapport diamétralement opposé avec cette source de droit : elle constitue le droit commun dans l'un, alors que dans l'autre elle a un statut d'exception. Étudier un phénomène singulier comme s'il s'agissait d'un trait général serait évidemment déformant, et une prise en compte du contexte théorique dans lequel émergent les règles jurisprudentielles s'imposait d'elle-même. En retour, on doit reconnaître que celui-ci a fortement évolué au cours des deux derniers siècles : c'est surtout pendant cette période que se sont formés les concepts, la pratique et la structure judiciaire qui ont mené à l'édification d'une méthode d'extraction de règles parmi l'ensemble des décisions judiciaires. En droit français, la discussion doctrinale sur la jurisprudence a essentiellement porté sur la question de la jurisprudence-source du droit et l'on retrouve des préoccupations analogues dans les ouvrages doctrinaux dès le début du XIX^e siècle³⁶. En droit canadien, la *common law rule* doit sa place à l'importance historique qu'ont pu prendre les tribunaux dans la détermination du droit. Toutefois, le caractère relativement récent de la doctrine du *stare decisis*³⁷, implantée au Canada sous l'influence du droit anglais, et son déclin annoncé soulignent l'une de ses propriétés, celle d'être dynamique : une étude figée dans le temps risquerait d'en masquer l'instabilité. Ainsi, une mise en rapport des deux systèmes, pour qu'elle soit compréhensive et qu'elle puisse rendre compte des différentes sensibilités juridiques, devra mettre en évidence cette évolution historique.

Ensuite, il paraissait utile de procéder à partir d'un domaine qui soit représentatif du système étudié³⁸, c'est-à-dire qui puisse incarner le plus fidèlement possible la tradition méthodologique du système. En droit français, c'est parce que le droit civil englobe les « notions, [l]es principes, [l]es raisonnements auxquels tout juriste [...] doit se référer en

³⁶ L'entrée de la notion « règle jurisprudentielle » dans le vocabulaire des juristes est assez récente, mais la notion se trouve exceptionnellement évoquée dans certains écrits du XIX^e siècle, voir : DEVILLENEUVE (?), « Préface », *Recueil général des lois et des arrêts*, revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE, 1^{re} série (1791-1830), 1^{er} vol. (1791-an XII), Paris, 1840, à la page vii : « [Le recueil des décisions judiciaires a pour but] de vulgariser, en les formulant, les règles de la jurisprudence et d'arriver de les faire passer les plus promptement dans la théorie et dans la pratique. »

³⁷ Jeremy EVANS, « Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century », dans Laurence GOLDSTEIN, dir., *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, à la p. 36.

permanence »³⁹ qu'il devenait pertinent d'en faire le point d'ancrage de la réflexion. En effet, c'est dans les domaines régis par le Code civil que le rapport entre la loi et la jurisprudence est le plus caractéristique du système et qu'il a, en même temps, été le plus discuté. En droit canadien, la question de la jurisprudence se transforme selon que l'on se situe dans les domaines régis par le système de *common law* ou dans ceux régis par le système de droit civil québécois. En raison du caractère distinct de droit privé québécois et des questions particulières qu'il soulève⁴⁰, il devenait évident qu'il fallait l'exclure du champ de l'étude. Reste à déterminer quels domaines du droit canadien seraient représentatifs de la méthode à l'égard de la jurisprudence. Bien que cela puisse choquer à première vue, il nous est apparu qu'il n'était pas très utile de limiter le champ d'observation aux domaines correspondant à ceux qui sont étudiés en droit français. En effet, les arrêts ayant un certain intérêt par leur hiérarchie et par leur statut en droit canadien, surtout ceux de la Cour suprême, traitent très peu de questions relevant du droit privé. De plus, le choix d'un domaine de référence est compliqué par le fait qu'en droit canadien, l'invasion du droit législatif est telle qu'il n'existe pratiquement pas de domaines « vierges » constitués exclusivement de normes d'origine judiciaire. En fait, chaque domaine contient certains aspects qui sont réglés par les décisions judiciaires, tandis que d'autres relèvent de la loi⁴¹. Devant ce dilemme, il devenait préférable de délimiter de façon souple la matière étudiée. En fait, on a pu constater que l'expression *common law rule* était utilisée

³⁸ Il s'agit alors véritablement d'un jugement de valeur.

³⁹ Christian ATIAS, *Le droit civil*, 2^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 1985, p. 4; François GÉNY, *Méthodes et sources en droit privé positif*, t. 1, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, p. 15, n. 6 : l'auteur précise que son étude n'envisagera que le droit *privé* et, plus spécialement, le droit civil, choix qu'il justifie de la façon suivante : « bien qu'elle soulève des questions analogues, à propos des autres parties de la science, droit criminel, droit administratif, (etc.), j'estime que, sous ce rapport encore (et pour le droit criminel, par exemple, ce serait de la plus grande évidence), les solutions générales pourraient être influencées par la matière même à interpréter. Pour pouvoir rester plus précis, je préfère donc cantonner ma critique à la partie du droit la plus générale et la plus typique. »

⁴⁰ Le système québécois est marqué par la présence simultanée de deux traditions juridiques distinctes, c'est-à-dire le droit civil – qui régit essentiellement les rapports privés – et la *common law*. En vertu de la théorie « officielle » des sources du droit québécois, la dichotomie des sources commande une division de méthode : si un juriste se trouve dans un domaine régi par la *common law*, il doit traiter les décisions judiciaires d'une façon différente que dans un domaine relevant du droit civil. Bien entendu, la pratique du droit est plus complexe. En effet, le droit québécois se caractérise par une interaction constante et subtile entre les traditions de droit civil et de *common law*. C'est donc selon cette perspective particulière que mériterait d'être étudiée la méthodologie juridique québécoise.

⁴¹ Pour être rigoureux, il faudrait préciser que la *common law* forme le droit commun sur lequel se superpose le droit statutaire. Si le droit statutaire est abrogé, la *common law* « renaît ». Par contre, cette théorie de la « survie » de la *common law* a déjà été contredite par la Cour suprême du Canada, voir : *Seaboyer c. La Reine*, [1991] 2 R.C.S. 577.

principalement lorsque les tribunaux se prononçaient sur des questions pour lesquelles les précédents jurisprudentiels constituaient le droit substantiel, l'importance des *statutes* étant limitée ou nulle⁴². Il s'agissait là d'exemples qui sont réellement représentatifs d'une méthode canadienne, dans la mesure où le juriste doit régler le cas qui lui est soumis en s'appuyant principalement sur des décisions judiciaires⁴³.

§ 3 - Le plan

La présente étude comparative a pour objet de traiter des règles prétorienne et des méthodes qui les encadrent. Cependant, et tel qu'il a été mentionné plus haut, une telle recherche ne sera utile que si elle s'accompagne d'une mise en contexte du phénomène observé. Il convient donc d'envisager préalablement comment la règle de droit prétorienne *apparaît* aux yeux des juristes français et canadiens (1^{re} partie). D'un traitement plus évasif, cette partie s'avère néanmoins nécessaire en ce qu'elle cherche à comprendre comment les juristes ont rationalisé la chose jurisprudentielle. Dans la mesure où la reconnaissance du pouvoir normatif des juges est un phénomène relativement récent, cette explication doit être abordée sous sa dimension historique. Elle doit comporter également un volet conceptuel, car il est important de clarifier le sens particulier que prend la règle prétorienne à l'intérieur de chaque système juridique : pour les uns, sa nature est liée à une formulation marquée par un haut degré de généralité tandis que, pour les autres, elle demeure enfermée dans un tissu factuel dans lequel et pour lequel elle a été émise⁴⁴. C'est donc à la suite de cette présentation historique et

⁴² Il serait peut-être plus simple et plus précis d'employer l'expression « questions de droit relevant de la *common law* », plutôt que de parler en terme de « domaines ».

⁴³ Néanmoins, il convient de préciser que ce choix méthodologique implique que les exemples puissent provenir de domaines différents. Les *common law rules* canadiennes régissent des domaines aussi variés que le droit probatoire pénal, le droit de la responsabilité civile, les règles d'interprétation des lois, etc., alors que le droit civil français, contenu dans le Code civil, contient une masse de règles substantielles dont l'objet principal est de régir les relations des personnes entre elles (le Code civil contient : un titre préliminaire « De la publication, des effets, et de l'application des lois en général », et trois livres : « Des personnes », « Des biens et des différentes modifications de la propriété » et « Des différentes manières dont on acquiert la propriété »).

⁴⁴ Aussi, la notion de « règle » sera entendue ici d'une façon purement formelle. Les critères de juridicité classiques, tels la « sanction » ou l'« obligatorité », la « généralité » ou la « validité » de la règle seront présentés comme des caractéristiques secondes. Pour une présentation de la conception formelle de la règle, voir : Paul AMSELEK, « Norme et loi », (1980) 25 *A.P.D.* 89.

conceptuelle que pourra être envisagée la question de l'application de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule* (II^e partie).

PREMIÈRE PARTIE

Apparition de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule*

Quotidiennement, les juristes canadiens et français *trouvent* des règles dans les arrêts et même si la chose n'est pas toujours explicitement reconnue, ils agissent comme si le produit de l'activité judiciaire fournissait des points de repère incontournables dans l'horizon du droit. Pour les désigner, les communautés juridiques ont élaboré une série d'expressions qui dénotent un apport normatif des juges. Par exemple, l'observateur trouvera les termes « règle jurisprudentielle », « jurisprudence constante » et « arrêt de principe » dans les ateliers de production du droit français et leur équivalent « common law rule », « judge-made law » et même « rule of jurisprudence » chez leurs homologues canadiens. Or chaque expression désigne une certaine réalité qui dépend à la fois de la compréhension de la « règle » et de sa source, la jurisprudence ou la *common law*, dans chacun des systèmes. Par conséquent, afin d'atteindre la réalité juridique étrangère et pour en rendre compte, un effort de conceptualisation est nécessaire.

En retour, la description la *common law rule* et de la règle jurisprudentielle ne saurait précéder un autre aspect de la question, celui de la raison de leur émergence dans les deux systèmes juridiques. Cette nécessité provient du fait que les termes à l'étude désignent une *chose* dont la qualité normative a graduellement été reconnue par les juristes. En fait, s'il n'était pas devenu banal, le phénomène devrait encore étonner : c'est en dehors de toute habilitation que l'opinion du juge se transforme en règle de droit. L'apparition des expressions étudiées implique que la communauté a adopté une conception normative de la fonction du juge sans même que le législateur ou le pouvoir constituant ne les y invite ! Et, pour comprendre ce phénomène, on a cru utile d'envisager l'évolution qu'a pu subir les modes de représentation de l'oeuvre des juges dans le discours des juristes.

Par conséquent, avant de présenter la règle jurisprudentielle et la *common law rule* (Titre II), il est essentiel de s'interroger sur la transition qu'a pu subir la représentation de la fonction des juges dans chacun des systèmes juridiques (Titre I).

Titre I – Représentation de la jurisprudence et de la *common law*

Il est difficile de déterminer les raisons qui expliquent la disparition ou l'apparition des expressions en droit. Certaines ont la malchance d'être liées à une théorie dépassée, et l'abandon de celle-ci entraîne l'oubli de celles-là. D'autres semblent fortement ancrées dans l'histoire du droit, mais leur signification évolue au fil des siècles; c'est le cas notamment des expressions « jurisprudence », « common law » et « règle ».

La première désignait la science du droit. L'expression a une portée symbolique car, selon le professeur Zenati, « [l]e contenu que l'on met dans le mot jurisprudence à une époque déterminée est riche d'enseignement : il exprime une certaine conception de l'ordre juridique »⁴⁵. Dans les pays de *common law*, les juristes ont généralement maintenu son acception traditionnelle en désignant des ouvrages d'introduction ou de théorie du droit comme étant des traités de *Jurisprudence*. En droit français, la doctrine utilise ce terme pour désigner l'ensemble ou un sous-ensemble des décisions de justice. On ne fait plus que très rarement référence à cette expression pour désigner la science du droit et il arrive que des juristes rattachent, parfois avec dédain, la « jurisprudence » à une conception moraliste du droit⁴⁶.

La deuxième a connu une évolution similaire à la première en ce qu'elle désignait, à l'origine, un bassin de coutumes, de pratiques et de maximes dont on présumait l'existence, sans qu'elles soient nécessairement posées par une autorité. Selon la théorie déclaratoire, le juge devait découvrir la *common law* qui préexistait à sa décision, ce qui connote une conception métaphysique du droit. Aujourd'hui, ce *conte de fées*⁴⁷ n'est guère défendu : les

⁴⁵ Frédéric ZENATI, *La jurisprudence*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1991, p. 81. Sur l'évolution de l'expression « jurisprudence » dans le vocabulaire juridique allemand, français et anglais, voir : Christophe GRZEGORCZYK, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », (1985) 30 *A.P.D.* 35.

⁴⁶ J. BRETHER DE LA GRESSAYE et M. LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, à la p. 253 : « En premier lieu, écartons un sens ancien, mais que l'on trouve encore sous la plume des moralistes ou de sociologues, d'après lequel la jurisprudence serait la science pratique du droit, l'art d'appliquer la loi... »; cependant : Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1992, p. 682, n. 225.

⁴⁷ Lord REID, « The Judge as Law Maker », (1973) XII *J.S.P.T.L.* 22, à la p. 22 : « [t]hose with a taste for fairy tales seem to have thought that in some Aladdin's cave there is hidden the Common Law in all its splendour

juges de tradition juridique anglo-saxonne ont largement récusé cette conceptualisation du rôle du juge et du droit pour admettre la part créative de leur activité.

La dernière est présente dans les deux systèmes de droit étudiés et les variations sémantiques qu'elle a pu subir ont été moins prononcées. Dans chacun des systèmes, la règle constitue l'outil abstrait du juriste qui lui permet de *mesurer* et de guider les conduites humaines. Néanmoins, la place qu'on lui a accordée en droit a pu, quant à elle, varier profondément selon les époques et selon les conceptions dominantes du droit. Également, l'exemple de la « règle de droit » et de la *legal rule*, souvent repris par René David⁴⁸, illustre la différente perception de ce qui, pour les juristes, correspond à un outil de direction des conduites humaines : les mêmes mots peuvent désigner des réalités différentes.

En tout état de cause, apposer le qualificatif *jurisprudentielle* ou *common law* à la chose « règle » constitue un pas dans une certaine direction. Il ne suffit pas d'écrire : « [qu']il faut se trouver dans un système où le droit est créé par la loi pour mettre en doute cette évidence dans nul autre système contestée que celui qui dit le droit crée des règles de droit »⁴⁹. Car c'est déjà trahir l'oeuvre du juge, c'est procéder au moyen d'une conception *aprioriste* de son oeuvre : l'affirmation selon laquelle les juges sont à la source de règles est déjà une forme de *représentation* ou d'*interprétation* des décisions judiciaires. Pour cette raison, il est justifié de tenter de dégager la *représentation* de l'oeuvre des juges dans les discours juridiques en droit français (Chapitre I) et en droit canadien (Chapitre II).

and that on the judges appointment there descends on him knowledge of the perfect words Open Sesame. [...] But we don't believe in fairy tales any more. »

⁴⁸ Voir, René DAVID, *Le droit français* [:] *Les données fondamentales du droit français*, t. 1, coll. « Les systèmes de droit contemporain », Paris, L.G.D.J., 1960, p. 67; René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1992, p. 292.

⁴⁹ F. ZENATI, *op. cit.*, note 45, p. 4.

Chapitre I – Représentation de la *jurisprudence* en droit français

La controverse doctrinale entretenue à propos du statut de la jurisprudence en droit privé contemporain fournit un terrain d'observation fertile en réflexions. Depuis que Bartin a lancé le débat en 1892⁵⁰, les juristes français, surtout de droit privé, ont vu dans cette discussion l'occasion de faire des observations liées à la philosophie, à la théorie générale du droit, à la politique et à la psychologie ! C'est au milieu de ce discours que l'on a trouvé, pour la première fois, l'expression « règle jurisprudentielle ». Aujourd'hui, celle-ci est largement utilisée par les juristes, mais peu d'entre eux ont véritablement saisi l'occasion d'en cerner le sens⁵¹. Parce qu'elle est *règle*, ils semblent la connaître déjà⁵².

Outre les interrogations liées au contenu que peut prendre la notion de « règle jurisprudentielle »⁵³, il est apparu utile d'envisager la question de sa raison d'être en droit français : pourquoi, à une certaine époque, les juristes français ont eu recours à cette expression pour désigner un certain type de production jurisprudentielle ? Quel est le contexte théorique qui a permis ou justifié l'émergence de cette *chose* en droit français ? Ces questions soulignent la pertinence de procéder à l'analyse de l'évolution de la perception doctrinale de l'oeuvre judiciaire, la jurisprudence.

⁵⁰ BARTIN, *Études sur le régime dotal*, Travaux et mémoires de la Faculté de Lille, T. 2, Mémoire n° 7, 1892, tel que cité par François Génay, dans *Méthodes et sources en droit privé positif*, t. II, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, p. 41 et par Dominique Delon, dans sa thèse *La jurisprudence source de droit*, thèse, Paris II, 1980, p. 16, n. (1). Mais il revient probablement à Génay d'avoir engagé véritablement la discussion sur le statut de la jurisprudence, voir : Evelyne PORT-LEVET-SERVERIN, *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé*, thèse, Lyon, 1983; Evelyne SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé - Théorie d'une pratique*, coll. « Critique du droit », Lyon, P.U.L., 1985, p. 145. Nous ferons référence à la version publiée de la thèse de M^{me} Serverin.

⁵¹ Voir, toutefois, l'étude approfondie d'André Hervieu : André HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », (1989) 2 *R.R.J.* 257.

⁵² E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, aux pp. 198 et s. L'auteure souligne « [que] ces débats doctrinaux ont laissé de côté un point essentiel, qui est celui de la *nature* des opérations de découverte des règles [...] [or] il est clair que toutes ces règles, prétendument "trouvées" par le juriste à la simple lecture des arrêts, sont en réalité le produit d'une "reconstitution", tendant à transformer une série d'énoncés complexes, liés à une situation particulière, en énoncés normatifs, reliés entre eux pour former des "théories" à caractère doctrinal ». Le traitement de la jurisprudence par la doctrine met au jour l'aspect *créatif* de la description du droit positif, car « [t]oute description des décisions législatives ou jurisprudentielles est nécessairement une recreation, une interprétation, une traduction » : C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1985, p. 156, voir aussi, p. 84.

Si l'étude de la perception du rôle des juges chez les juristes semble s'imposer, c'est parce qu'il paraît indéniable que celle-ci a changé au cours des deux derniers siècles. Il suffit, pour s'en convaincre, de confronter ce qu'a écrit le professeur Malaurie au sujet de l'autorité accordée à une décision de la Cour de cassation (« [à] l'appui d'une opinion doctrinale, la référence à un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation, a le même poids que la référence à un texte »⁵⁴) à l'opinion de Delvincourt sur le même sujet⁵⁵.

La difficulté posée par ce type de recherche consiste à déterminer une façon de rendre compte de la perception doctrinale de la jurisprudence. Confrontée à cette même question, M^{me} Bauthier a interrogé ce qu'elle dit être « une source représentative à une période bien précise (le XIX^e siècle) de l'histoire du droit français et belge »⁵⁶ : il s'agit des préfaces de recueils de jurisprudence. Bien qu'on ne peut qu'être d'accord, en principe, avec le choix méthodologique de situer des sources documentaires qui puissent être *représentatives* des époques étudiées, il est également utile d'aborder les contextes théoriques et institutionnels qui entretiennent un rapport étroit avec la jurisprudence. D'une part, il conviendrait d'aborder également les théories qui, n'ayant pas la jurisprudence pour objet principal, semblent intrinsèquement liées à une conception du rôle du juge et sont susceptibles de refléter la valeur accordée aux décisions judiciaires. L'on peut donner pour exemple les théories de l'interprétation dans le droit et l'autorité qu'elles accordent aux arrêts dans la détermination du sens des lois. D'autre part, les conceptualisations doctrinales s'élaborent généralement à partir d'observations du fonctionnement des institutions judiciaires, il serait donc déformant de ne pas aborder ce contexte institutionnel. À ce titre, l'exemple le plus important est celui de la Cour de cassation qui a connu plusieurs *rôles et fonctions* en vertu des lois françaises, et les théories doctrinales

⁵³ Que nous étudierons dans le Titre II.

⁵⁴ Philippe MALAURIE, « Rapport français », dans *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'Association Henri-Capitant, t.xxxi, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 83, à la p. 87.

⁵⁵ DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, t. 1, Paris, 1824, à la p. vi : « je ne pense pas, non plus, qu'il suffise, comme cela a lieu dans quelques ouvrages, de donner la date d'un arrêt pour toute réponse à une question. Je regarde un arrêt rendu sur un point de droit, comme une autorité très-respectable; et je suis très-satisfait, quand, après avoir établi un principe, ou donné une solution, je puis l'appuyer du suffrage de quelque Cour, et surtout de la Cour de Cassation. Mais comme il est une autorité à laquelle tout doit céder, celle de la loi et de la raison, je ne balance pas à combattre les décisions qui me paroissent contraires aux dispositions de la loi, bien entendues et bien interprétées. »

ont su épouser ces fluctuations législatives⁵⁷. Ainsi, à l'analyse des textes doctrinaux ayant la jurisprudence pour objet s'ajoutera l'étude des contextes théoriques et institutionnels dans lesquels ils s'inscrivent.

Même si l'approche retenue est diachronique, cela n'implique pas nécessairement qu'il existe une césure historique dans la représentation de la jurisprudence en droit français. Ainsi, c'est sans prétendre diviser l'histoire de la doctrine de droit privé en époques étanches que cette étude repose sur une division dont le point de départ est l'avènement du Code civil⁵⁸. Une première période a connu le passage de la « jurisprudence des arrêts » à la règle jurisprudentielle (Section 1), qui s'étend de 1804 jusqu'à la fin du XIX^e⁵⁹, et une seconde a été dominée par une discussion sur le statut de la jurisprudence en tant que source du droit (Section 2).

Section 1 - De la jurisprudence des arrêts à la règle jurisprudentielle

Dans l'ancien droit, les Cours souveraines pouvaient prétendre formuler des règles formelles de droit⁶⁰, car avec les arrêts de règlements, les Parlements pouvaient *faire* leur droit

⁵⁶ Régine BAUTHIER, « Jurisprudence et histoire du droit », (1993) 4 *R.R.J.* 1279, à la p. 1282.

⁵⁷ Une réforme récente a été celle de la saisine pour avis de la Cour de cassation, prévue par la loi du 15 mai 1991. Le professeur Zenati a décrit l'interaction entre une telle réforme et la conception de la jurisprudence : « La loi du 15 mai 1991 [...] investit [la Cour de cassation] d'une forme inédite d'intervention qui conduit à repenser le système français des sources du droit et qui, à terme, peut bouleverser le mode d'élaboration de la jurisprudence » : Frédéric ZENATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992.59.247.

⁵⁸ Il existe plusieurs divisions de l'histoire du droit privé français après 1804. Nous avons préféré diviser notre propos selon que les juristes discutaient ou non la question de la jurisprudence à titre de source de droit. Une première période pourrait s'établir de l'avènement du Code civil jusqu'aux années 1890 et une seconde, de 1890 à nos jours.

⁵⁹ Afin d'alléger le texte, nous utiliserons l'expression générique « auteurs ou juristes du XIX^e siècle » pour englober ce premier groupe. Si nous avons à être plus précis, nous aurions pu distinguer les auteurs qui, ayant connu le droit sous l'Ancien Régime, ont écrit les premiers commentaires du Code (Toullier, Proudhon, Delvincourt), pour ensuite les distinguer de ceux qui sont *nés* avec le Code (Marcadé, Demante, Troplong, Duranton, Aubry et Rau, Demolombe), pour enfin analyser séparément ceux qui ont examiné plus en détail la jurisprudence (Labbé, Beudant, Bufnoir). Voir, à ce sujet : Philippe RÉMY, « Éloge de l'Exégèse », (1985) 1 *Droits* 115. Mais notre propos, pour qu'il puisse avoir un certain intérêt comparatif, doit tenter d'effectuer une synthèse des idées dominantes. Il convient néanmoins de préciser que les réflexions les plus riches à propos de la jurisprudence ont été écrites après 1830.

⁶⁰ P.-C. TIMBAL et A. CASTALDO, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 8^e éd., Paris,

local dans les domaines qui leurs étaient réservés. De même, il était reconnu que la jurisprudence constante bénéficiait d'un grand prestige auprès des praticiens et avait un effet similaire à celui que l'on connaît aujourd'hui⁶¹. Avec l'arrivée du Code civil, par contre, le droit privé local fut remplacé par le droit législatif national, ce qui provoqua, pendant un moment et pour des raisons diverses, un déclin de l'intérêt porté à la jurisprudence, que ce soit à l'École ou au Palais.

Selon Édouard Meynial, au lendemain de la codification, les praticiens avaient gardé leurs vieux réflexes en ramenant les nouvelles dispositions aux coutumes ou au droit romain⁶². Par conséquent, l'intégration des préceptes du Code civil dans la pratique s'est effectuée plus lentement que chez les commentateurs, ce qui ne pouvait que réduire l'intérêt des arrêts récents portant sur le nouveau code⁶³. De plus, ils auraient gardé une certaine méfiance sur la valeur et l'exactitude des recueils d'arrêts⁶⁴. Chez les juristes, l'effort s'est dirigé principalement vers l'exposé et la compréhension de la codification récente du droit, mettant temporairement de côté l'étude du phénomène jurisprudentiel⁶⁵. On a reproché à la doctrine d'avoir maintenu une conception légaliste du droit selon laquelle : « le droit est entièrement contenu dans la loi écrite

Dalloz, 1990, aux par. 642 et s. Au par. 641, les auteurs décrivent en ces termes les particularités des Cours souveraines : « [elles] sont les juridictions placées au sommet de la hiérarchie des tribunaux royaux, dont les arrêts ne sont pas susceptibles d'être réformés par voie de l'appel; parmi elles, les parlements doivent retenir particulièrement l'attention, à cause de l'importance de leur jurisprudence et de leur participation à la fonction législative ».

⁶¹ P.-C. TIMBAL et A. CASTALDO, *op. cit.*, note 60, au par. 642.

⁶² Édouard MEYNIAL, « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes », dans *Le Code civil - 1804- 1904 - Livre du centenaire*, t. 1, Paris, Rousseau, 1904, p. 175, à la page 183 : « Loin de chercher à les interpréter (les nouveaux textes) en eux-mêmes et pour eux-mêmes, avec le secours que leurs offraient quelques nouvelles espèces déjà résolues par les tribunaux, ils préféreraient souvent ne prendre au Code civil que ce qu'il contenait de conforme à leurs anciens usages. »

⁶³ Ed. MEYNIAL, *op. cit.*, note 63, p. 183 : « On aurait grand tort de croire qu'elle (la pratique) ait accueilli immédiatement et avec toutes ses suites logiques et doctrinales la nouvelle législation civile à laquelle le Code venait de la soumettre ». À la page 184, l'auteur attribue le faible poids attribué aux précédents à l'arrivée d'émigrés formés sous l'Ancien Régime qui occupèrent des postes hiérarchiquement élevés dans la magistrature française, après la Restauration. Par conséquent, « [i] fallut les servir à leur gré, remonter de nouveau aux autorités de l'Ancien Régime, citer le *Corpus* de Justinien, de préférence au Code civil, ou justifier le Code civil par l'ancienne coutume de Paris : tous procédés qui n'accroissaient pas l'autorité des décisions jurisprudentielles récentes, rendues sous l'inspiration d'hommes qu'on avait souvent exilés et en application de textes qu'on aimait à négliger si on osait pas les abroger. »

⁶⁴ Ed. MEYNIAL, *op. cit.*, note 63, p. 183. L'auteur cite les plaidoyers de Dupin, voir *infra*, note 144.

⁶⁵ Cependant, certains auteurs se démarquent pas leur intérêts éclectiques, voir : Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1996, aux pp. 70 et s.

[et que] le juriste doit seulement l'en extraire en recherchant la volonté du législateur»⁶⁶. Ledru-Rollin a même pu se plaindre que certains théoriciens avaient une attitude chargée de dédain vis-à-vis des décisions judiciaires⁶⁷. Il n'est donc pas étonnant que la doctrine n'ait pas posé directement le *problème* de l'effet normatif de la jurisprudence en droit⁶⁸.

Malgré ce désintérêt apparent pour la chose jurisprudentielle, qui ne s'est guère maintenu dans la seconde moitié du XIX^e siècle, les juristes ont posé les fondements méthodologiques et créé les outils de travail qui, plus tard, prépareront l'arrivée de la *grande période prétorienne*⁶⁹ à qui l'on doit d'importantes créations jurisprudentielles. C'est donc par l'analyse des théories défendues au siècle dernier qu'il convient d'entreprendre l'étude de la représentation doctrinale de la jurisprudence. Deux aspects seront abordés⁷⁰. L'un est plus directement terminologique et méthodologique. Il consiste à étudier la perception doctrinale de la *jurisprudence* en tentant de situer le sens que pouvait prendre cette expression pour ensuite évoquer la méthodologie qui lui était associée⁷¹ (§ 1). L'autre se situe à l'extérieur de notre

Par contre, il existe peu d'ouvrages consacrés à la jurisprudence ou à l'autorité judiciaire, voir : H. de PANSEY, *De l'autorité judiciaire* (2 vol. 1820, 2^e éd.); PONCET, *Traité des jugements* (1822).

⁶⁶ Ce qui, selon les professeurs Ghestin et Goubeaux, constitue les deux postulats qui caractérisent les « traits essentiels » de l'École de l'exégèse : Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, avec le concours de Murielle FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil - Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 108; Eugène GAUDEMET, *L'interprétation du code civil en France depuis 1804*, Paris, Sirey, 1935, p. 8.

⁶⁷ LEDRU-ROLLIN, « Coup d'oeil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », *Journal du Palais*, t. 1, 3^e éd., Paris, 1837, p. ix; « Préface », *Recueil général des lois et des arrêts*, revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE, 1^{re} série (1791-1830), 1^{er} vol. (1791-an XII), Paris, 1840, à la page v (la préface est attribuée à Devilleneuve).

⁶⁸ Du moins, jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Une exception ? François Gény, dans *op. cit.*, note 50, t. 1, aux pp. 24-25, n. 10, rappelle l'existence d'un mémoire écrit en 1841 par Blondeau, sur « l'Autorité de la loi : De quelle source doivent découler aujourd'hui toutes les décisions juridiques » et Gény écrit, à son sujet : « Il exclut ainsi ce qu'il appelle "les fausses sources de décision, que l'on a si souvent substituées à la volonté du législateur", parmi lesquelles, il cite : les précédents ou autorités, les usages non expressément consacrés par la loi, le sentiment de l'équité ».

⁶⁹ À propos de la *grande période prétorienne* (1870 à 1940), voir : Christian ATIAS, *Le droit civil*, Coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 1984, aux pp. 17 et s. Le professeur Atias a déjà fait état de la « contradiction qu'il y a à saluer les audaces de juges qui auraient été formés par ces disciples de l'École de l'exégèse décrits comme excessivement respectueux du Code » (*Id.*, p. 18).

⁷⁰ Le présent propos ne peut pas prétendre traduire l'éventail des opinions sur le rôle et la fonction de la jurisprudence. De plus, sur le plan de la pratique, on ne peut inférer les conclusions qui suivent qu'à partir de remarques faites par les auteurs (qui avaient parfois une bonne connaissance de la pratique en tant qu'avocats ou magistrats, comme Marcadé, Troplong, Dupin et Paul Pont); c'est pourquoi cette étude ne s'engagera pas sur la question de l'utilisation de la jurisprudence et de la valeur qui lui était accordée chez les praticiens.

⁷¹ Ont été interrogés les préfaces des commentaires du Code civil et des recueils de jurisprudence, les commentaires portant sur le livre préliminaire du Code civil (surtout ceux concernant les articles 4 et 5) et les articles de revues françaises.

sujet, il lui est néanmoins suffisamment lié pour en favoriser la compréhension. Il s'agit des théories qui abordent l'interprétation des lois⁷². Ce sont elles qui donneront aux juges les *moyens* pour que naisse une jurisprudence⁷³. Aussi, sera évoquée la perception doctrinale de la Cour de cassation qui, par sa supériorité hiérarchique et son statut institutionnel ambivalent, semble avoir exercé un rôle particulier en droit français (§ 2).

§ 1 - La jurisprudence et ses méthodes

Comme cela a été écrit plus haut, l'expression « jurisprudence » a connu, dans le vocabulaire juridique français, une transition au cours du XIX^e siècle. Les juristes évoquaient généralement cette notion au début de leur ouvrage sur le Code civil⁷⁴, à l'intérieur de la préface. Ils y indiquaient le double sens que pouvait prendre la *jurisprudence* en droit (A) et soulignaient les problèmes méthodologiques qu'elle soulevait (B).

A. La jurisprudence en question

La jurisprudence, c'est, tout d'abord, la connaissance du droit appliqué⁷⁵, la science des lois⁷⁶ dans leur application ou, chez Duranton, l'*art* d'appliquer les lois⁷⁷. Les définitions

⁷² Il faut mentionner toutefois qu'on a reproché aux auteurs de ne pas toujours respecter la méthode qu'ils disaient appliquer, notamment dans les préfaces des commentaires ou des traités sur le Code civil où ils affichent un respect de la loi : J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 65, p. 80 : « La méthode même des exégètes n'apparaît pas aussi respectueuse du texte de la loi que laissent entendre des préfaces souvent trompeuses » ; P. RÉMY, *loc. cit.*, note 59, à la p. 259. Pour une analyse approfondie et critique de la *méthode juridique traditionnelle*, voir : F. GÉNY, *op. cit.*, note 50.

⁷³ C'est, semble-t-il, une des voies les plus fécondes pour la création du droit par le juge. « L'interprétation judiciaire de la loi apporte à celle-ci un important complément par lequel se réalise essentiellement l'oeuvre créatrice et normative de la jurisprudence » : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 66, à la p. 373 :

⁷⁴ Mis à part, le livre de Henrion de Pansey, *op. cit.*, note 65, sur le pouvoir judiciaire, aucune autre oeuvre traitant directement de la jurisprudence n'a été trouvée.

⁷⁵ K.-S. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, traduit par G. MASSÉ et Ch. VERGÉ, t. 1, Paris, Durand, 1854, aux pp. 3-4.

⁷⁶ TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code, ouvrage dans lequel on a réuni la théorie à la pratique*, 2^e éd., t. 1, Bruxelles, 1845, à la p. 1, à la p. 26, par. 100 : « [L]a connaissance des lois, celle des obligations, des devoirs et des droits qui en dérivent, de la manière d'acquérir ces droits, de les conserver ou de les perdre, enfin de contraindre les autres à remplir leurs devoirs : voilà toute la jurisprudence ». C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon - Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en*

gravitent autour de la conception du droit de l'auteur et connotent généralement l'application de celui-ci. Mais la plupart des commentateurs précisent qu'à cette époque, le sens premier de la jurisprudence, celui qui vient d'être évoqué, était déjà passablement vieilli.

Marcadé, par exemple, mentionne qu'une double acception de l'expression « jurisprudence » existait à son époque, mais que la seconde « [...] donne la signification propre que ce mot a en France. Il signifie *l'habitude prise par les tribunaux d'interpréter et d'appliquer la loi dans tel ou tel sens plutôt que dans tel autre*, ou bien le résultat de cette habitude c'est-à-dire *l'uniformité de plusieurs décisions successives sur des questions semblable* »⁷⁸. Définition que l'on trouve aussi chez Aubry et Rau : « [I]'ensemble des solutions plus ou moins concordantes, données par les cours et tribunaux aux questions de droit que soulèvent les affaires qui leur sont soumises, constitue ce que l'on appelle, *hoc sensu*, la jurisprudence »⁷⁹.

général, 4^e éd., Paris, Imp. gén., 1869, à la p. 12, où il explique le sens variable que peut prendre le mot « droit », celui-ci « s'applique à la science des lois, c'est-à-dire à cet ensemble de règles doctrinales, fondées sur les textes, sur la jurisprudence, sur les écrits des jurisconsultes, sur tous ces éléments enfin, dont l'ordre et l'enchaînement constituent la théorie scientifique du droit. Dans ce dernier sens, on l'emploie comme synonyme de jurisprudence ».

⁷⁷ DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, t. 1, Paris, G. Thorel, 1844, à la p. 8 : « De la science du Droit dérive la Jurisprudence, du moins dans son acception primitive[] », mais l'application du droit n'est pas une science, car « [I]art consiste à faire l'application de ces vérités [premières de toutes sciences]. Celles qui constituent la science du Droit demandent fréquemment à être appliquées. Il faut, pour le faire avec succès, de la prudence, du discernement et de l'habileté ; et c'est cette application de vérités de la science du Droit qui forme ce qu'on appelle la Jurisprudence » ; PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, 3^e éd. par VALETTE, t. 1, Dijon, 1842, à la p. 13 (version de 1810 non modifiée sur cette question).

⁷⁸ V.-N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7^e éd., t. 1, Paris, Delamotte et fils, 1873, aux pp. 26-27. Voir aussi : DURANTON, *op. cit.*, note 77, à la p. 8 : « dans une acception plus moderne, on entend aussi par *jurisprudence*, les décisions des tribunaux rendues plus ou moins uniformément dans le même sens, sur un point de droit, sur un cas qui s'est présenté » ; DUPIN, *Opuscules de jurisprudence*, Paris, Auguste Durand, 1851, à la p. 482 : « (la jurisprudence) dans son acception primitive, et tel qu'il est employé dans les lois romaines, signifie la connaissance du droit, *prudentia juris*. Nous l'employons encore en ce sens. Mais par un caprice de la langue, il est arrivé chez nous le mot *jurisprudence* [...] est devenu spécial au point de ne plus guère désigner que l'usage où l'on est dans les tribunaux de juger de telle ou telle question de telle ou telle manière. » ; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 76, p. 13.

⁷⁹ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. 1, Paris, 1869, à la p. 128 ; K.-S. ZACHARIAE, *op. cit.*, note 75, aux pp. 3-4 : « [d]ans un sens moins général et plus usuel, on entend par jurisprudence l'habitude de juger une question de la même manière ; une suite de jugements semblables dont la réunion fait autorité sur un point douteux, en expliquant la loi ou en y suppléant. Cette jurisprudence tient une grande place dans l'étude du droit. »

On trouve dans les définitions d'Aubry et Rau, de Marcadé et de plusieurs autres auteurs⁸⁰ les éléments qui semblent constituer la *jurisprudence* :

- 1) une habitude judiciaire ou une répétition de décisions judiciaires⁸¹;
- 2) qui portent sur une interprétation ou sur une application de la loi; les auteurs évoquent souvent la notion de « question » ou de « point » de droit⁸².

Il ne se dégage pas encore de critère hiérarchique précis dans les définitions étudiées, sinon que les arrêts de la Cour de cassation jouissent d'une grande autorité⁸³. Les juristes ne font généralement pas dépendre, par contre, l'existence d'une jurisprudence de son acceptation par la Cour de cassation⁸⁴.

Sur le plan terminologique, les juristes du XIX^e siècle utilisent l'expression « jurisprudence constante »⁸⁵ ou des formules analogues à titre, la plupart du temps, de synonymes de la *jurisprudence*. M^{me} Bauthier a relevé l'utilisation des termes « arrêts d'espèce » et d'« arrêts de principe ou doctrinaux » dans quelques recueils de jurisprudence⁸⁶. Les premiers « doivent être écartés[, car] ce sont ceux “dont la question de droit disparaît entièrement noyée au milieu d'une foule de circonstances accessoires qu'on ne peut espérer voir se reproduire [...] [ou] qui ne laissent apercevoir qu'une simple appréciation de faits ou une pure question de bonne foi ou d'équité décidée par les juges [...] d'après les inspirations de la conscience” »⁸⁷. Les seconds, « jugent franchement de véritables questions de droit »⁸⁸ ou « consacrent des principes généraux »⁸⁹.

⁸⁰ MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 11^e éd. par DEMANGEAT, t. 1, Paris, Garnier, 1880, p. 4 : « [I]a jurisprudence est la connaissance acquise du droit [...] Mais aujourd'hui [...] on l'emploie pour indiquer l'habitude prise par un tribunal ou par plusieurs tribunaux d'interpréter et appliquer la loi d'une certaine manière »; K.-S. ZACHARIAE, *op. cit.*, note 75, aux pp. 3-4; DUPIN, *op. cit.*, note 78, à la p. 482.

⁸¹ K.-S. ZACHARIAE, *op. cit.*, note 75, aux pp. 3-4 (ajouts de Massé et Vergé) : « [p]lus d'ailleurs elle est constante, plus elle a d'autorité; mais si un seul arrêt ne suffit pas d'ordinaire pour fonder une jurisprudence sur une question [...] il n'est pas nécessaire non plus que la chose ait été toujours et perpétuellement jugée dans le même sens. »

⁸² Ces expressions étaient utilisées dans le cadre de la procédure civile : *loi du 16-24 août 1790*, art. 15 du titre 5 (« questions de faits et de droit »); l'art. 142 du Code de procédure, maintenant abrogé (« points de fait ou de droit »).

⁸³ Sur la valeur accordée aux arrêts de la Cour de cassation, voir *infra*, le texte correspondant à la note 226.

⁸⁴ Pour une opinion contraire, voir, *infra*, le texte correspondant à la note 233.

⁸⁵ R. BAUTHIER, *loc. cit.*, note 56, p. 1285.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

On trouve également dans les préfaces des recueils de jurisprudence des expressions, comme la « règle de la jurisprudence », dont il est surprenant de constater l'usage. C'est à l'intérieur d'une préface⁹⁰ que l'on apprend que le recueil de décisions judiciaires a pour but « de vulgariser, en les formulant, les règles de la jurisprudence et d'arriver de les faire passer les plus promptement dans la théorie et dans la pratique »⁹¹. Dans un article cette fois, Faustin Hélie fait référence à des « règles de jurisprudence »⁹² et on trouve l'expression « règle de jurisprudence constante » dans le *Dictionnaire Dalloz*⁹³. Ces affirmations sont d'un grand intérêt, car les juristes ne sentent pas le besoin de justifier l'origine de ces règles au regard de l'interdiction formulée par l'article 5 du Code civil. De même, il s'agit peut-être d'un indice qu'il existe une certaine tendance historiquement ancrée chez le juriste français de tirer des « règles » de la « jurisprudence »⁹⁴.

Ainsi, le juriste du XIX^e siècle jongle avec des concepts qui lui permettent de catégoriser les décisions judiciaires. Il semble se dégager trois grands types de productions judiciaires. Il y a d'abord l'arrêt qui ne cadre pas avec le droit, celui qui doit être écarté, c'est-à-dire le *cas d'espèce*. Ensuite, il y a l'arrêt qui formule un principe général, l'*arrêt de principe*. Enfin, il y a la *jurisprudence*, qui englobe une série d'arrêts qui ont un certain dénominateur commun, celui d'avoir tranché une même *question de droit* ou d'avoir confirmé un même *point de droit*. Vraisemblablement, l'expression *règle de jurisprudence*, telle qu'elle est utilisée à cette époque, fait référence à ce dernier type de production judiciaire⁹⁵. Ces expressions

⁸⁸ *Table Tricennale du Recueil Général des Lois et des Arrêts*, Paris, 1834, p. iii, tel que cité dans R. BAUTHIER, *loc. cit.*, note 56, p. 1285.

⁸⁹ Les *Codes annotés* de Sirey, p. 5, tel que cité dans R. BAUTHIER, *loc. cit.*, note 56, p. 1285.

⁹⁰ DEVILLENEUVE (?), « Préface », *Recueil général des lois et des arrêts*, *op. cit.*, note 67, p. vii.

⁹¹ *Ibid.* Ce commentaire est important, car il admet que la règle est *construite* par les auteurs du recueil et qu'elle n'est pas nécessairement intégrée dans la pratique du droit. De plus, il semble tenir pour acquis que la *formulation* de la règle facilite son insertion dans la communauté juridique.

⁹² F. HÉLIE, Préface, (1853) 3 *Rev. crit. de lég. et de jur.* p. vi.

⁹³ A. DALLOZ, *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, t. 5 (suppl.), 2^e éd., Paris, 1841, à la page 2, 2^e col.

⁹⁴ En effet, l'on a reproché aux arrêtistes de l'Ancien Régime d'attribuer l'origine de certaines règles à des arrêts uniques, *infra*, note 136.

⁹⁵ Dans la « Préface » du *Recueil général des lois et des arrêts*, *op. cit.*, note 67, à la page viii, on affirme que : « [t]outes les fois qu'une même question, aujourd'hui hors de controverse, a été jugée dans le même sens

paraissent particulièrement riches de sens, dans la mesure où elles peuvent traduire un jugement de valeur, comme l'appellation d'arrêt d'*espèce* ou de *principe*. Aussi, elles sont utiles, en ce qu'elles constituent des outils de classification des décisions judiciaires. Le processus d'abstraction de la décision judiciaire n'est pas explicité cependant, les juristes ne précisent pas *comment* l'on retire ces *points* ou ces *questions* à partir des arrêts⁹⁶, et le procédé de *sélection* des arrêts est rarement évoqué. De même, cette catégorisation d'un ensemble d'actes s'effectue sans que ne se manifeste le besoin de faire une théorie quant à leur statut.

En retour, la discussion sur les décisions judiciaires engendre généralement quelques réflexions sur la bonne méthode d'utilisation des arrêts et sur l'importance que devraient leur accorder les juges.

B. La question de la jurisprudence

L'unification du droit français par sa codification a très certainement eu un effet sur la perception du rôle de la jurisprudence. Contrairement à l'opinion de Portalis, le Code est présenté par la doctrine majoritaire comme devant être à la source de toute solution de droit. Sur le plan institutionnel, cette conception se traduit par la présence d'une Cour de cassation, gardienne de la légalité, qui, ayant recours à un contrôle centralisé, empêche la formation d'une jurisprudence locale par les cours d'appel. Voilà pour la théorie, mais la pratique du droit se distingue en ce qu'elle semble avoir créé une forte demande pour cette source d'information. Le XIX^e siècle a connu une industrie florissante de recueils d'arrêts, de répertoires de

par un grand nombre d'arrêts, nous avons rapporté de préférence avec leur texte, ceux qui nous ont paru le plus disertement motivés, en nous bornant à mentionner les autres à leur date, par une simple notice, quelquefois même par un simple renvoi, afin que la règle fixée par cette série de décisions uniformes ne puisse échapper au lecteur » (nos soulignements).

⁹⁶ L'on songe notamment à la difficile distinction entre le fait et le droit. Mais certains passages témoignent d'un réel souci « scientifique » de reconstituer la dimension juridique et factuelle d'un arrêt. Par exemple, dans la « Préface » du *Recueil général des lois et des arrêts*, *op. cit.*, note 90, à la page vii, on peut lire à propos de l'utilité des sommaires : « Nous nous sommes attachés [...] à faire en sorte qu'en les parcourant, le lecteur puisse, à l'instant, reconstruire par abstraction, les points de fait et de droit de la cause, et apercevoir, avec la solution, la raison de douter et la raison de décider ». De plus, quelques auteurs reconnaissent qu'il existe une *réroaction* de l'application de la loi sur son interprétation dans le cadre judiciaire : voir les opinions de Laurent et d'Aubry et Rau, aux notes 79 et 173.

jurisprudence et de codes annotés. Grâce à eux, les décisions judiciaires ont pu former rapidement un corpus systématique d'information sur le droit appliqué et interprété par les tribunaux⁹⁷. C'est qu'avec l'obligation de motiver, véritable acquis de la Révolution⁹⁸, on pouvait dorénavant connaître les raisons *officielles* des décisions judiciaires. Cela permettait aux juristes d'extraire le raisonnement des cours et, ainsi, de l'invoquer à titre d'argument. Or c'est la valeur de ces motifs qui fait l'objet d'une discussion parmi la doctrine.

1. Quelle utilisation de la jurisprudence ?

Pour la doctrine, les « questions » ou les « points » de droit consacrés par une série d'arrêts sont d'un intérêt indéniable. On peut constater que les juristes reconnaissent qu'ils constituent, avant tout, une importante source de connaissance du droit qu'il serait irréaliste d'écarter. Par exemple, chez Demolombe, l'on trouve cette idée que l'oeuvre législative doit être complétée par la doctrine *et* la jurisprudence, puisqu'il existe « sur beaucoup de points, *un dépôt de maximes et de décisions*, un corps de doctrine et de jurisprudence, qui sont devenus, pour ainsi dire, inséparables des dispositions législatives elles-mêmes, en ce sens qu'il n'est plus possible désormais d'ignorer les unes que les autres »⁹⁹. Troplong admet aussi que les recueils de jurisprudence sont des *sources précieuses pour la science* et qu'elles sont les *plus consultées de toutes*¹⁰⁰.

La raison de cet intérêt se trouve peut-être exprimée par Rodière qui rappelle que les tribunaux ont à affronter des questions multiples, sur lesquelles la doctrine ne s'est pas encore penchée. Par conséquent, « [l']ouvrage le plus complet sur une branche particulière du droit,

⁹⁷ Voir E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, p. 85.

⁹⁸ Tony SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », (1955) *R.D.P.* 5, à la p. 93; Loi du 16-24 août 1790 et art. 7 de la Loi du 20 avril 1810.

⁹⁹ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 76, p. iii. Cette opinion est également défendue par Duranton : « Vingt et quelques années de Code civil impriment déjà à notre Jurisprudence, sur un grand nombre de points, un caractère de fixité qui lui donne en quelque sorte la force de la loi écrite » : tel que cité par E. GAUDEMET, *op. cit.*, note 66, p. 33. Pour d'autres extraits des commentaires des exégètes à propos de la jurisprudence, voir le texte fascinant de Christophe JAMIN, « La rupture de l'école et du palais dans le mouvement des idées », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 69, aux pp. 74 et .

¹⁰⁰ TROPLONG, *Le droit civil expliqué - De la vente*, t. 1, Paris, 1834, p. xxviii (nous avons mis en italique). Il ajoute : « si ceux qui concourent à la collection des arrêts étaient bien convaincus de la haute importance que les

indique à peine dix questions sur une matière qui, dans la jurisprudence, en présente mille »¹⁰¹. Connaître un arrêt, c'est prendre connaissance d'un raisonnement effectué à propos d'une situation de fait ou d'une interprétation de la loi. Grâce aux motifs et aux sommaires, le juriste pouvait « reconstruire par abstraction, les points de fait et de droit de la cause, et apercevoir, avec la solution, la raison de douter et la raison de décider »¹⁰².

De plus, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, les tribunaux ont dû affronter des situations *nouvelles* ou non prévues par les codificateurs. Beudant, qui devait commenter le thème d'un concours qui portait sur l'interaction entre la jurisprudence et la vie civile¹⁰³, explique, comme Portalis l'avait fait avant lui d'ailleurs, que « la codification ne pourra jamais être le dernier mot de la perfection législative; [...] C'est que la prévoyance a des bornes ; elle ne peut s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre, et que l'expérience seule révélera chaque jour »¹⁰⁴. Le rôle de la jurisprudence semble alors être celui d'un outil d'adaptation du Code civil pour qu'il puisse répondre aux besoins nouveaux¹⁰⁵. S'inscrit alors une pratique

praticiens et même certains juges attachent à une décision, par cela seul qu'elle est imprimée, ils sentiraient que leur mission est très grave... » (*Ibid.*).

¹⁰¹ RODIÈRE, « Jurisprudence de la Cour de cassation », (1837) 6 *Rev. de lég. et de jur.* 452, à la p. 453. Il explique cette situation : « [c]e n'est que le jeu perpétuel et quelquefois si bizarre des transactions sociales qui fait naître les difficultés, et c'est l'intérêt privé, sorte de microscope que parce qu'il change les proportions des objets, qui en découvre les nombreuses ramifications »; F. HÉLIE, « Bulletin bibliographique », (1841) 13 *Rev. de lég. et de jur.* 488 : « elles (les décisions judiciaires) puisent leur intérêt plutôt dans les faits et les questions qu'elles font connaître, que dans les solutions elles-mêmes; elles servent au droit, non parce qu'elles posent des principes qui peuvent être douteux, mais parce qu'elles lui fournissent des éléments d'appréciation ».

¹⁰² « Préface » du *Recueil général des lois et des arrêts*, *op. cit.*, note 90, à la page vii.

¹⁰³ Dont le thème s'intitulait : « Rechercher et constater, en s'attachant aux principales matières de droit civil, quelle est l'influence qu'ont exercé la marche et le développement de la jurisprudence des arrêts, soit sur l'interprétation du Code Napoléon, soit sur la pratique de la vie civile ».

¹⁰⁴ BEUDANT, *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, t. 9, 1^{ère} série, 1860, p. 529.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 530 : « C'est à la jurisprudence des arrêts particulièrement qu'il faut demander ces éléments mobiles et progressifs des institutions ; c'est en elle que se reflètent le véritable état de l'opinion, l'aspect général de la nation et l'expression de ses besoins [...] Un code n'est et ne peut être qu'un système qui s'adresse aux spéculations de l'esprit; la pratique judiciaire seule, en appliquant les doctrines aux incidents de la vie réelle, en fait une chose vivante... »; SACASE, « Jurisprudence du dix-neuvième siècle », (1885) VI *Rev. crit. de lég. et de jur.* 83, à la page 88 : « [la jurisprudence] est une sorte d'encyclopédie de la société au point de vue du contentieux »; et la réponse d'Ancelet : M. ANCELOT, « Quelques réflexions sur la doctrine et la jurisprudence comparées », (1855) VII *Rev. crit. de lég. et de jur.* 191, à la p. 193 : « [à] elle (la jurisprudence) de venir en aide à la lettre morte de la loi écrite par l'esprit de vie dont elle émane pourtant; à elle de féconder les principes en dégageant de leur sein les mille et mille déductions qu'ils referment; à elle encore de parler quand la loi se tait et comme cette loi aurait probablement parlé dans sa sagesse; à elle encore de donner à cette loi l'interprétation la plus secourable aux intérêts sociaux quand elle manque de la *certitude* qui fait sa *dignité* (Bacon, aph. 8). Mais *corriger* la loi ou par spiritualisme ou par utilitarisme comme un *moyen commode* de

doctrinale destinée à connaître « [l]es *motifs* d'action des tribunaux, dans la perspective clairement posée de rechercher les tendances des tribunaux sur un point donné et d'en prévoir l'évolution »¹⁰⁶ : le commentaire d'arrêt. Cette technique, qui a fait l'objet de nombreuses études¹⁰⁷ et dont on a pu souligner les variantes et les transitions, a permis à la doctrine de se réappropriier le contenu de la décision pour en expliquer la portée.

Mais les juristes refusent généralement de voir dans la jurisprudence autre chose qu'une source d'information précieuse sur le droit¹⁰⁸ : elle n'a jamais de force obligatoire, c'est-à-dire que les tribunaux sont toujours libres de suivre ou non les décisions antérieures quelle que soit leur source¹⁰⁹. On peut citer, pour illustrer cette conception, l'opinion de Demolombe :

[l'interprétation judiciaire] n'a d'effet que pour chacune de ces causes particulières [...] de telle sorte qu'après la cause jugée suivant une certaine interprétation de la loi, un autre tribunal, ou une autre Cour, bien plus, la même Cour, le même tribunal, pourrait immédiatement, dans une autre cause, adopter une autre interprétation.¹¹⁰

Même si les auteurs font état de l'importance de la stabilité dans le droit, le danger à éviter est celui de perpétuer l'*erreur*¹¹¹, phénomène qui est perçu comme étant un mal plus grand et qui impose au juriste de voir les solutions de la jurisprudence comme des points

réaliser le progrès social, n'est-ce pas, en effet, partager, c'est-à-dire usurper la puissance créatrice du législateur ? n'est-ce pas jus dare au lieu de jus dicere suivant les expressions de Bacon (*De Officio judicis*) ? »

¹⁰⁶ E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, p. 111.

¹⁰⁷ E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, p. 107 et s.; Ed. MEYNIAL, *loc. cit.*, note 63, p. 196 et s.; C. JAMIN, « Relire Labbé et ses lecteurs », (1992) 37 *A.P.D.* 247.

¹⁰⁸ M. ANCELOT, *loc. cit.*, note 105, à la p. 197 : « [n]e maudissons pas ces index si secourables au légiste. Défions-nous en toutefois. N'y voyons [...] qu'un instrument de travail, et n'oublions pas que l'esprit humain ne possède rien sans l'avoir conquis par le rude labeur de la réflexion indépendante, c'est-à-dire par la *doctrine* qu'il s'est créée lui-même. »

¹⁰⁹ K.-S. ZACHARIAE, *op. cit.*, note 75, aux pp. 3-4 (ajouts de Massé et Vergé) : « Cependant la jurisprudence n'a aucune force législative et est toujours discutable ». Nous avons toutefois trouvé de témoignages d'applications à regret de la jurisprudence de la Cour de cassation, voir : SÉVIN, « Examen de la Jurisprudence en matière de procédure civile, sur les qualités des jugements et de la manière de les régler », (1859) 15 *Rev. crit. de lég. et de jur.* 97, p. 100 : « ce n'est jamais sans un vif regret que nous nous sommes vu contraint, par respect pour l'autorité imposante de nombreux arrêts, à requérir la cassation de décisions judiciaires, irréprochables dans leur essence [...] »; et il est arrivé que la Cour de cassation casse un arrêt pour une contravention à la jurisprudence antérieure, voir Civ., 12 janvier 1808 : « l'arrêt dénoncé a contrevenu au droit constamment observé dans le ressort du ci-devant Parlement de Paris... », tel que cité par Bernard Beignier, dans « Les arrêts de règlement », (1989) 9 *Droit* 45, à la p. 51, note (19).

¹¹⁰ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 76, p. 131, n. 118.

toujours discutables. Ainsi, c'est généralement en son nom que les juristes admettent que le juge a un devoir de revenir sur ses propres décisions¹¹². C'est, du moins, l'opinion des auteurs Aubry et Rau qui affirment que « quelle que soit l'autorité qui s'y attache, [...] [la décision judiciaire] ne forme jamais une règle juridiquement obligatoire pour les citoyens ou pour les tribunaux [...] [et] [il est du devoir du juge] de ne pas se laisser arrêter par des précédents dont la doctrine ou l'expérience lui aurait démontré l'erreur ou les inconvénients »¹¹³. Dans la préface de la *Jurisprudence générale du Royaume*, l'auteur admet aussi qu'il puisse exister une contradiction entre les arrêts et une vérité théorique, ce qui entraîne un devoir chez l'arrêviste, celui d'en relever les erreurs :

[il] doit, en un mot, appeler la doctrine au secours de la jurisprudence, et proposer les motifs qui lui semblent devoir faire préférer tel système à tel autre, lors même que celui-ci aurait en sa faveur un plus grand nombre [...], car ce n'est pas toujours le nombre des arrêts qui doit prévaloir; il faut les peser plutôt que les compter¹¹⁴ [...] l'arrêviste ne doit-il pas négliger d'apostiller les décisions qui, bien que d'autres arrêts ne soient pas encore venus les contredire, lui paraissent heurter la loi et méconnaître les vrais principes.¹¹⁵

Ce refus de la doctrine de suivre à *l'aveuglette* l'opinion des juges n'a peut-être pas été respecté chez un grand nombre de praticiens¹¹⁶. Par exemple, Laurent les critique vertement parce qu'ils se laisseraient trop influencer par les décisions judiciaires, alors que la doctrine, elle, « pli[e] sous la raison, mais [...] ne pli[e] devant aucune autorité »¹¹⁷. Ainsi, il leur reproche de ne pas respecter le principe voulant que la jurisprudence ne doit être acceptée

¹¹¹ Cette *erreur* se définit, le plus souvent, comme étant ce qui est contraire à la loi ou ce qui contredit une *vérité théorique*.

¹¹² K.-S. ZACHARIAE, *op. cit.*, note 75, p. 50 (ajouts de Massé et Vergé) : « La jurisprudence ne peut, par la suite, avoir l'autorité d'un droit coutumier; et si, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, les tribunaux ne doivent pas facilement revenir sur une doctrine précédemment admise, leur devoir est cependant, d'un autre côté, de ne pas persévérer dans celle dont l'expérience ou la théorie leur a démontré l'erreur ».

¹¹³ AUBRY et RAU, *op. cit.*, note 79, à la p. 129; DELVINCOURT, *op. cit.*, note 55, p. vi : « [m]ais comme il est une autorité à laquelle tout doit céder, celle de la loi et de la raison, je ne balance pas à combattre les décisions qui me paroissent contraires aux dispositions de la loi, bien entendues et bien interprétées. »

¹¹⁴ D. DALLOZ dir., *Jurisprudence générale du royaume*, t. 1, Paris, Duverger, 1827, à la p. xii. Paradoxalement, deux colonnes plus loin, l'auteur souligne que sous le mot « arbitrage », il y aura près de 200 arrêts, alors qu'il n'y en a à peine huit dans le *Répertoire de jurisprudence universelle* de Guyot.

¹¹⁵ *Jurisprudence générale du Royaume*, note 114, à la p. xii.

¹¹⁶ Il semble exister deux attitudes vraiment distinctes dans la façon d'aborder le droit. Dans la préface de la *Jurisprudence générale du Royaume*, note 114, à la page xii, l'auteur décrit les deux attitudes types face à la jurisprudence : « [i]l est des jurisconsultes qui professent pour la jurisprudence une déférence servile et humilient aveuglément leur raison devant l'autorité des arrêts; à leurs yeux, ce qu'une cour a jugé est désormais une règle incontestable » et d'autres qui ne jurent que « par l'exposé théorique de la loi ».

¹¹⁷ LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t. 1, Paris, Marescq, 1878, à la p. 357.

qu'*après examen*. Il s'agit évidemment d'un jugement de valeur sur la *bonne façon* d'utiliser la jurisprudence et non pas d'un rejet catégorique de sa pertinence, ce n'est qu'une forme de paresse intellectuelle qui est visée ici¹¹⁸. Toutefois, les rappels à l'ordre formulés par la doctrine trahissent vraisemblablement un usage abusif des arrêts dans les prétoires¹¹⁹. Il est vrai que ces commentaires coïncident avec une prolifération d'outils qui permettent aux praticiens d'accéder rapidement au contenu des décisions judiciaires¹²⁰. En effet, le XIX^e siècle a connu une multiplication de recueils et de répertoires qui reflète certainement une forte demande pour les décisions judiciaires¹²¹. Et lorsque les préfaces des nouvelles collections d'arrêts soulignent à plusieurs reprises que la collection contient un nombre plus élevé d'arrêts, vantent son exhaustivité et son exactitude, on peut présumer qu'il y a là un reflet des besoins quotidiens des praticiens.

À cette forte demande d'arrêts, qui semble confirmer les critiques formulées par la doctrine, il faudrait opposer l'objectif poursuivi par les recueils et les répertoires de jurisprudence qui prétendent offrir des « outil[s] de connaissance » scientifique de la jurisprudence¹²² : du magma confus des décisions judiciaires, ils parviendraient à en retirer le

¹¹⁸ F. LAFERRIÈRE, *Introduction historique à la table collective des revues de droit et de jurisprudence*, Paris, Cotillon, 1860, p. xxviii : « Qui peut nier qu'en droit la théorie ne doive toujours avoir en vue l'application ? Mais dans l'application, il y a deux choses : la routine ou la pratique inintelligente qui se referme dans la plus étroite limite des besoins de chaque jour ou se laisse aller au mouvement uniforme des affaires courantes, et l'application vraiment juridique qui, en descendant sans effort aux faits de la vie civile, comprend les principes dans toute leur grandeur, dans toute leur portée. » L'auteur fait cette réflexion après avoir attribué aux praticiens l'échec commercial de la revue Foelix. Ainsi, c'est avec amertume que Laferrière souligne le travail du directeur de la *Revue de droit français et étranger* qui « fit d'inutiles efforts pour rallier les *praticiens* au recueil périodique, leur promettant des questions spéciales, des examens d'arrêts, des points de jurisprudence pratique, sans sacrifier les intérêts scientifiques qui avaient fait naître la Revue [...] [l]es clients de cet ordre trouvaient que le recueil donnait trop à la théorie et trop peu à l'intérêt pratique » (*Ibid.*).

¹¹⁹ Meynial, dans son article sur les arrêtiéristes, *loc. cit.*, note 63, p. 192, prétend que les praticiens « plaيدا[ient] à coups de répertoire » dans lequel ils trouvaient « une réserve où l'on pouvait puiser à pleines mains, sans prendre la peine de les extraire péniblement par la raison et la réflexion personnelle, ou de les affiner en vue d'une espèce que la loi n'avait pas prévue, les arguments qui écraseraient l'adversaire. »

¹²⁰ L'importance de ces outils et de leur effet sur la pensée juridique française a été étudiée par M^{me} Serverin qui écrit, *op. cit.*, note 50, à la page 109, que « [l]a connaissance du droit, éparpillée sous l'Ancien Régime dans des sources multiples, se concentre dès lors dans un petit nombre de *sources* dont l'accès est rationalisé par l'introduction de tables alphabétiques. [...] A partir de 1830, les sources matérielles de connaissance du droit vont être les codes, les répertoires et les recueils de jurisprudence. »

¹²¹ Selon Meynial, l'importance de la jurisprudence pour la pratique s'est développée après 1830 : Ed. MEYNIAL, *loc. cit.*, note 63, p. 183 ; E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, p. 94.

¹²² R. BAUTHIER, *loc. cit.*, note 56, p. 1282. L'auteur, dans l'étude des préfaces des répertoires, a constaté la volonté maintes fois exprimée à vouloir « placer le recours aux décisions judiciaires dans un contexte bien

substrat scientifique et ainsi permettraient d’apprécier la valeur des décisions¹²³ qu’ils contiennent. Cette volonté s’est traduite par une innovation, celle d’introduire des notes d’arrêts qui permettent de saisir le rapport que peut entretenir un arrêt avec les décisions antérieures ou avec des articles de loi. Mais sur ce plan encore, selon M^{me} Serverin, il existe une divergence de méthode entre le traitement des décisions judiciaires tel qu’effectué par les arrêtistes et celui adopté par les commentateurs. « La démarche de lecture pratiquée dans l’examen doctrinal est inverse de celle qui prime dans les recueils de jurisprudence d’alors : les juristes procèdent cette fois de manière déductive, partant des principes juridiques tenus pour vrais pour évaluer l’application qui en est faite par les tribunaux »¹²⁴ alors que les premières notes d’arrêts ont adopté une « démarche d’ensemble [qui] apparaît très nettement inductive, partant des faits pour aller aux principes, et soumettant encore les principes à l’action des faits. »¹²⁵

Quelle que soit la conclusion à tirer de la justesse des critiques doctrinales, l’importance de la jurisprudence pour la pratique semble confirmée lorsque Ledru-Rollin indique que la *locution* « [i]l est de principe en *droit*, mais la *jurisprudence* a décidé que, etc. »¹²⁶ était déjà usuelle à l’époque. Ce qui lui fait dire, en parlant de son importance, que la jurisprudence est une *puissance rivale de la loi traitant sur un pied de parfaite égalité*¹²⁷. Il y a là peut-être une abdication du praticien face à la décision judiciaire qui se présente comme un fait accompli ou comme un argument péremptoire, au risque de heurter les principes considérés comme vrais par

précis, il s’agit de faire oeuvre de science : on veut “faire de la connaissance des arrêts une science”, contribuer à la “science du droit” ou encore d’y “(employer) la méthode expérimentale” - ce qui, ajoute-t-on- est “la seule voie du progrès” » (*Id.*, p. 1282).

¹²³ R. BAUTHIER, *loc. cit.*, note 56, p. 1283. L’objectivité, l’exhaustivité, l’exactitude des textes et de la description des faits et, surtout, la mise en ordre des arrêts, par ordre alphabétique ou par thème, donne cette impression, soulignée par M^{me} Serverin, qu’il y a là un passage du recueil comme lieu de « mémoire » à un lieu de « savoir » du droit, voir : E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, aux pp. 61 et 108.

¹²⁴ E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, p. 115.

¹²⁵ *Id.*, p. 111. La synthèse de ces deux méthodes se trouve peut-être exprimée dans la note d’arrêt telle que pratiquée à la fin du XIX^e siècle : « les grandes notes de Labbé sont destinées à produire des *principes abstraits*, suffisamment larges pour parvenir à régir un grand nombre de situations *concrètes*, et s’imposer au juge. Cette synthèse entre le concret et l’abstrait caractérise l’action des annotateurs de la fin du XIX^e siècle » (*Id.*, p. 118).

¹²⁶ LEDRU-ROLLIN, *loc. cit.*, note 67, p. ix.

¹²⁷ *Ibid.* Selon le professeur Halpérin, *op. cit.*, note 58, à la p. 56, deux tendances semblaient coexister avant 1880 : « [p]our une grande partie de la doctrine, la jurisprudence reste [...] une “servante de la loi” », tandis que d’autres, avec Dalloz, et Ledru-Rollin, « défend[ent] l’usage le plus large de la jurisprudence et annon[ent] le développement à venir de son rôle créatif ».

la communauté juridique. Comme l'a écrit froidement Lafontaine : « [l]e vrai théorique devient indifférent quand l'autorité du juge a transformé l'erreur en vérité pratique, en point de jurisprudence constant, dont l'intérêt des justiciables les oblige à se préoccuper beaucoup plus que du vrai absolu »¹²⁸.

Par conséquent, il semble exister un profond décalage entre l'attrait exercé par la jurisprudence sur les praticiens et la doctrine qui a provoqué une controverse dont l'enjeu est proprement méthodologique. Grâce à Dupin, l'on peut constater que le débat sur la *bonne méthode* d'utilisation de la jurisprudence était récurrent en droit français : déjà en 1763, les avocats de Metz avaient discuté cette question. Dans *Opuscules de jurisprudence*, ouvrage destiné à expliquer une méthode de travail pour les jeunes juristes, Dupin relève les arguments *pro* et *contra* qui avaient été soulevés lors de ce débat et les présente comme étant toujours valables¹²⁹. À titre d'argument justifiant le recours à la jurisprudence, il souligne la qualité inhérente des décisions judiciaires, notamment des décisions des cours souveraines et de la prétention qu'il y aurait à croire que l'on pense mieux qu'elles¹³⁰. En retour, il rappelle le rôle du jurisconsulte qui ne doit pas perdre sa capacité de jugement : « [a] quoi réduirait-on les fonctions du jurisconsulte, condamné à se traîner servilement sur les pas de l'arrêtiste ? Il n'osera se permettre de penser sans leur aveu ; il faudra qu'il étouffe ses propres idées, quelque heureuses qu'elles soient ; il ne fera plus que citer froidement les arrêts »¹³¹. Et plus directement, celui du *juge* : « Le vrai magistrat ne s'asservit point à suivre scrupuleusement les traces de ses prédécesseurs. Il verra dans l'uniformité soutenue d'une suite d'arrêts, non un

¹²⁸ M. LAFONTAINE, « D'une tendance de la jurisprudence dans l'application de la loi pénale », (1860) 16 *Rev. crit. de lég. et de jur.* 164, à la p. 165.

¹²⁹ DUPIN, *op. cit.*, note 78, aux p. 487 et s. À titre d'argument *pro* : « [u]ne question de droit qui ne diffère pas sensiblement d'une autre déjà terminée par un arrêt ne doit plus être soumise à la discussion » (*Id.*, p. 487); « Son arrêt (au juge), toujours bien fondé, toujours sagement motivé, acquiert la consistance et l'autorité d'une loi » (*Id.*, p. 491); à titre d'argument *contra* : « Il faut sans doute la conformité dans les jugements. Au lieu de chercher une règle dans un arrêt, élevons-nous directement, avec une noble confiance, jusqu'à la loi elle-même ; ne mettons rien entre elle et le juge : il en sera plus à l'abri d'une erreur » (nos soulignements) (*Id.*, p. 493).

¹³⁰ *Id.*, à la p. 487.

¹³¹ *Id.*, à la p. 493.

aveugle instinct d'imitation, mais une conformité de conséquences déduites rigoureusement des mêmes principes [¹³²] »¹³³.

Le débat sur la *bonne utilisation* de la jurisprudence apparaît très significatif dans la mesure où il semble exister une théorie dominante qui refuse à la jurisprudence un statut autre qu'une source de connaissance du droit, alors qu'au même moment on observe une utilisation considérable de ces décisions dans le cadre de l'argumentation juridique. Bien que les accusations doctrinales ne condamnent que les utilisations *abusives* des décisions judiciaires, ce débat révèle l'inconfort de la doctrine lorsque confrontée à une pratique insistante rebelle à la théorie. Outre ces questions méthodologiques, la doctrine française du XIX^e siècle a pu formuler quelques directives à propos de la portée qu'il convenait d'accorder aux décisions judiciaires.

2. Quelle portée peuvent avoir les arrêts ?

« Voir » une règle au milieu d'un arrêt, c'est donner une portée générale à une décision qui porte sur un cas particulier. On peut concevoir que cette généralisation se fonde sur les faits à la base du litige ou sur les propositions de droit contenues dans les motifs, mais la question de la légitimité de ces procédés était discutée à l'époque.

À plusieurs reprises, l'on a pu constater que les auteurs mettent leurs lecteurs en garde contre les tentatives de généralisation de la portée des arrêts. Ce conseil s'appuie sur l'expérience des erreurs qui se glissaient dans les recueils d'arrêts de l'Ancien Régime¹³⁴. Aussi,

¹³² Celles « dont la solidité est à toute épreuve, ce sont les principes généraux réduits en maximes particulières. C'est dans cette rédaction que sont contenues toutes les lois; c'est donc sur nos lois mêmes que l'avocat doit régler toutes ses déterminations » : *Id.*, à la p. 492.

¹³³ *Id.*, à la p. 495.

¹³⁴ M. HERVÉ, *Théorie des matières féodales et censuelles*, v. 1, Paris, Knapen, 1785, à la p. xx : « je ne connois point de guide plus trompeur que les Arrêts; & que je voudrois qu'on jettât au feu, non les bons Recueils de Loix & de principes, mais tous les Recueils d'Arrêts sans exception »; « une affaire est presque toujours mal rendue & mal transmise par un Arrêtiste » (*Id.*, p. xxiv). L'auteur décrit le recours aux recueils d'arrêts comme étant « dangereux, [et qui] favorise la paresse naturelle à l'homme » (*Id.*, p. xx); en retour, un bon apprentissage du droit doit passer par la recherche « des ressources & des règles de décision dans l'étude & la méditation. » (*Ibid.*). Il critique même le raisonnement qui justifie le recours aux décisions antérieures, en ces termes : « Il faut avoir bien peu réfléchi sur les modifications & les formes presque infinies, que reçoivent les

il arrivait que les arrêtistes attribuent l'origine de certaines règles à des arrêts uniques, mais cette pratique est dorénavant critiquée par les rédacteurs des nouveaux répertoires de décisions judiciaires¹³⁵. Dans la préface de la *Jurisprudence générale du Royaume*, l'auteur écrit :

[n]ous avons d'abord appliqué toute notre attention à poser avec fidélité minutieuse le point jugé par chaque arrêt; dans cet énoncé nous nous sommes constamment attachés à préciser la cas particulier de chaque espèce, au lieu de présenter des règles générales, comme le faisaient les anciens arrêtistes [...] C'est surtout en jurisprudence qu'il faut se garder de généraliser.¹³⁶

Dans le même esprit, Dupin souligne qu'« [o]n a fait aux anciens arrêtistes un reproche dont les nouveaux ne savent pas toujours se garantir; c'est de présenter comme établissant une *règle générale*, un arrêt qui, en y recourant, se trouve n'avoir jugé qu'un *cas tout particulier* »¹³⁷. Ainsi, cette prévention semble reposer sur un réel souci de fidélité à la pensée des juges dont ils étudient la décision.

Néanmoins, les auteurs reconnaissent généralement une portée générale aux séries d'arrêts rendus sur un même point de droit, c'est-à-dire la *jurisprudence*. C'est ce qui semble se dégager des décisions *constantes*, comme on peut le lire chez Dupin : « la jurisprudence constante et fixée par des arrêts tous semblables, établit seule des règles générales »¹³⁸ et « la jurisprudence constante des arrêts a force de loi ; mais qu'elle ne se forme que par une longue suite d'arrêts, qui, dans tous les temps, ont décidé un point de droit de même manière, malgré la diversité des circonstances »¹³⁹.

actions & les opinions des hommes, pour prétendre adapter avec justesse, à une espèce présente, des Arrêts rendus sur des espèces passées. Tout varie, tout se nuance & se modifie dans l'ordre moral comme dans l'ordre physique. De même que chercheriez en vain, dans une forêt immense, [...] deux feuilles, dont les filaments, les nuances, toutes les parties, en un mot, fussent d'une égalité parfaite; de même vous chercheriez en vain deux actions humaines parfaitement semblables en elles-mêmes » (*Id.*, pp. xxi-xxii).

¹³⁵ Une explication très simple permet de comprendre pourquoi il pouvait en être ainsi sous l'Ancien Régime. N'ayant pas de motif sur lequel les arrêtistes pouvaient déterminer la portée de l'arrêt, ces derniers devaient procéder par induction pour déterminer la règle appliquée.

¹³⁶ Préface de la *Jurisprudence générale du Royaume*, note 114, p. x.

¹³⁷ DUPIN, *op. cit.*, note 78, à la p. 514. Dans leur traité de procédure, les auteurs Carré et Chauveau font parfois référence à des principes *obligatoires* dont la source n'est pas législative : « [i]l existe d'autres principes qui n'ont point été érigés en loi, mais qui n'en sont pas moins constants et obligatoires, puisque la jurisprudence les a consacrés. Ils établissent des points de doctrine incontestables... » : G.-L.J. CARRÉ et A. CHAUVEAU, *Lois de la procédure*, t. 1, 5^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1880, à la p. xii. Les auteurs font référence aux règles de droit transitoire et d'interprétation des lois.

¹³⁸ DUPIN, *op. cit.*, note 78, à la p. 500.

Lorsqu'il s'agit d'invoquer cette jurisprudence, par contre, les auteurs ne font pas nécessairement l'inventaire complet de l'ensemble des arrêts ayant tranché la même question. Soit ils formulent eux-mêmes la *règle* consacrée par cette série d'arrêts¹⁴⁰ ou ils font référence aux *principes établis* par ces décisions¹⁴¹; soit ils sélectionnent les arrêts les plus représentatifs ou les plus explicites, car comme l'explique Rogron, « dans cette masse de décisions judiciaires, il n'est qu'un petit nombre d'arrêts qui, par l'importance des questions qu'ils décident et la déduction des principes qu'ils consacrent, constituent véritablement la jurisprudence »¹⁴².

Mais l'utilisation des termes *règle générale* ou *force de loi*, lorsqu'ils servent à décrire la jurisprudence constante, ne doit pas être comprise comme voulant dire *ayant un effet obligatoire*. Ces principes généraux ne sont que des motifs, des raisons de décider qui ont valeur d'opinion. C'est ce que Marcadé rappelle lorsqu'il écrit que :

[q]uelquefois, à la vérité, le juge pose et proclame des principes *généraux*; il examine les textes de la loi, les explique, les commente et en tire des conséquences dont le caractère est la généralité [...] il donne là les raisons de la décision et non pas la décision même, les *motifs* du jugement et non pas le jugement [...] il ne juge pas encore, il dit seulement pourquoi il va juger de telle manière, il ne fait que de la doctrine; c'est encore un homme privé interprétant la loi comme le ferait l'avocat, l'écrivain, le premier citoyen venu.¹⁴³

Et Dupin, qui affirme que la jurisprudence constante peut avoir *force de loi*, s'est enorgueilli d'avoir attaqué quelques points de jurisprudence constante de la Cour de cassation au motif qu'ils étaient erronés¹⁴⁴.

¹³⁹ *Id.*, à la p. 549.

¹⁴⁰ Voir, *supra*, note 90 et le texte correspondant.

¹⁴¹ Par exemple, dans l'arrêt du 19 mars 1834, *Jour. du Pal.* 26.314, la Cour royale de Pau fait référence aux « principes établis par la jurisprudence de la cour de cassation ».

¹⁴² J.-A. ROGRON, *Code civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, 14^e éd., Paris, Videcoq, 1850, p. vii. L'auteur annonce que cette édition contient une importante amélioration, celle d'introduire « dans mes notes du texte de tous les arrêts-principes, avec renvoi aux recueils de jurisprudence » (*Id.*, p. vi).

¹⁴³ V. -N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7^e éd., t. 1, Paris, Delamotte et fils éd., aux pp. 43-44.

¹⁴⁴ Par exemple, dans les *Réquisitoires, plaidoyers et discours prononcés par M. Dupin*, t. 3, publiés par son frère C. DUPIN, Paris, Plon, 1874, l'on trouve deux plaidoyers avec lesquels Dupin a convaincu la Cour de cassation de revenir sur ses propres précédents. Les arguments qu'il invoque sont de l'ordre suivant : « la gloire des juges est de se dépouiller de tout préjugé, de ne se croire liés par aucun précédent, de ne rechercher que la vérité, de ne voir que la loi » (*Id.*, p. 271); dans un de ses plaidoyers, l'auteur reprend l'idée du *désintéressement ou de l'abnégation des juges* et cite, en exemple, Papinien qui « s'arrêta devant l'opinion d'un autre jurisconsulte, qui lui était inférieur en science et en autorité, mais qui cette fois avait raison contre lui » (*Id.*, p.

Toutefois, l'utilisation des expressions telles « règle générale » et « force de loi » pour décrire l'effet d'une jurisprudence constante ajoute à la difficulté de dresser un portrait global de la conception doctrinale de la jurisprudence. Il y a là, en tout premier lieu, un problème de signification des mots. Quand Dupin écrit : « [i]l peut cependant arriver que les arrêts abrogent les lois, sinon de droit, au moins de fait, et avec une force d'autorité qui finit par constituer un véritable droit »¹⁴⁵, on ne peut saisir exactement quelle signification il donne au terme « droit ». Les concepts juridiques ne semblent donc pas obéir à des critères rigides; c'est pourquoi il apparaissait plus utile de chercher à cerner l'esprit général de la doctrine française, sans avoir à préciser les multiples nuances qui distinguent les auteurs. En second lieu, la conception du droit, à cette époque, n'est pas encadrée par une théorie formelle des sources du droit ayant la validité comme pivot central. L'approche doctrinale paraît être plus pragmatique que dogmatique, du moins en matière de jurisprudence. C'est le sentiment de M^{me} Serverin qui, dans son étude sur la jurisprudence en droit privé, a conclu que « les recueils [de jurisprudence] avaient mis en pratique une conception de la positivité purement et simplement reliée au critère de la publication ».¹⁴⁶

Il est vrai que l'on a souvent reproché aux juristes du siècle dernier d'être soumis au Code, de ne pas avoir suffisamment pris en compte l'importance de la jurisprudence et d'avoir incarné un certain conservatisme¹⁴⁷. Ceci s'explique en partie par le fait que le Code arrachait le droit français à ses racines en abrogeant toute règle antérieure qui lui était contraire¹⁴⁸ et, par conséquent, la doctrine en a fait son objet d'étude principal¹⁴⁹.

313).

¹⁴⁵ DUPIN, *op. cit.*, note 78, à la p. 500.

¹⁴⁶ E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, à la p. 96.

¹⁴⁷ J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 65, p. 80.

¹⁴⁸ À l'article 7 de la *Loi du 30 ventôse an XII* (21 mars 1804); J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 65, p. 15 : « La [...] loi abrogeait "les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements" dans toutes les matières traitées par le nouveau Code. »

¹⁴⁹ Il s'agissait peut-être d'une méthode trop fortement centrée sur un seul texte, comme l'a écrit le professeur Halpérin : les exégètes « se sont enfermés dans le monde clos du Code civil, réduisant l'histoire ou la jurisprudence à des techniques auxiliaires pour expliquer le livre » : J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 65, p. 80.

À cette constatation, l'on doit opposer par contre une certaine conception *ouverte* des sources intellectuelles du droit qui prédomine parmi les auteurs¹⁵⁰, car, comme l'a écrit M^{me} Serverin :

[d]ans la perspective de Portalis, largement partagée par les premiers commentateurs du Code civil, le droit ne se limitait pas à la législation, mais incluait des sources aussi diverses que les principes généraux, la doctrine, la jurisprudence, en tant que sources de la *raison écrite* [et, paraphrasant Portalis,] “[l]e Code civil ne dispense pas de ces “connaissances”, au contraire il les suppose”.¹⁵¹

C'est pourquoi il est important de souligner que ces juristes reconnaissent l'importance du phénomène judiciaire et, d'une certaine façon, pour eux, l'application du droit ne peut être indifférente à la prise de connaissance du droit. La doctrine n'a pas recours à la notion de « source de droit » pour qualifier la jurisprudence et elle préfère exprimer l'importance de la jurisprudence à titre d'autorité, au même titre que les juristes de l'Ancien Régime, le droit romain, etc. Pour connaître le droit, il faut retirer la *jurisprudence des arrêts* plutôt que rechercher l'arrêt qui fait jurisprudence.

Au-delà de cet aspect terminologique et méthodologique, il convient d'aborder la question de la jurisprudence sous l'angle de sa *fonction* en droit civil français et de sa *régulation* par la Cour de cassation.

§ 2 - Les méthodes de la jurisprudence

Après l'unification du droit privé français par la codification de 1804, le problème des *sources désordonnées* des solutions juridiques semblait réglé. Contrairement à l'opinion de

¹⁵⁰ Il est possible toutefois que Napoléon ait eu pour objectif de faire du Code un outil autonome, voir : M. H. THIERCELIN, « Essai sur l'Histoire générale du Droit français », *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 1, Paris, Jurisprudence Générale, 1870, p. 1 et s., [ci-après cité : le *Répertoire Dalloz*]; à la page 3, t. 1, du *Répertoire Dalloz* : « Quinze ans après, nous voyons encore l'heureux promoteur des codes, Napoléon lui-même, se flatter que le code civil a dit le dernier mot de la science du droit. Tout ce qui l'a précédé peut être considéré comme n'existant pas...le code lui-même se passera de commentaires ». Ce qui expliquerait sa réaction lors de la publication du commentaire de Maleville. À titre de précision, le tome I du *Répertoire Dalloz* a été publié en dernier, selon le souhait du directeur du *Répertoire*, voir : D. DALLOZ, « Idées générales de cette nouvelle édition », *Répertoire Dalloz*, t. II, 1845.

¹⁵¹ E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, à la p. 80; voir Fenet, tome VI, p. 20. Voir : M. Le Baron LOCRIÉ, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, Crapelet, 1827, aux pp. 242 et s., où l'on peut lire le *Discours préliminaire* de Portalis signé par les quatre « rédacteurs » du Code civil.

Savigny, cette évolution sera présentée comme un progrès pour la science du droit et elle ne sera pas remise en question par les juristes. On aurait pu croire que cette fermeture des sources du droit condamnerait les juges à la simple paraphrase du texte du Code, mais les théories doctrinales sur l'interprétation témoignent d'une grande liberté accordée au juge dans l'exercice de ses fonctions, et elles permettent de situer dans quel contexte théorique ont pu s'élaborer les *créations jurisprudentielles*. Au lieu d'étudier ce qui a pu motiver chacune de ces créations, il semblait plus utile de poser le problème différemment en étudiant le fondement et la portée théorique du pouvoir d'interpréter la loi, qui leur a été reconnu graduellement (A). En retour, à cette liberté, il convient d'opposer le contrôle de la Cour de cassation qui, à l'époque, avait pour fonction d'unifier cette jurisprudence fondée sur l'interprétation du Code et dont on a pu reconnaître, par la suite, qu'elle est devenue le maître d'oeuvre de la jurisprudence (B).

A. La liberté de l'interprète

La comparaison des méthodes d'interprétation entre les systèmes de droit civil et de *common law* permet d'apprécier l'étendue des arguments qu'autorise la méthode civiliste¹⁵². Le présent propos consiste ici à situer comment la doctrine a développé une théorie de l'interprétation et quelles en sont les traits principaux. L'intérêt d'une telle démarche réside dans le fait que les juges prétendent procéder par voie d'interprétation lorsqu'ils créent des règles jurisprudentielles. L'interprétation des lois a donc été le souffle d'inspiration qui a permis l'émergence des règles et il convient d'en tracer les justifications théoriques.

La difficulté, dans ce cas, consiste à départager l'écart qui se présente entre la théorie et la pratique de l'interprétation. Raymond Saleilles fit observer qu'il existait deux façons de décrire l'interprétation des lois au XIX^e siècle, l'une qui s'étend sur le processus et l'autre sur les résultats, et que les deux ne semblaient pas s'accorder :

¹⁵² Voir, Pierre-André CÔTÉ, « L'interprétation en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différences d'accents », (1997) 31 *R.J.T.* 45, à la p. 66 : « [o]n reconnaît effectivement que l'interprétation des *statutes* anglais se démarque par son caractère traditionnellement strict et formaliste. Interprétation stricte en ce sens que le juge anglais ne va pas, en principe, au-delà du texte pour combler des lacunes et qu'il a même eu tendance, dans le passé du moins, à retenir le sens le plus restreint des termes de la loi. Interprétation formaliste aussi, affirmant la nette prévalence de la lettre sur l'esprit et hésitant à tenir compte d'éléments autres que

[d]octrine et jurisprudence se rattachaient au système d'une large interprétation dogmatique [...] [qui n'est pas une interprétation littérale ou mécanique, selon l'auteur, car] grâce à la souplesse de l'interprétation dogmatique, grâce à la richesse de ses constructions juridiques, on pouvait éviter les extrémités les plus regrettables auxquelles auraient pu conduire un pur raisonnement géométrique. Cette méthode n'avait qu'un tort, c'était de laisser croire que les constructions ainsi déduites de l'ensemble des textes représentaient la volonté implicite du législateur [...] [t]outes ces règles d'interprétation étaient largement admises, par la jurisprudence, tout autant que par la doctrine. Et cependant, si cela est vrai en théorie pure, quelle indépendance dans l'application ! En réalité, et à ne prendre que les résultats, ne pourrait-on pas, avec plus de vérité encore, affirmer que la jurisprudence s'est laissée conduire par des idées tout opposées ?¹⁵³

Ainsi, il semble exister un décalage entre la théorie officielle de l'interprétation et les constructions juridiques qui en ont été le résultat. Cette avec cette mise en garde qu'il convient d'aborder la question de l'interprétation des lois.

1. Source du pouvoir d'interpréter

L'article 4 du Titre préliminaire du Code civil renferme, à lui seul, une théorie de l'application et de l'interprétation des lois. Pour l'aborder, les commentateurs devaient définir le rôle de l'interprétation dans le droit, le rôle du juge et, de façon presque inévitable, ils dévoilaient leur conception du droit¹⁵⁴. Ces exercices théoriques ont donné naissance à une gamme variée d'idées et d'arguments, parmi lesquels l'on retrouve l'influence du droit romain, de Montesquieu¹⁵⁵, de Portalis, de Bouhier¹⁵⁶ et de Bacon¹⁵⁷. C'est donc à partir de ces sources que l'on a tenté de préciser le sens de l'acte d'interpréter chez les juristes du XIX^e siècle.

Par le jeu de l'article 4 du Code civil, le juge français ne peut refuser de juger *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* : « [p]ris à la lettre, la règle

textuels, tels que les travaux préparatoires ou les oeuvres de la doctrine ; non pas seulement fétichisme de la loi écrite, pour reprendre l'expression de Gény, mais davantage encore fétichisme de la lettre de la loi. »

¹⁵³ Raymond SALEILLES, « Le Code civil et la méthode historique », dans *op. cit.*, note 64, p. 97, à la p. 121.

¹⁵⁴ Notamment lorsqu'ils devaient aborder la difficile question de l'application de la loi en cas de *silence* de celle-ci, question qui rejoint le problème de la plénitude de l'ordre juridique.

¹⁵⁵ LAURENT, *op. cit.*, note 117, p. 322.

¹⁵⁶ L'ouvrage de Bouhier : BOUHIER, *Observations sur les coutumes de Normandie*, le t. 1er, au chap. xxiii, n. 23, p. 655, p. 656 et chap. 24, n. 77, p. 681. Tel que cité par LAURENT, *op. cit.*, note 117, p. 360; D. DALLOZ, *loc. cit.*, note 150, p. x.

¹⁵⁷ DUPIN, *op. cit.*, note 78; D. DALLOZ, *loc. cit.*, note 150, p. x.

n'impose pas au juge de créer une norme là où il n'y en a pas, elle lui fait obligation de juger seulement, ce qui est, en principe, différent »¹⁵⁸. Ainsi, l'article 4 du Code civil contient une énigme, car il ne dit pas *comment* le juge doit juger : en cas de silence de la loi, le juge doit-il débouter le demandeur, interpréter la loi, invoquer un usage, faire appel à l'équité ou *créer* une règle générale pour trancher le litige ? Entre le devoir de « rendre justice » et le devoir d'interpréter, la doctrine majoritaire favorisera le second sans, toutefois, perdre de vue le premier.

Contrairement à l'opinion de l'un des rédacteurs du Code civil, Portalis, très peu d'auteurs interpréteront cette obligation de juger comme autorisant le juge à « sortir » du Code. Selon Portalis, le Code ne pouvait qu'être incomplet (« [q]uand la loi est claire, il faut la suivre; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité »¹⁵⁹), ce qui suppose que le juriste, ou le juge en l'occurrence, puisse avoir recours à d'autres sources que la loi lorsque celle-ci ne prévoit aucune solution à la question de droit¹⁶⁰. Cette interprétation est conforme à la conception du rôle du juge qu'avait Portalis, dans la mesure où il concevait que la loi ne pouvait forcément tout prévoir et que, afin d'éviter un *déni de justice*, le juge devait examiner et trancher les litiges civils même si la loi était muette¹⁶¹. Certains auteurs semblent avoir partagé l'opinion de Portalis¹⁶². Demante, par

¹⁵⁸ Antoine KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, L.G.D.J., 1984, aux pp. 78-79.

¹⁵⁹ LOCRÉ, *op. cit.*, note 151, à la p. 263 (nos soulignements).

¹⁶⁰ Portalis partage avec Gény l'opinion selon laquelle la loi a un sens objectif qui ne dépend ni de l'interprète ni de son application. Ce qui implique qu'il est de mauvaise méthode que de procéder à l'interprétation d'une loi en ayant une idée préconçue de sa portée. Voir, à ce sujet : Abdoulaye COULIBALY, *L'interprétation dans le droit (essai sur la rationalité juridique)*, thèse, Toulouse, 1992, p. 406.

¹⁶¹ LOCRÉ, *op. cit.*, note 151, à la p. 262 : « [e]n matière civile : là, il faut une jurisprudence, parce qu'il est impossible de régler tous les objets civils par des lois, et qu'il est nécessaire de terminer, entre particuliers, des contestations qu'on ne pourrait laisser indéfinies, sans forcer chaque citoyen à devenir juge dans sa propre cause, et sans oublier que la justice est la première dette de la souveraineté. »

¹⁶² Par exemple : DUPIN, *op. cit.*, note 78, à la p. 484 : « [e]n un mot, si la loi est claire, il doit la suivre ponctuellement; si elle est obscure, il peut aider à la lettre, si elle est insuffisante, il doit la suppléer, et pour cela recourir à tout ce qui peut éclairer son esprit et guider sa raison »; LAURENT, *op. cit.*, note 117, à la p. 330 : « Aussi souvent que la loi est obscure ou insuffisante, la décision du juge a un caractère législatif, en ce sens que c'est lui qui formule la règle avant de l'appliquer. » Mais cette règle n'a pas l'effet d'une loi, car « la règle qu'il pose n'est qu'un motif de décider, et ce motif n'a aucune force obligatoire, pas même pour les parties, et bien moins encore pour les tiers et pour la société » (*Ibid.*).

exemple, est l'un des auteurs qui évoque la possibilité de lacunes en droit pour ensuite la rejeter au nom de sa croyance en un droit naturel¹⁶³.

Mais la majorité des auteurs retiendront que l'article 4 du Code civil pose un devoir d'interpréter la loi lorsque celle-ci est obscure ou présente des lacunes¹⁶⁴. Le juge ne peut, à leurs yeux, *sortir* du Code et appliquer ouvertement une norme sans fondement législatif : il doit procéder par interprétation de la loi. Cette *solution* technique au problème de l'application de la loi a fait l'objet d'une discussion sur sa légitimité.

Avant l'arrivée du Code civil, il était prévu que les tribunaux « ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter les lois, soit d'en faire une nouvelle »¹⁶⁵. C'est donc en contradiction avec cette disposition que s'inscrit le principe de l'article 4 du Code civil : dorénavant, le juge devait interpréter un texte législatif imparfait ou incomplet. En retour, le Code civil encadrait l'exercice de cette activité en interdisant les arrêts de règlements ou les interprétations par voie d'autorité¹⁶⁶. L'interprétation de la loi par le juge était ainsi considérée comme faisant partie de

¹⁶³ A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. 1, Paris, Thorel, 1849, à la p. 52 : « Quelques-uns voudraient même, en toute matière, que le silence de la loi dû faire repousser la prétention du demandeur. Pour moi qui crois à l'existence d'un droit antérieur à la loi écrite, je ne puis partager ce sentiment... » ; MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 11^e éd. par DEMANGEAT, t. 1, Paris, Garnier, 1880, p. 63. Antoine Kassis, dans sa thèse, *op. cit.*, note 158, précise que Demolombe avait rejeté toute possibilité pour le demandeur d'invoquer une *pure règle de droit naturel* (C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 76, p. 128, n° 113). Mais il est important de rappeler, à notre avis, que le professeur de Caen reconnaît, *in fine*, qu'« [e]n réalité, sans doute, les lois ne peuvent embrasser toutes les hypothèses si variées, si nombreuses, que chaque jour la pratique soulève. (L.X. ff. *de Leg.*) Mais alors le juge doit recourir aux règles de l'interprétation. » Nous verrons plus loin à quel point ce recours à l'interprétation pouvait, selon la définition qu'en donne Demolombe, contenir un part de création.

¹⁶⁴ J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 65, p. 79 : « Une chose était d'admettre le rôle de la jurisprudence, une autre d'inviter les juges à aller au-delà du Code civil » ; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 76.

¹⁶⁵ L'article 12 du Titre II de la *loi des 16-24 août 1790*. Il s'agissait d'une application du principe voulant que l'interprétation appartient à l'auteur de la norme : *Ejus est interpretari cujus est condere lege*. Cette maxime était consacrée dans l'ordonnance de 1664, titre 1^{er}, art. 7. Il est possible que l'article 12 de la *loi des 16-24 août 1790*, ait eu pour objectif d'interdire l'interprétation *in concreto*, voir : F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 1, p. 78, n. 1. Voir également : la Constitution de 1791, titre 3, ch. 5, art. 21 ; Constitution du 5 fructidor an 3, art. 256. La règle citée plus haut fut maintenue jusqu'en 1807, jusqu'à la loi du 16 septembre 1807, qui transféra le droit d'interpréter au Conseil d'état, qui pouvait s'exprimer par voie de règlement d'administration publique. Mais cette loi n'a pas eu pour effet d'enlever la capacité pour le pouvoir législatif de faire des lois interprétatives, voir : l'avis du Conseil d'état du 27 novembre 1823.

¹⁶⁶ À l'article 5 du Code civil. Dans le *Livre préliminaire* du Code civil, qui n'a pas été retenu, mais qui néanmoins a été présenté le 24 thermidor an VIII par la Commission du gouvernement, on peut lire, à l'article 3

ces interprétations *doctrinales* qui ne sont jamais obligatoires, sauf pour les parties, et dont la portée est limitée au cas qu'il tranche¹⁶⁷. De plus, le fait d'interdire l'interprétation d'un texte clair correspond également à la conception décrite plus haut. Cette interdiction, formulée par la Cour de cassation et par la doctrine, implique que le juge « Ministre de la loi, [...] doit l'appliquer dans toutes ses conséquences, lorsqu'elle est claire et précise »¹⁶⁸; Carré et Chauveau limitent également le rôle du juge lorsqu'il applique la loi :

[i]l n'appartient point au magistrat de substituer, au texte précis d'un loi qui commande avec rigueur, son opinion sur l'esprit de cette loi. Cette maxime, si souvent répétée : *il faut consulter l'esprit de la loi quand la lettre tue*, est donc abusive toutes les fois que la disposition est claire, formelle et impérieuse. « *Dura lex, sed scripta* »¹⁶⁹.

En retour, les juristes reconnaissent que dans le cadre d'un procès, l'opposition texte clair/obscur tend à se relativiser, car, en réalité, « on ne plaide jamais contre un texte précis de loi [...] il n'y a litige que lorsqu'il y a doute apparent »¹⁷⁰. Laurent souligne la contradiction entre la théorie et la pratique, ces deux réalités si différentes : un principe théorique interdit l'interprétation d'un texte clair¹⁷¹, mais il rappelle qu'en pratique, la

du titre V : *De l'application et de l'interprétation des lois* : « Le pouvoir de prononcer par voie de disposition générale, est interdit aux juges ».

¹⁶⁷ Contrairement à celles, par voie d'autorité, qui émanent du législateur et qui ont une portée générale. Rompant avec les lois révolutionnaires, Portalis a défendu l'idée qu'il ne pouvait être question d'interdire l'interprétation des lois par les juges, car procéder ainsi, en exigeant du législateur qu'il se prononce, ce serait « renouveler parmi nous la désastreuse législation des rescrits... », PORTALIS, *Discours préliminaire*, dans LOCRÉ, *op. cit.*, note 151, à la p. 263; AUBRY et RAU, *op. cit.*, note 79, à la p. 124 : « en pure théorie, le droit d'interpréter la loi par voie de disposition générale, et d'une manière obligatoire pour les tribunaux et les citoyens, n'appartient qu'au pouvoir dont elle émane », mais, à la page 125 : « [I]es tribunaux ont non-seulement le droit, mais encore le devoir d'interpréter les lois ou de suppléer à leur silence, en tant que cela est nécessaire pour décider les affaires qui leur sont soumises. »

¹⁶⁸ J.M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, 6^e éd., t. 1, Paris, Marescq, 1866, p. 27. Il cite un arrêt de la Cour de cassation, Cass. 25 mai 1814, S.14.1.182 : « Attendu qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger la loi, et qu'ils doivent l'appliquer telle qu'elle est, sans qu'il leur soit permis de la modifier ou de la restreindre par aucune considération, quelque puissante qu'elle soit ». Il s'agissait alors d'un arrêt d'une Cour d'appel qui avait distingué et établi une exception là où il y avait une expression générale. Voir, également : Cour de cassation, Cass. 24 février 1809 : « Là où la loi ne distingue pas, on ne peut créer de distinctions et des exceptions qui en altéreraient le sens et la détourneraient de son objet. La lettre seule de la loi est à consulter lorsqu'elle présente un sens clair et absolu ».

¹⁶⁹ G.-L. J. CARRÉ et A. CHAUVEAU, *Lois de la procédure*, 5^e éd., t. 1, Paris, Marchal et Billard, 1880, p. xxiii; V.-N. MARCADÉ, *op. cit.*, note 78, p. 43.

¹⁷⁰ PORTALIS, *Discours prononcé dans la séance du Corps Législatif du 23 frimaire an x*, dans LOCRÉ, *op. cit.*, note 151, à la p. 481; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 76.

¹⁷¹ LAURENT, *op. cit.*, note 117, à la p. 325 : « (le juge) est appelé à les interpréter (les lois) d'après les règles de la science dont il fait l'étude de sa vie. Si la loi est claire, il n'y a point de procès, car, dit Portalis, on ne plaide pas contre un texte précis de loi. Il n'y a de litige que lorsqu'il y a un doute apparent. »

confrontation des faits avec la loi provoque inmanquablement une certaine interprétation¹⁷². Aussi, Aubry et Rau oseront également étendre la possibilité d'interpréter même lorsque le texte est *clair*, mais « n'exprime pas la pensée du législateur »¹⁷³.

2. La méthode d'interprétation des sources

L'article 4 du Code civil ne dit pas *comment* ni sur quoi un juge peut se baser pour interpréter¹⁷⁴, les juristes ont posé le principe premier de rechercher la volonté de celui qui a édicté la norme. Cette volonté sera généralement conçue de façon très abstraite, ce qui autorise le juriste à utiliser une série d'arguments pour parvenir à saisir le *sens*¹⁷⁵ de la loi. Par exemple, selon Demante, il existe une série de méthodes pertinentes pour guider l'interprète, à savoir « les travaux préparatoires, la volonté probable du législateur, l'analogie, la coutume, la législation ancienne, l'équité telle qu'elle apparaîtra par les lumières de la raison naturelle »¹⁷⁶.

Ces directives illustrent bien le caractère ambigu de l'objectif officiel de l'interprétation. Le juriste devait *officiellement* chercher une volonté, celle de l'auteur de la loi, mais certains auteurs reconnaissent qu'il s'agit, en vérité, plus d'une construction du lecteur que d'une recherche d'une vérité historique. Il y a donc, dans les théories doctrinales, un aspect artificiel ou subjectif¹⁷⁷, dénoncé par Gény¹⁷⁸, dans le processus d'interprétation, qui consiste à

¹⁷² LAURENT, *op. cit.*, note 117, à la p. 340 : « C'est cette application d'un principe à un cas donné qui est l'oeuvre de l'interprète », et, à la p. 359, « [L]es décisions judiciaires ne sont jamais des interprétations purement doctrinales; elles sont portées sur des espèces, c'est-à-dire sur un litige de fait; les circonstances de la cause influent nécessairement sur la décision de la question de droit; les faits changeant, la décision changerait aussi » (nos soulignements).

¹⁷³ AUBRY et RAU, *op. cit.*, note 79, p. 129.

¹⁷⁴ A.M. DEMANTE, *op. cit.*, note 163, à la p. 52.

¹⁷⁵ La recherche de la *portée* de la loi conviendrait mieux pour décrire l'opération effectuée sous le couvert de l'interprétation.

¹⁷⁶ A.M. DEMANTE, *op. cit.*, note 163, à la p. 52.

¹⁷⁷ F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 1, p. 51, n. 25. Le caractère fictif de la recherche de cette volonté trouve un certain écho dans le commentaire que fait Raymond Saleilles à propos de la méthode d'interprétation des lois par les juges, voir, *loc. cit.*, note 153, à la p. 126 : « Il suffit d'ailleurs, de ces quelques aperçus pour montrer la hardiesse avec laquelle la jurisprudence a su se dégager, sur le terrain des faits, de la fiction, toujours maintenue à l'apparence, d'une recherche de volonté collective. »

¹⁷⁸ F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 1, à la p. 42, n. 20 et p. 66, n. 33.

prétendre découvrir un sens préexistant plutôt que de le créer. L'on peut prendre pour exemple la description que Demolombe fait de l'acte d'interpréter :

[e]n théorie, l'interprétation c'est l'explication de la loi ; interpréter c'est élucider le sens exact et véritable de la loi [...] [ce qui] peut même parfois prêter au législateur des intentions qu'il n'avait pas [...] mais enfin il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir inventé ; autrement elle ne serait plus l'interprétation¹⁷⁹.

On peut expliquer cette franche déclaration en rappelant que les juristes entretenaient une conception rationaliste du droit, où la portée d'une loi était déterminée par les termes qu'elle utilisait ainsi que par sa *raison d'être*. Dans la mesure où les juristes étaient doués de la même raison que celle du législateur, ils pouvaient prétendre atteindre le sens véritable de la loi en allant, parfois, au-delà des termes utilisés par celle-ci. Cette communauté de raison permettait d'envisager l'acte d'interpréter comme étant une affaire de vérité dont la recherche des motifs de la loi occupait un espace aussi important que l'analyse du texte. L'un n'allait pas sans l'autre, car, comme l'a écrit Jeremy Bentham (tel qu'il a été cité par Domat), « on comprend bien que les choses dont on comprend le *pourquoi*. Les termes de la loi peuvent être clairs et familiers; mais ajoutez-y la raison de la loi, la lumière augmente; il ne peut plus rester de doute sur la véritable intention du législateur, l'intelligence de ceux qui la lisent communique immédiatement avec l'intelligence de ceux qui l'ont faite¹⁸⁰ ». Cette conception du droit permettait également de *confronter* les règles législatives à d'autres formes de rationalités¹⁸¹.

¹⁷⁹ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 76.

¹⁸⁰ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. 3, p. 83 et s., tel que cité dans DOMAT, *Oeuvres complètes de J. Domat*, 2^e éd., par J. Rémy, t. 1, Paris, Alex-Gobelet, 1835, p. ix. Il convient de compléter cette citation avec ce qui suit : « Plus les lois se conçoivent facilement, plus il est aisé de les retenir. Les raisons sont une espèce de *mémoire technique*; elles servent de lien et de ciment à toutes ces dispositions qui ne seraient sans elles que des fragmens et des ruines dispersées. Les lois seules pourraient se comparer à un dictionnaire de mots. Les lois, accompagnées de leurs raisons, sont comme une langue dont on possède les principes et les analogies. Les raisons mêmes deviennent une espèce de guide pour les cas où la loi serait ignorée : on peut préjuger ses dispositions, et par la connaissance acquise des principes du législateur, se mettre en sa place, le deviner ou conjecturer ses volontés, comme on présume celles d'une personne raisonnable avec laquelle on a vécu et dont on connaît les maximes ». Aussi, l'on trouve cette idée chez A. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, 2^e éd., Paris, Videcoq, 1836, p. iii : « Toute proposition manifestée sous une forme quelconque, dans une langue parlée, est accompagnée de la condition, que si sa forme extérieure ne suffit pas pour la manifester toute entière, l'entendement de celui auquel elle s'adresse devra y suppléer par toutes les ressources dont ferait usage celui qui l'emploie, pour la compléter, s'il y était appelé. » À titre de directive d'interprétation, A. MAILHER DE CHASSAT valorisait le recours aux motifs de la loi, il s'agissait d'« [u]ne des meilleurs méthodes générales d'interprétation [qui permettait d'être] assuré d'obtenir une interprétation exacte » (*Id.*, pp. 90-91).

¹⁸¹ Voir Michel BOUDOT, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse, Aix-Marseille III, 1999; à la p. 50, M. Boudot pose la question de savoir si l'on peut qualifier ces auteurs de positivistes et il répond : « Ces auteurs sont "positivistes", entendons plutôt légalistes, pour assoir

Par exemple, dans son traité sur l'interprétation des lois, Mailher de Chassat formule la directive méthodologique suivante : « La première question que se fait l'interprète est celle-ci : Qu'a voulu le législateur ? Après s'être rassuré de cette volonté, qui est le sens de la loi, il doit se faire cette seconde question : Quelles objections raisonnables peut-on faire à l'admission de ce sens ? »¹⁸². À la raison de décider, il fallait confronter les raisons de douter, pour éventuellement les évacuer. Et la raison d'être de ce processus découlait de l'objectif général de l'interprétation de la loi, qui était celui : « de la recherche de la vérité positive, et la sagesse de l'interprète consiste à lever tous les doutes directs et indirects qui s'opposent à la découverte de cette vérité. »¹⁸³

Un exemple des conséquences que peut avoir cette méthode se trouve dans la suggestion, faite par Bressolles¹⁸⁴, d'appliquer les exceptions prévues à l'article 909 du Code civil portant sur l'incapacité directe du médecin dans les cas d'*interposition des personnes*, prévus à l'article 911 du Code civil ! Il admet que « le texte (de l'art. 911) est absolu dans ses termes; il paraît n'admettre aucune exception [...] »¹⁸⁵, mais « le texte de l'article ne doit pas seul résoudre la difficulté proposée, et qu'il faut rechercher, par voie d'interprétation, quelle en doit être la véritable portée, d'après l'*intention* du législateur »¹⁸⁶. Pour justifier que l'on s'écarte du texte, il invoque *Le Discours préliminaire* de Portalis, selon lequel législateur ne peut tout prévoir¹⁸⁷, et cite Aubry et Rau pour appuyer l'opinion selon laquelle un texte qui « quoique présentant un sens nettement déterminé, n'exprime pas fidèlement sa pensée »¹⁸⁸ peut faire l'objet d'une interprétation. Ces arguments permettaient à chaque juriste d'exprimer, parfois de façon fantaisiste, ce qui, selon lui, constituait la volonté du législateur.

leurs opinions sur des positions convergentes d'autres autorités. Ils sont "naturalistes" pour combattre des décisions ou des lois qui heurtent leurs opinions. En fait, le sens contemporain de positivisme ne convient pas du tout à leur représentation de l'ordre juridique. La volonté du législateur ne se conçoit qu'en relation avec sa légitimité. »

¹⁸² A. MAILHER DE CHASSAT, *op. cit.*, note 180, à la p. 94.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ G. BRESSOLLES, « Examen doctrinal de la Jurisprudence en matière civile », (1860) XVI *Rev. crit. de lég. et de jur.* 1.

¹⁸⁵ *Id.*, p. 1.

¹⁸⁶ *Id.*, p. 2.

¹⁸⁷ Fenet, *Trav. prépar.*, t. 1, p. 469.

¹⁸⁸ G. BRESSOLLES, *loc. cit.*, note 184, p.2.

Par la suite, on a pu dire que les juristes ont aussi développé d'autres méthodes d'interprétation qui ont pu favoriser certaines créations. Il y a, en premier lieu, des raisonnements inductifs qui furent défendus et qui consistent pour « l'interprète de bien dégager les principes, très généraux ou plus spéciaux, qui ont inspiré notre législation sur les matières prévues par elle, pour les appliquer aux faits nouveaux et aux besoins actuels révélés par la pratique »¹⁸⁹. En deuxième lieu, lorsqu'un article du Code civil fait référence à une notion ou une institution juridique tirées du droit romain ou de l'Ancien Régime, les auteurs ont parfois rattaché l'ensemble des principes qui régissent celles-ci au système juridique. C'est, du moins, une des raisons pour lesquelles les expressions du droit romain furent intégrées dans l'un des répertoires alphabétique de jurisprudence¹⁹⁰. En dernier lieu, des arguments liés au sens commun animent parfois les controverses sur certaines notions en droit. Par exemple, lors de la discussion sur l'exigence du *prix sérieux* pour que soit reconnue la validité d'une vente¹⁹¹, Marcadé tient cette condition pour acquise lorsqu'il écrit que « tout le monde sait que trois éléments sont indispensables pour l'existence d'un contrat de vente, *une chose, un prix, un objet* [...] [tout] le monde admet aussi que le prix doit présenter trois conditions [...] il faut aussi, et avant tout, qu'il soit sérieux »¹⁹². Bien que le Code ne mentionne pas cette exigence, « le Code demande tout simplement qu'il y ait un prix, et ne prend pas la peine de dire que ce prix doit être sérieux; si on l'a dit, et avec raison, c'est parce que le bon sens indique assez que la loi ne s'occupant que de choses sérieuses, on ne peut invoquer les effets légaux d'une vente que quand on a sérieusement et réellement vendu »¹⁹³. Ainsi, il y a un ensemble de facteurs liés à la précompréhension de l'interprète qui influent sur l'interprétation (le droit antérieur, la cohérence du système, le langage et la conception du droit) et qui font de la recherche de volonté du législateur plus un objectif général qu'une description fidèle du processus d'interprétation.

¹⁸⁹ A. BOISTEL, « Le Code civil et la philosophie du droit », *op. cit.*, note 64, p. 47, à la p. 53; J. CHARMONT et A. CHAUSSE, « Les interprètes du Code civil », *op. cit.*, note 64, p. 133, à la page 154.

¹⁹⁰ PATRIS, *Répertoire général*, LEDRU-ROLLIN, dir., t. 1, Paris, 1845, p. v : « [c]omment, en effet, s'occuper des *interdits*, comment approfondir les *servitudes*, comment se rendre maître de l'admirable matière des *obligations*, sans consulter l'histoire du droit romain? »

¹⁹¹ V.-N. MARCADÉ, « Différence entre la nullité de la vente pour absence de prix sérieux, et sa rescision pour vileté de prix », (1852) 1 *Rev. crit. de la jur.* 24.

¹⁹² V.-N. MARCADÉ, *loc. cit.*, note 191, p. 24.

La valeur accordée aux interprétations judiciaires antérieures permet de saisir l'influence que peuvent avoir les juges sur le sens de la loi. Au début du XIX^e siècle, écrit le professeur Halpérin, « les arrêts sont souvent cités dans un cortège de références diverses à titre d'illustration et uniquement pour appuyer une opinion doctrinale »¹⁹⁴. C'est dire que l'interprétation judiciaire est, en quelque sorte, une opinion de jurisconsulte, qui a une *autorité*, mais elle ne doit être accueillie qu'*après examen*¹⁹⁵. Par exemple, le juge Ancelot¹⁹⁶ a écrit que la jurisprudence « fixe enfin, avec l'autorité qui lui est propre, le véritable sens des lois », mais s'empresse-t-il d'ajouter, « faut-il aller jusqu'à proclamer qu'elle l'*emporte sur toutes les branches rivales de l'interprétation juridique* ? C'est ici que je réclame en faveur d'un droit *antérieur et supérieur*, celui de la doctrine ou de la science. »¹⁹⁷

En définitive, le juge est perçu, à cette époque, comme l'auxiliaire de la loi. Il doit en accomplir l'oeuvre, il doit l'interpréter, mais il ne peut, par principe, créer ouvertement du droit¹⁹⁸. À cette opinion largement partagée, il faut opposer la méthode par laquelle les juristes disent interpréter le Code. À la faveur du caractère général de la rédaction des articles du Code et d'une méthode plus ou moins bien encadrée, les auteurs ont eu des interprétations que l'on pourrait qualifier de créatives. Comme l'a écrit Troplong : « Lorsque Pothier apparut, il fallait résumer le droit : aujourd'hui il faut l'étendre »¹⁹⁹. Une des conséquences de ces théories est

¹⁹³ *Id.*, p. 31.

¹⁹⁴ J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 65, à la p. 56, le professeur décrit la perception de la valeur de la jurisprudence chez de nombreux auteurs du XIX^e siècle : « (les décisions), fondées largement sur l'appréciation des faits, ne tirent pas nécessairement à conséquence et ne doivent pas l'emporter sur la lettre de la loi ou sur la force des principes. »

¹⁹⁵ LAURENT, *op. cit.*, note 117, à la p. 357.

¹⁹⁶ M. ANCELOT, *loc. cit.*, note 196, p. 193.

¹⁹⁷ *Ibid.* Plus loin, à la p. 195, l'auteur critique la possibilité pour le juge de ne se référer qu'à la jurisprudence pour régler des points de controverse litigieux. L'auteur inverse même la hiérarchie traditionnelle des sources, à la page 198 : « [m]ais s'il s'agit d'assigner les rangs entre elles, que le premier soit à la doctrine; car *elle était avant* la jurisprudence, et elle est au-dessus d'elle comme le principe est au-dessus du corollaire, la pensée au-dessus de l'action, la raison qui conçoit et dirige au-dessus de l'habileté qui applique et exécute. »

¹⁹⁸ Les déclarations les plus fortes à ce sujet, outre celles, bien connues, de Robespierre, proviennent des auteurs Aubry et Laurent, qui qualifient d'« usurpation » de pouvoir (Laurent) la possibilité pour les juges de faire du droit en interprétant le Code civil, puis qui appellent à la contestation contre toute « innovation qui tendrait à substituer une volonté étrangère à celle du législateur » (Aubry), tels que cités dans : Léon HUSSON, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », (1972) 17 *A.P.D.* 115, à la p. 122. Selon Léon Husson, c'est ce pouvoir créateur que Génay a tenté d'intégrer dans le système juridique français (*Id.*, aux pp. 128-129).

¹⁹⁹ Tel que cité par J. CHARMONT et A. CHAUSSE, *loc. cit.*, note 189, p. 138.

que la création du droit ne peut se justifier sans faire référence au texte du Code civil²⁰⁰. Néanmoins, cette liberté que se sont donnés les juristes vis-à-vis la lettre du texte ne pouvait que déteindre sur la méthode des juges²⁰¹. Les commentateurs du début du siècle avaient, en quelque sorte, enchaîné les solutions de droit au Code, mais en libérant le juriste de la simple lecture de celui-ci.

B. Le contrôle de l'interprétation

Quis custodiet custodes
Juvénal, *Satires*, VI 346

À l'époque révolutionnaire dans laquelle il est né, le Tribunal de cassation s'était vu assigner la fonction de préserver l'intégrité des lois²⁰². Selon Léon Husson, le Tribunal « n'était pas un organe judiciaire : c'était un service annexe du corps législatif. Loin d'avoir pour mission d'établir l'unité de la jurisprudence, il était chargé d'empêcher qu'il s'en formât une en annulant les décisions "en contravention expresse avec les textes de la loi" »²⁰³. Toutefois, après la codification, et sans que soient modifiées ses attributions, la Cour de cassation a été associée à l'oeuvre d'unification du droit qui, grâce à elle, devait s'étendre à la jurisprudence. Ainsi, le rôle de la Cour de cassation a connu des fluctuations dont il convient de rappeler les traits principaux.

²⁰⁰ C'est, semble-t-il, toujours le cas, voir : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 66, à la p. 373 : « [l']interprétation judiciaire de la loi apporte à celle-ci un important complément par lequel se réalise essentiellement l'oeuvre créatrice et normative de la jurisprudence. »

²⁰¹ En parlant de l'apport des tribunaux français, R. SALEILLES, dans « Le Code civil et la méthode historique », *op. cit.*, note 64, p. 97, aux pp. 104 et s., rappelle que : « [i]ls apportaient au siècle nouveau leurs habitudes d'interprétation coutumière, très large et très souple, voisine de cet arbitraire dont on les avait tant accusés sous l'Ancien Régime, mais prêts à discipliner leur indépendance sous l'empire d'un texte clair, intelligible et précis, confié à leur loyauté et à leur conscience de la légalité et de la justice. »

²⁰² Jean-Louis HALPÉRIN, *Le tribunal de cassation sous la révolution 1790-1799*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 267.

²⁰³ L. HUSSON, *loc. cit.*, note 198, à la p. 117; motif de cassation qui, avec une nuance certaine, s'est transformé « en contravention à la loi » : voir, *la loi du 20 avril 1810*, à l'art. 7.

Dès sa création, deux conceptions du rôle de la Cour de cassation furent défendues : l'une fut élaborée par Merlin de Douai, qui « considère la cassation comme une fonction purement juridictionnelle »²⁰⁴ et l'autre, par Robespierre, qui « envisage[ai]t la cassation comme une dépendance de la fonction législative et l'organe de cassation comme une instance subordonnée, sinon intégrée au corps législatif »²⁰⁵. La première fut contredite par les lois constitutives du Tribunal²⁰⁶ et la seconde fut graduellement écartée par une succession de lois qui ont laissé à la Cour une plus grande indépendance dans le domaine de l'interprétation des lois. La fonction de la Cour de cassation a donc connu une transition : de subordonnée à la loi, elle est devenue son interprète officiel et, l'expression est communément admise, souverain²⁰⁷.

L'autonomie de la Cour de cassation en matière d'interprétation ne s'est établie que graduellement. En premier lieu, cette autonomie s'est acquise *négativement* dans la mesure où le législateur s'est retiré de l'exercice de l'interprétation juridique autrefois « confondue et absorbée dans le pouvoir de créer le droit »²⁰⁸, car il appartenait au législateur de résoudre les questions d'interprétation de la loi par la voie du référé législatif²⁰⁹. Selon la *loi du 16-24 août 1790*, ce référé était facultatif lorsqu'une loi était obscure ou insuffisante et cette voie de recours fut supprimée par l'article 4 du Code civil. Le référé législatif obligatoire²¹⁰ survenait lorsqu'il y avait une seconde cassation pour les mêmes motifs. Encombrant et inefficace, il connut un déclin graduel ponctué de brefs sursauts²¹¹ : il fut supprimé en 1800²¹², puis devint,

²⁰⁴ J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 202, à la p. 267.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Qui refuse à la Cour le droit de connaître du fond des affaires, voir l'alinéa 3 de l'article 3 du *Décret portant institution d'un tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions*, du 27 novembre - 1^{er} décembre 1790.

²⁰⁷ F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 1, à la p. 96 : « ce n'est pas sans exagération, qu'on proclamerait sa souveraineté de fait sur tout l'ensemble du domaine juridique privé. »

²⁰⁸ *Id.*, à la p. 90. À la page 83, Gény rappelle que le principe réservant l'interprétation des lois à celui qui les édicte se trouve exprimé dans plusieurs législations antérieures.

²⁰⁹ Lorsque la loi posait une difficulté d'interprétation, les tribunaux devaient renvoyer au corps législatif, voir : art. 12 du titre II de la *loi du 16-24 août 1790*; lorsque la décision du tribunal de renvoi est attaquée par les mêmes moyens que le premier recours en cassation, le référé législatif devenait obligatoire par l'effet de l'article 256 de la *Constitution*.

²¹⁰ Le référé législatif facultatif prévu par l'art. 12 du titre II de la *loi du 16-24 août 1790* fut supprimé par l'article 4 du Code civil.

²¹¹ Dont le professeur Halpérin fait la description : J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 202, aux p. 52 et ss.

²¹² La *loi du 27 ventôse an VIII*, (1800).

en 1807²¹³, un référé au *gouvernement*, pour renaître à nouveau en 1828²¹⁴ et pour enfin mourir *définitivement*, si l'on peut dire, en 1837. Sur le plan législatif, cette autonomie signifiait que la Cour de cassation n'avait plus l'obligation de référer un cas au législateur lorsque son opinion entraînait en conflit avec celle d'une cour de renvoi : elle avait donc le *dernier mot* et son opinion devait être suivie par la seconde cour de renvoi.

En second lieu, l'autonomie de la Cour de cassation s'est acquise *positivement* par l'extension graduelle des cas d'ouvertures à cassation. Elle ne devait, selon sa loi constitutive, que contrôler les violations « expresses » au texte de loi²¹⁵; l'idée implicite étant que l'interprétation de la loi *in concreto* ou *in abstracto* devait appartenir au législateur²¹⁶ et la Cour ne devait servir qu'à contrôler les violations expresses au texte même de la loi. Sans que soit modifié ce cas d'ouverture, la pratique de la Cour fit en sorte que furent contrôlées les *fausses interprétations*²¹⁷ de la loi et même, selon un nombre important de témoignages, les violations de « principes qui, sans résulter d'aucun texte, sont universellement reconnus par le droit des gens ou par le droit français »²¹⁸. Les juristes préférèrent décrire les cas d'ouvertures par le biais d'une analyse casuistique des cas effectivement contrôlés dont la synthèse finale sera celle qui, aujourd'hui toujours incertaine²¹⁹, distingue selon que les questions relèvent d'un point de droit ou d'une question de fait. La Cour a pu acquérir la compétence de sa propre compétence : le législateur cessa de surveiller le gardien du temple.

Face à cette réalité institutionnelle, les théories doctrinales ont catégorisé la Cour de cassation comme étant plus près, organiquement, du pouvoir législatif que les autres juridictions. Marcadé reconnaît un statut particulier à la Cour de cassation qui, selon lui, ne fait pas partie de l'ordre judiciaire dans la mesure où elle ne *juge* pas les parties, mais plutôt les jugements, elle ne connaît pas le fond de l'affaire : « [I]a Cour de cassation n'est donc point,

²¹³ Par la loi du 16 septembre 1807.

²¹⁴ La loi du 30 juillet 1828.

²¹⁵ Voir, les articles 17 et 24, *Décret portant institution d'un tribunal de cassation...*, *op. cit.*, note 206.

²¹⁶ F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 1, p. 83. Gény formule certains doutes sur la volonté pour le législateur d'imposer son interprétation dans les cas concrets, p. 78.

²¹⁷ *Id.*, p. 93.

²¹⁸ *Id.*, p. 96 (n. 1). L'auteur appuie cette affirmation sur un nombre important de témoignages.

²¹⁹ André PERDRIAU, « Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait? », *J.C.P.* 1993.I.3683.

proprement, une assemblée de juges; c'est une commission d'interprétation et de conservation des lois »²²⁰. Paradoxalement, Marcadé critique le législateur, car, selon lui, il aurait dû, dans la *loi du 1^{er} avril 1837*, attribuer un effet obligatoire à certaines décisions de cette cour : « [c]'est un bien grand tort, et la loi de 1837, inexcusable de tous points, mérite surtout le double reproche de dénaturer les attributions de la Cour suprême²²¹ et de se jouer des intérêts les plus sacrés des citoyens »²²².

La Cour de cassation a donc évolué indépendamment de ses fonctions d'origine à un point tel, qu'un siècle plus tard, François GénY a écrit qu'« aujourd'hui, elle est considérée, par tous, comme souveraine interprète, pour l'ensemble du domaine juridique privé »²²³.

Un autre aspect de sa fonction qui trahit la perception doctrinale de la Cour de cassation se trouve dans son rôle d'unification du droit. En effet, les juristes ont rapidement associé l'effort d'unification du droit à la fonction de la Cour de cassation qui, elle, devait unifier la *jurisprudence*.

²²⁰ V.-N. MARCADÉ, *op. cit.*, note 78, à la p. 75.

²²¹ Parce que, selon lui, la Cour de cassation tranche véritablement le litige lorsque la loi contraint la seconde cour de renvoi à trancher selon la décision de la Cour de cassation.

²²² Qui est le but de la Cour de cassation, celui d'assurer l'unité et la fixité de la jurisprudence, répondre à un besoin de certitude... En réponse à l'opinion qui veut que seul le législateur est en mesure de faire une interprétation *obligatoire* pour tous les tribunaux, il écrit, *op. cit.*, note 78, à la page p. 75 : « si la *légalisation* d'une interprétation ne peut, en effet, émaner que du pouvoir législatif, l'*interprétation* à légaliser, ou légalisée d'avance, peut très bien émaner de toute autre source. » C'est-à-dire que rien n'empêche le législateur de *déléguer* le pouvoir d'interpréter par voie de disposition générale à la Cour de cassation.

²²³ F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 1, p. 88.

*Rendre uniforme la jurisprudence*²²⁴, cette mission décernée à la Cour de cassation est indubitablement liée à l'unification du droit par le Code civil : il semble logique en effet que ce droit unifié dans sa substance soit également unifié dans ses applications. Lors de la codification cependant, aucune disposition législative ne vint consacrer cette *nouvelle* mission. Il est vrai que sous l'Ancien Régime, plusieurs jurisconsultes déploraient la diversité de jurisprudence des Parlements souverains dans leur juridiction. En maintenant un organe au-dessus de chacune des cours d'appels, il était permis de croire que, symboliquement, le législateur entendait assurer une certaine uniformité dans l'application de la loi. Cette façon d'interpréter le rôle de la Cour de cassation se trouve déjà chez Toullier qui souligne le danger de ne pas contrôler les cours d'appel, car on risquerait « d'introduire ainsi une jurisprudence différente dans chaque ressort, et de replonger insensiblement la législation dans le chaos, d'où le fait sortir le grand bienfait d'un code uniforme pour la France »²²⁵. De plus, les auteurs qualifient fréquemment la Cour de cassation de cour *régulatrice*, ce qui lui attribue un rôle de direction de la jurisprudence et qui connote la valeur normative de ses décisions.

Un exemple qui traduit cette représentation doctrinale se trouve dans la réaction de la doctrine face à la *loi du 30 juill. 1828*. Cette loi enlevait aux juridictions de second renvoi l'obligation de respecter l'opinion de la Cour de cassation pendant que se déroulait le référé législatif qu'elle rétablissait. D'une part, elle n'interrompait pas le cours du procès pendant le

²²⁴ Selon DUPIN, *op. cit.*, note 78, aux pp. 506-507, « [l']uniformité de jurisprudence est garantie d'ailleurs par l'institution de cette cour régulatrice qui, prenant pour devise la loi, a pour mission de ramener à ce point, comme un centre unique, tous les arrêts qui tentent de s'en écarter. »; voir, AUBRY et RAU, *op. cit.*, note 79, à la p. 126 : « [l]es cours impériales étaient indépendantes les unes des autres, et souveraines dans leur ressort, il était à craindre qu'elles ne se missent au-dessus de la loi, et qu'il ne s'établît une jurisprudence différente [...] [or, la Cour de cassation pouvait éviter ces débordements et] ramen[er] [...] les tribunaux à une jurisprudence uniforme. »; M. SACASE, « Jurisprudence du dix-neuvième siècle », (1855) 6 *Rev. crit. de lég. et de jur.* 83, à la p. 85 : « sans l'unité de jurisprudence, comment assurer l'unité de législation ? - Veiller au maintien vigoureux de cette double unité, perpétuer l'une par l'autre, tel fut donc l'office dévolu à un tribunal suprême. »; *Dictionnaire Dalloz*, *op. cit.*, note 93, t. 1, p. 321, au par. 1 : « Les mêmes raisons qui ont fait sentir le besoin de l'unité de législation, ont dû inspirer l'idée de la création d'un tribunal supérieur chargé d'en surveiller l'application ; car sans une pensée, sans une inspiration unique, le but qu'on voulait atteindre n'aurait été qu'une séduisante utopie : l'unité de législation tient donc essentiellement à l'uniformité de la jurisprudence ; et, pour que celle-ci fut uniforme, il fallait de toute nécessité qu'un seul tribunal, placé en-dehors des faits et des intérêts privés, associé par ses lumières comme par sa position à la pensée du législateur, eût la mission d'y travailler d'une manière spéciale. »

²²⁵ TOULLIER, *op. cit.*, note 76, à la p. 29, par. 126.

référé législatif, ce qui lui valut des louanges. Mais, d'autre part, comme l'a exprimé Demolombe, elle a été critiquée, car « contrairement aux règles fondamentales de la hiérarchie judiciaire », elle donnait « le dernier mot aux Cours royales » et « [a] créé un puissant obstacle [...] à cette uniformité de décisions judiciaires, que la Cour de cassation, Cour suprême, Cour souveraine, ne peut procurer et maintenir qu'autant que ses arrêts seront, en effet, suprêmes et souverains »²²⁶. Selon cet auteur, il y a donc une confusion, que l'on trouve également chez d'autres, entre « avoir le dernier mot » sur une question de droit et la capacité d'uniformiser la jurisprudence. Ainsi, la loi du 1^{er}-2 avril 1837 fut accueillie comme rétablissant le rôle de la Cour de cassation, seule souveraine sur les questions de droit. Le commentaire du garde des sceaux, rapporté dans le *Répertoire Dalloz* consistait à prétendre que :

la loi du 30 juill. 1828 avait privé la Cour de cassation d'une importante partie de sa mission et de son autorité suprême. Ce n'était plus elle en effet qui pouvait fixer la jurisprudence et la rendre uniforme, puisqu'après un premier arrêt de cassation, si la cour royale ne partageait pas son avis, un second arrêt des chambres réunies n'avait pas plus d'autorité que le premier : la troisième cour royale, dont l'arrêt était souverain alors, restait maîtresse de condamner encore la doctrine de la cour de cassation.²²⁷

Une curiosité du droit français consiste, vu de l'extérieur, à faire reposer la possibilité d'unification de la jurisprudence strictement sur des critères hiérarchiques²²⁸. Rares sont les juristes qui, comme Marcadé²²⁹, prônent la mise en place d'un mécanisme contraignant de

²²⁶ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 76; Perreau rapporte que « dès la promulgation de cette seconde loi [celle de 1828], chacun des cours d'appel reprit son indépendance; le référé au pouvoir législatif n'ayant jamais lieu, les Cours d'appel avaient le dernier mot. Une Cour poussait tellement loin le souci de son indépendance, qu'elle ne permettait pas de citer devant elle un arrêt de cassation, pour ne pas sembler, si elle en acceptait la solution par hasard, s'incliner devant son autorité » : E. H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, Librairie des sciences politiques & sociales, tome premier, p. 50.

²²⁷ A. DALLOZ, *dir.*, *op. cit.*, note 150, t.5, Partie suppl., p. 155, n. 1052. Voir : J. B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'état*, t. 37 (année 1837), Paris, Bousquet, 1838, aux pp. 83 et s. Duvergier expose les motifs de M. le garde des sceaux, à la page 83, note (2), qui souligne le sacrifice, par l'effet de la loi du 28 juillet 1828 de l'unité de la jurisprudence et donc, de l'abandon forcé de l'unité de législation, puisque les nombreuses cours du royaume pouvaient juger différemment la même question. M. Le garde des sceaux affirme, plus loin, à la page 85, que « [la Cour de cassation] est gardienne et dépositaire du véritable esprit de la loi ».

²²⁸ Vérifier l'assertion selon laquelle Emile Durkheim aurait écrit que le contrôle hiérarchique exercé sur les juges pourrait expliquer la jurisprudence...et non pas seulement le critère de caractère juste de la décision. François Gény cite à ce sujet un court passage d'Antoine Augustin Cournot, *Essai sur le fondement de nos connaissances*, t. II, 1851, p. 129 : « [c]e ne sont point tant les textes légaux qui limitent l'arbitraire des juges, que la bonne administration des pouvoirs judiciaires, leurs rapports hiérarchiques et la manière dont ils se contrôlent ».

²²⁹ MARCADÉ, *op. cit.*, note 220; Beudant, *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, t. 9, 1^{ère} série, 1860, p. 525, la portée générale des arrêts de la Cour de cassation : p. 531 : il ya eu une proposition par M. de Cambon en 1837 p. 531 : « de donner force de loi générale aux arrêts rendus par la Cour de cassation sur

respect des décisions de la Cour de cassation. Au contraire, les auteurs, en précisant la portée strictement individuelle des décisions judiciaires, insistent généralement sur la liberté dont dispose tout juge subséquent lorsqu'il tranche un litige. La possibilité d'unification de la jurisprudence semble donc reposer sur peu de choses : outre la crainte de voir sa décision cassée et le cas particulier d'un second renvoi, aucun motif juridique n'assure le respect de la jurisprudence de la Cour de cassation par une cour d'appel. Cette contrainte *psychologique* n'aurait peut-être pas été aussi efficace si elle n'avait pas été complétée par une valorisation des décisions émanant de la Cour.

C'est ainsi que sur le plan qualitatif, la *valeur* attribuée aux décisions de la Cour de cassation semble également dépasser celle des autres tribunaux ou cours d'appel. Les auteurs font preuve d'un certain parti pris en faveur de cette institution. Par exemple, Dupin, formule le conseil suivant : « [e]ntre plusieurs arrêts, préférer ceux de cassation, à moins qu'il n'apparaisse que la Cour s'est trompée, ou que sa jurisprudence n'est pas encore bien fixée »²³⁰. Parce que lorsque deux causes mettent en présence les mêmes types de faits et que l'une a été tranchée par la Cour de cassation, « on peut d'avance présumer qu'elle sera jugée dans le même sens »²³¹. Dans la *Jurisprudence générale*, on dit des décisions de la Cour de cassation qu'elles « commandent le respect, moins encore par l'empire de l'autorité dont elles émanent, que par l'autorité du savoir et de la raison que l'on y voit briller »²³². Plus près de notre sujet, on peut lire, dans le *Dictionnaire Dalloz* « que c'est des arrêts d'un tribunal unique, que c'est de la cour régulatrice seule que les règles de jurisprudence doivent émaner, et non des décisions sans cesse divergentes et presque sans autorité, au-delà de leur ressort, de cette foule de tribunaux qui couvrent le territoire »²³³.

second pourvoi (qui) fut rejetée comme subversive des principes de notre organisation politique. Mais (ajoute l'auteur), écartées comme loi, ces arrêts, quelques-uns au moins, obtiennent en fait une autorité presque égale, ils complètent l'unité de législation par l'unité de jurisprudence. »

²³⁰ DUPIN, *op. cit.*, note 78, p. 540.

²³¹ *Ibid.*

²³² Préface de la *Jurisprudence générale du Royaume*, note 114, p. v, déjà, il semble y avoir existé une certaine hiérarchisation des arrêts, à la p. xi : « Les arrêts de la section civile jouissent, comme on sait, de plus d'autorité que ceux de la section des requêtes, parce qu'ils ne sont rendus qu'après une discussion contradictoire qui ne précède point ceux-ci. »; l'auteur distingue aussi les arrêts de cassation et les arrêts de rejet (p. xi).

Mais le rôle institutionnel de la Cour n'interdit pas la critique de ses décisions par les cours inférieures. Par exemple, Marcadé rapporte les motifs suivant d'un tribunal de province : « [a]ttendu que la jurisprudence de la Cour de cassation [sur la question étudiée] se fonde sur trois propositions qui ne peuvent soutenir un examen sérieux [...] que le système [...] que la jurisprudence de la Cour de cassation tend à faire prévaloir s'appuie sur des bases fausses et erronées de tous points [...] »²³⁴. Extrait que Marcadé se plaît à commenter :

[s]'il est pénible de voir qualifier si durement une doctrine professée avec tant de persistance par le premier corps judiciaire de la France, il est beau aussi de voir un simple tribunal de province faire preuve de tant de conscience et d'indépendance [...] Sans doute la cour de cassation a droit au respect et aux égards de tous; mais elle a droit aussi à la vérité, et c'est remplir un devoir vis-à-vis d'elle-même que de la lui dire.²³⁵

La Cour de cassation semble donc s'être vu confier la mission d'unifier la jurisprudence, sans qu'on lui reconnaisse la qualité d'infaillibilité. Cette façon de concevoir le rôle de la Cour de cassation peut sembler contradictoire, car elle se voit attribuer à la fois un rôle normatif, celui de ramener les autres tribunaux à l'ordre, et un rôle déclaratif, celui de *jus dare*, qui doit respecter une vérité théorique²³⁶.

*
**

L'auteur du *Discours préliminaire* savait qu'à la lettre du Code allait s'ajouter un bassin de maximes et de jurisprudence²³⁷. Et l'on retrouve une résignation, qui traduit une certaine modestie²³⁸, chez ce commissaire pour qui toute loi se révélera un jour ou l'autre incapable de régler des cas nouveaux et qui prévoit déjà le rôle qu'occupera la pratique du droit dans sa

²³³ *Dictionnaire Dalloz, op. cit.*, note 93, t. 1, par. 703.

²³⁴ *Jour. du Pal.* t. II, 1852, aux pp. 341-342.

²³⁵ V.-N. MARCADÉ, « Examen doctrinal des principaux arrêts », (1853) III *Rev. crit. de lég. et de jur.* 553, à la p. 564.

²³⁶ De plus, lorsqu'elle déclare le droit, elle le fait sous le couvert d'une interprétation de la loi où elle ne peut prétendre *créer* le sens. C'est pourquoi l'interprétation judiciaire n'est considérée que comme une opinion strictement doctrinale. Ce n'est que plus tard que cette *fiction* du caractère passif de l'acte d'interpréter sera mise à nue. Sur le rejet subséquent de cette conception métaphysique, voir : Christophe JAMIN, « L'oubli et la science [...] Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », (1994) 93 *R.T.D.civ.* 815.

²³⁷ PORTALIS, *op. cit.*, note 151, à la p. 260.

²³⁸ J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, note 65, aux pp. 22 et s., qui souligne le rôle de ce *Discours* dans l'entreprise de légitimation du Code.

formation. Cela va de soi, « [c]ar, si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie »²³⁹. Ainsi, Portalis dresse un portrait prophétique de l'effet du temps sur les textes de loi, notamment sur le fond du droit²⁴⁰. À ce phénomène se greffent forcément les outils de travail qui permettront aux juristes de garder la mémoire des décisions passées : « [t]out cela suppose des compilations, des recueils, des traités, de nombreux volumes de recherches et de dissertations »²⁴¹. Situation qu'il envisage de façon optimiste : « [i]l est trop heureux qu'il y ait des recueils, et une tradition suivie d'usages, de maximes et de règles, pour que l'on soit, en quelque sorte, nécessité à juger aujourd'hui comme on a jugé hier. »²⁴²

Si les juristes disaient reconnaître un effet de répétition et d'imitation²⁴³ provoqué par les arrêts, pourquoi n'ont-ils pas directement posé la question du statut de la jurisprudence en droit français ? Une piste de réponse se trouve dans une réflexion du doyen Carbonnier, qui souligne que « [t]ant que la règle se présentait sous les espèces d'un adage, elle n'avait besoin d'exhiber d'autre titre que la coutume [...] Au contraire, du moment où elle prend la forme d'un emprunt à la théorie procédurale de l'intérêt, elle doit se soumettre à un test de légalité. »²⁴⁴. En matière de jurisprudence, dans la mesure où elle prenait la forme « d'une jurisprudence des arrêts », les auteurs n'avaient pas à en rechercher un critère de validité. Elle n'avait de rôle qu'en tant qu'elle était prudente, son autorité tenait à cette qualité. D'où l'insistance sur la valeur des magistrats, sur la science des tribunaux et de la libre critique que l'on en faisait. Il est vrai, pour reprendre Carbonnier, qu'au moment où la jurisprudence se présente à l'intérieur d'une vision positiviste du droit, elle doit être validée par une norme positive supérieure, d'où le problème de la jurisprudence source de droit.

²³⁹ PORTALIS, *op. cit.*, note 151, à la p. 259.

²⁴⁰ « Il serait, sans doute, désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois. Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi; une suite non interrompue de décisions semblables; une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi » : *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ « Il est rare qu'une mauvaise décision n'en amène pas d'autres semblables à sa suite; elle agit comme une cause qui engendre d'autres effets... » : SERRIGNY, « Examen doctrinal de la Jurisprudence de la cour de cassation et du Conseil d'État », (1859) 15 *Rev. crit. de lég. et de jur.* 1, p. 7.

²⁴⁴ Jean CARBONNIER, « De minimis non curat preator », dans *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 29, à la p. 32.

Il serait téméraire toutefois d'affirmer que les juristes n'étaient pas *conscients* de l'importance de la jurisprudence et de sa capacité à modifier les comportements. Il est vrai que le discours doctrinal du siècle dernier s'attarde généralement à ce que le droit *devrait être*. D'où les principes de la recherche de l'intention du législateur, en matière d'interprétation, et du caractère purement doctrinal des interprétations judiciaires. Mais, en relisant la formule de Demolombe à propos de l'acte d'interpréter (l'interprétation « peut même parfois prêter au législateur des intentions qu'il n'avait pas²⁴⁵ »), on constate que les auteurs savaient apprécier la contradiction qui oppose parfois la théorie de la pratique dans le droit.

Aussi, l'un des objectifs de la codification, celui de ramener une pluralité d'ordres juridiques à un seul, semble avoir profondément influencé la perception de la jurisprudence. D'une part, il paraît clair que le principe de la rupture avec les solutions passées, consacré législativement, a agi sur la théorie des sources des solutions juridiques, celles-ci devant se rattacher au Code²⁴⁶. La jurisprudence n'avait de sens que lorsqu'elle se lisait avec le Code et l'interprétation effectuée par la Cour de cassation, la *substance* de sa jurisprudence, ne devait être acceptée que si elle se conformait à un principe qui lui était extérieur, soit une forme de vérité théorique. D'autre part, et par une réunion d'idée, la mission de la Cour de cassation s'est confondue à celle du Code civil : elle devait ramener à l'ordre les différentes juridictions. C'est cette mission qui lui donne un *pouvoir* ou une légitimité qui dépasse celle des autres juridictions.

Mais c'est sur le plan terminologique et théorique que la transition est la plus frappante en droit privé français. À l'aube du nouveau siècle, on observe chez Lambert que « jurisprudence » et « règle jurisprudentielle » se confondent²⁴⁷ et, au même moment, un débat

²⁴⁵ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 76.

²⁴⁶ Quoiqu'il est utile, voire nécessaire, d'éviter de généraliser cette conclusion.

²⁴⁷ Edouard LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. 1, « Les conceptions étroites ou unilatérales », Paris, V. G^{ard} & E. B^{ère}, 1903, à la p. 20 : lorsqu'il écrit que « [l]a jurisprudence n'a pas pour mission officielle de créer du droit nouveau, mais de constater le droit préexistant. Les règles jurisprudentielles ne peuvent point afficher le caractère d'innovations »; voir aussi, les pp. 159-160. Voir, également : Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1934, à la p. 92 : « On désigne sous ce nom (la jurisprudence) l'ensemble des règles de droit dégagées des arrêts. »

va naître sur son statut. Il s'agit de signes qui indiquent que la représentation doctrinale des décisions judiciaires n'est plus la même, et il convient à présent de situer à quel point ils sont révélateurs d'une seconde façon de penser la fonction des tribunaux.

Section 2 - De la règle jurisprudentielle au pouvoir normatif des juges

Le début du XX^e siècle s'annonçait comme celui de la rupture avec la méthode et la philosophie des premiers commentateurs du Code civil, les *exégètes*²⁴⁸. À cette époque, la doctrine française était animée de projets ambitieux dont l'objectif commun, tel qu'il était présenté, consistait à amorcer une ère *scientifique* du droit dans laquelle la jurisprudence jouerait un rôle important, que ce soit dans son élaboration ou dans sa description.

En premier lieu, l'attrait de la jurisprudence se trouvait dans sa capacité d'adapter le droit aux faits sociaux, en le faisant *évoluer* au moyen d'interprétations nouvelles de textes législatifs jugés surannés. Cet enthousiasme pour la jurisprudence n'aurait peut-être pas été aussi grand s'il n'y avait eu, à la fin du XIX^e siècle, un nombre important de principes d'origine jurisprudentielle qui furent reconnus comme de véritables créations prétoriennes et qui semblaient moderniser le Code civil²⁴⁹. Ceux-ci, nés d'interprétations *suspectes* du Code civil²⁵⁰, ont connu un grand intérêt dans la communauté juridique qui leur a consacré un bon nombre d'articles et de thèses²⁵¹.

²⁴⁸ L'opinion n'était pas nouvelle, mais elle ne faisait pas l'unanimité. Parce que Sacase prétend que la jurisprudence a fait vieillir les premiers interprètes, Ancelot rappelle :

Qui donc a fait vieillir Merlin, Henrion et Toullier ? Serait-ce la jurisprudence ? Mais comment l'*application* frapperait-elle de caducité la science *appliquée* ? N'est-il pas évident que ces illustres Juristes ont été détrônés pas d'autres Juristes qui avaient, du reste, l'avantage de venir après eux ? [...] Sans doute la jurisprudence qui est sans cesse en contact avec les réalités sociales, a ouvert depuis eux mille et mille points de vue qu'ils ne pouvaient apercevoir dans le lointain des contingents futurs ; mais ce n'en est pas moins dans leurs *doctrines* que résidait le germe latent des solutions futures : on ne les a dépassés qu'en suivant leurs traces.

M. ANCELOT, *loc. cit.*, note 105, aux pp. 197-198.

²⁴⁹ Comme la reconnaissance de la validité d'une assurance-vie, des régimes de responsabilité fondés sur la garde des choses, de l'abus de droit, de l'enrichissement sans cause, la théorie de l'apparence, etc.

²⁵⁰ L'interprétation n'est-elle pas considérée comme « la forme intellectuelle de la désobéissance » ? L'expression est du professeur Cornu lors de la Conférence Albert Mayrand sur « L'imagination et le droit », 6 octobre 1998 : « [...] l'interprétation n'a pas bonne réputation parce qu'elle est considérée comme la forme intellectuelle de la désobéissance, aller au-delà du texte par le texte a permis bien des avancées. Interpréter c'est

En second lieu, à la fin du XIX^e siècle, la doctrine dénonçait les méthodes anciennes et elle tentait d'élargir ses horizons de recherche en cherchant à intégrer une démarche sociologique en droit. Dans ce contexte, la jurisprudence constituait un outil idoine d'observation de l'interaction et, parfois, de la confrontation entre le droit et la société. Elle est donc devenue, pour nombre d'auteurs, une *fontaine de jouvence*²⁵² de la recherche juridique²⁵³.

Comme l'a indiqué Lambert :

[i]l suffira, pour restituer toute sa précision et toute son exactitude à l'appareil d'interprétation faussé par l'emploi de la méthode dominante, de substituer comme objet des études de droit civil au système inerte et atrophie du Code civil, le système souple et vivant de la jurisprudence²⁵⁴.

C'est également l'opinion que partageait Adélarde Esmein qui, dans un article remarquable, visait à introduire une nouvelle méthode d'analyse du droit privé dans laquelle la jurisprudence occuperait une place centrale. Après avoir décrit l'évolution des techniques d'utilisation des

tordre. L'oeuvre de l'imagination tortueuse. »

²⁵¹ Une foule de thèses de doctorat, entre les années 1890 et 1930, portaient sur des créations jurisprudentielles.

²⁵² Idée que l'on trouve parfois dans la doctrine, voir en particulier : Henri MAZEAUD, Louis MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil - Introduction à l'étude du droit*, t. 1, vol. 1, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 1996, à la p. 176 : « Le principe que les lois ne sont pas abrogées par la désuétude, se trouve justifié par cette constatation que, grâce à son effort constant d'adaptation, *la jurisprudence est pour la loi la fontaine de jouvence* »; Raymond Saleilles, dans son article « Le Code civil et la méthode historique », dans *op. cit.*, note 64, à la p. 105, dépeint la jurisprudence comme un lieu de formation spontanée du droit :

Le voilà bien, l'organe de la coutume rêvée par Savigny ! La voilà, en quelque sorte prise sur le vif, la génération spontanée du droit, née des besoins populaires et des nécessités économiques ! Elle monte peu à peu à la surface de la vie diffuse des masses inorganisées, pour se cristalliser en formules qui se généralisent et en institutions qui puissent fonctionner.

²⁵³ On présentait le recours à la jurisprudence comme une nouvelle méthode d'*interprétation des lois*, mais, au regard des objectifs poursuivis par la doctrine, on peut y voir un véritable programme de recherche. Voir l'ouvrage collectif : *Le Code civil - 1804- 1904 - Livre du centenaire*, t. 1, Paris, Rousseau, 1904; en particulier les articles de J. CHARMONT et A. CHAUSSE, « Les interprètes du Code civil », dans *op. cit.*, note 64, à la p. 153 :

l'exégèse avait donné tous les résultats qu'on pouvait en attendre, mais c'était un moyen et non un but. Il devenait indispensable [...] de briser un cadre devenu trop étroit et d'entreprendre une oeuvre vraiment créatrice afin de pouvoir résoudre les questions nouvelles.

Dans cet ouvrage, l'on retrouve plusieurs *annonces* d'une nouvelle méthode d'interprétation du Code civil comme, par exemple, celle d'A. BOISTEL, « Le Code civil et la philosophie du droit », dans *op. cit.*, note 64, qui, à la page 53, traite de la méthode de l'« observation » et, à la page 171, du recours à l'« analogie des lois postérieures, la conscience juridique collective et le droit comparé » dans le cadre de l'activité interprétative. Selon le professeur Atias, on peut attribuer ce besoin de « nouveauté » au fait que « [l]'exégèse ne peut remplir son office lorsque les juristes ont perdu la culture et la formation des Demolombe, Marcadé, Troplong. » : Christian ATIAS, *Épistémologie du droit*, coll. « Que sais-je? », Paris, P.U.F., 1994, p. 96.

²⁵⁴ E. LAMBERT, *op. cit.*, note 247, à la p. 42 et qui ajoute : « ce matériel comprendra toutes les maximes consacrées par la jurisprudence, toutes les solutions nées de l'activité de la pratique ou de la répétition des précédents. »

décisions judiciaires²⁵⁵, il termina son propos avec un souhait, qu'il présenta comme une nécessité : « [i]l faut que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude : elle ne perdra point pour cela son originalité et sa force ; elle acquerra au contraire une sève rajeunie et des floraisons nouvelles »²⁵⁶.

En réunissant ces qualités, la jurisprudence devenait un objet précieux pour la doctrine qui a rapidement mis au jour son intérêt pour la science du droit. En même temps, elle a ressenti le besoin d'en situer l'espace dans le système juridique, ce qui a débouché sur une controverse, celle de savoir si la jurisprudence constituait une source de règles juridiques.

Comme il a été mentionné plus haut, au regard d'une étude sur la règle jurisprudentielle, la réflexion sur la « jurisprudence–source du droit »²⁵⁷ est accessoire : ce débat ne préjuge ni de sa qualité d'être « règle »²⁵⁸ ni du fait d'avoir une origine « jurisprudentielle ». Mais la controverse sur le rôle de la jurisprudence en droit privé permet de discerner clairement la conception doctrinale de celle-ci (§ 1). En retour, un acteur occupe une place centrale dans l'émergence de la règle jurisprudentielle, la Cour de cassation. Une étude particulière mérite de lui être consacrée dans la mesure où il apparaît évident que son activité a fortement influencé la réflexion sur le pouvoir normatif de la jurisprudence (§ 2).

²⁵⁵ Adélarde ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », (1902) 1 *R.T.D.C.* 5, à la p. 10 et s.

²⁵⁶ A. ESMEIN, *loc. cit.*, note 255, p. 11.

²⁵⁷ Il n'y a pas de formule consacrée pour décrire ce débat, les auteurs faisant référence indistinctement à la question de la jurisprudence source *de* droit et source *du* droit. Or, la nuance est importante, voir : Eugène L. BACH, « Jurisprudence », *Répertoire civil*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2000, n° 36 et s.

²⁵⁸ Si l'on admet, bien entendu, qu'il existe d'autres règles que les règles de droit.

§ 1 - Le rôle de la jurisprudence : essai sur une controverse

Le système est vrai en tant
qu'il est une vue sur le réel;
il est faux en tant que cette vue
prétend être intégrale.
Jean Lacroix²⁵⁹

En abordant la question du statut juridique de la jurisprudence, les juristes français de droit privé²⁶⁰ ont généralement suivi deux directions. Soit ils ont recherché dans les postulats fondamentaux de leur système si les règles dégagées de la jurisprudence *pouvaient, devaient* ou *ne devaient pas* être considérées comme des règles juridiques. Soit ils ont recherché si, *dans les faits*, les règles existaient ou non. Ainsi, ils ont suivi, parfois en les cumulant, la méthode empirique et la méthode dogmatique²⁶¹. Les raisonnements se sont construits selon une série de propositions que l'on pourrait résumer ainsi, en les schématisant. Théorie *pro* : la jurisprudence est une source réelle de droit, car il existe des règles sanctionnées par les institutions judiciaires qui ne peuvent se rattacher, dans leur substance, à une disposition législative. Nier le phénomène jurisprudentiel relèverait alors d'« un irréalisme remarquable »²⁶² ! Théorie *contra* : la jurisprudence n'est pas une source de droit, car elle ne peut pas l'être. L'effet obligatoire d'une décision judiciaire ou d'un arrêt de cassation est limité constitutionnellement et législativement.

Plusieurs auteurs de droit privé ont participé à ce débat. En fait, le nombre et la qualité des interventions traduisent l'importance qu'il a pu prendre en droit français. Étant donné son caractère théorique et fondamental, la question de la jurisprudence a été abordée dans des

²⁵⁹ *Itinéraire spirituel*, n. 35 des Cahiers des nouvelles journées, 1937, p. 98, à la p. 100.

²⁶⁰ La controverse sur le statut juridique de la jurisprudence a surtout animé les auteurs oeuvrant dans ce domaine du droit.

²⁶¹ Sur l'importance de ces méthodes en droit, voir : Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1989, p. 63.

²⁶² Olivier DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II : « Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé », Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 349, à la p. 357 : « En

articles de fond, généralement écrits dans le cadre de *Mélanges* rendus en hommage à un professeur²⁶³. Aussi, la réflexion sur le statut de la jurisprudence est devenue incontournable dans les ouvrages d'introduction au droit qui, par leur simple quantité, multiplient directement les opinions émises. Outre ces opinions professorales, il serait injuste de ne pas mentionner l'existence d'une autre source de réflexion, celle des thésards qui, à l'ombre du débat doctrinal, et peut-être sous son inspiration, ont abordé la question du statut de la jurisprudence²⁶⁴ de façon approfondie. Si le caractère fondamental de la question explique vraisemblablement l'engouement qu'elle a suscité, il permet sûrement de comprendre les divisions qu'elle a entraînées.

Aussi, l'opposition tranchée entre les deux écoles est toujours vivante, mais la circularité des arguments entraîne parfois des manifestations de lassitude dans la doctrine²⁶⁵. En ce sens, il paraît impossible de trancher cette question sans adopter une *théorie du droit*, ce qui revient à dire que le juriste défend, explicitement ou non, une conception du droit lorsqu'il tente

niant ou en ignorant la présence dans notre droit de règles jurisprudentielles, ces auteurs témoignent de la sorte d'un irréalisme remarquable ».

²⁶³ L'on peut concevoir que le format général retenu pour ce type d'ouvrage collectif favorise l'étude de thèmes plus théoriques et moins liés aux questions d'actualité, ce qui se reflète également dans le style d'écriture.

²⁶⁴ Dans le cadre d'une thèse, écrite sous forme d'essai, le professeur Belaïd a d'abord plaidé la reconnaissance d'un troisième pouvoir, celui de la fonction judiciaire (Sadock BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, L.G.D.J., 1974). Vinrent ensuite une série de thèses qui voulurent en faire la démonstration. L'une avait pour objet d'en montrer l'effet véritable sur le plan sociologique (Marianne SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence, étude sociologique*, thèse Paris II, 1983). Une autre défendait la reconnaissance du pouvoir judiciaire en rappelant ses principales créations (Dominique DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse, Paris II, 1980). Une dernière, dans une étude qui se démarque par sa méthode, montre l'enchevêtrement des pratiques doctrinales avec la reconnaissance d'un système jurisprudentiel (Evelyne PORT-LEVET-SERVERIN, *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé*, thèse, Lyon, 1983); d'autres thèses ont accompagné ce mouvement, voir : S. MARGUERY, *Contradiction et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse, Bordeaux, 1984; Marie-Odile ROLLAND-JACOB, *La jurisprudence d'appel, source de droit*, thèse, Rennes, 1985; Dominique D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges*, thèse, Strasbourg, 1991.

²⁶⁵ F. ZENATI, *op. cit.*, note 45, à la p. 116. Paul ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », (1952) 51 *R.T.D.C.* 17, à la p. 19, l'auteur reconnaît qu'il s'agit d'un « débat sans issue, car il fait répondre non et oui, suivant qu'on se place dans le champs des idées pures ou qu'on considère la réalité des faits »; Olivier DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », dans les *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 463, à la p. 464 : « Heureusement, comme bien des discussions de théorie générale, [la discussion à savoir si l'on doit reconnaître la création directe par la jurisprudence de règles générales] est une discussion sans réelles conséquences sur le terrain de la pratique, ce qui autorise certains à la déclarer vaine [!]. »

de résoudre ce casse-tête juridique²⁶⁶. Ce qui est intéressant dans ce débat, ce ne sont pas tant les théories du droit implicitement défendues que les observations sur lesquelles elles se fondent, et qui permettent de saisir comment la doctrine perçoit l'effet provoqué par les décisions judiciaires sur l'ordre juridique. Pour ce faire, il convient d'envisager, en premier lieu, les analyses qui ont rangé plus ou moins directement les règles jurisprudentielles dans la catégorie des règles coutumières (A.) pour, ensuite, aborder les théories qui en constituent le prolongement intellectuel (B.).

A. Les maîtres : Gény et Lambert

L'analogie entre l'effet provoqué par une suite de décisions semblables et le mode de formation des coutumes, lorsqu'elle a été défendue à la fin du siècle dernier, n'était certes pas nouvelle en droit français²⁶⁷. Malheureusement, les juristes s'y référèrent plus pour illustrer les égarements des réflexions passées que pour tenter d'en cerner le bassin de vérités qu'elle comporte. En sa faveur, c'est elle qui, chronologiquement, apparaît en premier, c'est donc à partir d'elle que se sont façonnées les réflexions postérieures. De plus, elle a attiré les grands noms du droit privé. Ainsi, au risque d'en amplifier l'importance, cette interprétation du phénomène jurisprudentiel mérite d'être étudiée de façon distincte, car elle a soulevé des arguments-types qui seront largement repris par la suite.

²⁶⁶ Certains ont cru y arriver en affirmant que *la réalité des faits* permettait de répondre affirmativement à la question du statut de la jurisprudence. Mais la règle jurisprudentielle est une construction de l'esprit qui, comme la loi, peut ne pas être suivie *dans les faits*. Étant affaire d'opinion, il n'y a pas d'argument péremptoire susceptible de clore le débat du statut de la jurisprudence. En retour, ce serait un bien grand tort que de voir dominer une seule théorie, car, pour reprendre Aubry et Rau, « La science n'a-t-elle pas à gagner à la diversité de méthodes? » (Préface de la 3^e édition, p. x).

²⁶⁷ K.-S. ZACHARIAE, *op. cit.*, note 75, p. 50 (ajouts de Massé et Vergé) : « La jurisprudence ne peut, par la suite, avoir l'autorité d'un droit coutumier; et si, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, les tribunaux ne doivent pas facilement revenir sur une doctrine précédemment admise, leur devoir est cependant, d'un autre côté, de ne pas persévérer dans celle dont l'expérience ou la théorie leur a démontré l'erreur ». Marcel Planiol y voyait une forme de *tradition* que maintiennent les juges à l'égard de leurs décisions passées ou d'un *droit coutumier de formation récente* : Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e éd., t. 1, Paris, Cotillon, à la p. 42 (n.1) et à la p. ix de la préface. Même si la formule a eu un certain succès, l'auteur n'a pas livré les raisons de son opinion, ce qui empêche d'en approfondir le contenu.

En établissant une parenté entre la coutume et la jurisprudence, Édouard Lambert et François GénY ont exprimé avec vigueur l'importance de l'effet provoqué par les décisions judiciaires, que ce soit au sein de la société ou parmi le corps des spécialistes du droit. En retour, le nœud de leur désaccord se trouve dans la distinction primordiale, formulée par GénY, entre les sources formelles du droit et les autorités — qui, par la suite, seront appelées sources matérielles ou interprétatives — dont la frontière est, *a priori*, infranchissable. L'approche de Lambert se réclame plutôt du réalisme dans la mesure où il conclut que le droit ne saurait se définir en faisant abstraction de la pratique judiciaire et, par voie de conséquence, la consécration judiciaire des normes leur permet *d'exister*.

Il convient d'aborder séparément ces auteurs, pour ensuite montrer en quoi ils se rejoignent et en quoi ils se distinguent.

1. La thèse de François GénY

François GénY, dans son *Méthodes et sources du droit positif*, a posé les termes du débat d'une façon qui marquera indubitablement les réflexions à venir²⁶⁸. Son raisonnement est bien connu et a été étudié ailleurs²⁶⁹, mais il est utile d'en reprendre les grands traits. D'une part, il refuse à la jurisprudence le statut de source formelle de droit, en invoquant des arguments de textes constitutionnels et législatifs²⁷⁰. C'est la partie la plus *classique* de son raisonnement. D'autre part, il accorde à la jurisprudence constante la capacité de provoquer ou de *propulser* l'émergence d'une coutume, sans qu'elle puisse être, en elle-même, une coutume obligatoire. Lorsque GénY tente d'en préciser la nature, il insiste plutôt sur son statut d'« autorité » en droit au même titre que la doctrine :

²⁶⁸ F. ZENATI, *op. cit.*, note 45, à la p. 79 : « La contribution de GénY à la théorie contemporaine de la jurisprudence est essentielle. Toute la pensée postérieure a trébuché sur la contradiction qu'il a institué entre la vertu normative de la jurisprudence et son caractère non contraignant. La postérité a été contrainte d'adhérer à sa distinction des autorités et des sources du droit [...] ».

²⁶⁹ Sadock BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 58 et s.; Maxime CHRÉTIEN, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, thèse, Lille, 1936, à la p. 147 et s.; E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, à la p. 145 et s. Voir, en dernier lieu, M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « GénY et la jurisprudence française », dans *Le centenaire du doyen François GénY*, Faculté de droit et des sciences économiques de Nancy, Dalloz, Paris, 1963, p. 67.

L'autorité, jurisprudentielle ou doctrinale, pourra encore être initiatrice de coutumes; mais, tant que celles-ci n'auront pas été formées, sur semblable base, avec leurs caractères nettement spécifiques, mêmes les décisions judiciaires, les plus fermes et les plus suivies, ne vaudront, dans le domaine des règles juridiques, que par leur mérite intrinsèque (*rationis imperio*), non par la vertu de leur forme (*ratione imperii*).²⁷¹

La jurisprudence n'est donc pas une source formelle de droit, mais « elle contribue souvent à la formation de semblables sources, ou même, elle en constitue comme un élément essentiel et indispensable, dans la réalité des choses »²⁷². La jurisprudence peut être la cause de l'émergence de coutumes, mais encore, elle agit comme un « propulseur tellement indispensable, et aux effets à ce point inévitables [...] qu'il suffit d'une transposition d'idées, et presque d'une simplification de formule, pour lui rapporter tout le mérite de la création, dont elle constitue, en fait, l'instrument capital »²⁷³. C'est donc strictement « en tant qu'initiatrice de coutume [que la jurisprudence] peut, à mon avis, et de nos jours encore, passer pour une force vraiment productive de droit »²⁷⁴. La nuance que GénY établit entre source formelle et source « productive » du droit, pour qualifier la jurisprudence, lui permet donc d'en reconnaître l'importance sans, toutefois, attribuer une compétence quasi législative aux juridictions.

Les critiques de cette théorie ont généralement porté sur deux aspects de son raisonnement. On a considéré que la qualification de la jurisprudence en tant que source indirecte de droit constituait un détour inutile²⁷⁵. La franchise exige que l'on appelle une cause d'émergence de règles par son nom²⁷⁶. Également, on a fortement critiqué le fait qu'il semble confondre l'effet provoqué par une jurisprudence constante à une coutume. La notion de coutume ayant une connotation précise en droit privé, il paraissait douteux, voir iconoclaste, de

²⁷⁰ F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 2, à la n. 146 et aux pages 34 et s.

²⁷¹ *Id.*, p. 407.

²⁷² *Id.*, p. 50.

²⁷³ *Id.*, p. 51; l'auteur ajoute, à la même page, qu'« au surplus, alors même que la pratique ne s'est pas encore, pour ainsi dire, cristallisée en coutume autour de ce noyau que lui offrent les décisions judiciaires, celles-ci, du moment que, sur un point donné, elles forment un ensemble compact et homogène, peuvent toujours être envisagées comme un germe de coutume, et étudiées à ce titre. »

²⁷⁴ *Id.*, pp. 51-52.

²⁷⁵ Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, Sirey, 1961, à la p. 205; S. BELAÏD, *op. cit.*, note 269, à la p. 61; E. LAMBERT, *op. cit.*, note 247, à la p. 137; pour une analyse des différentes théories, voir : E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, à la p. 148 et s.

²⁷⁶ D'ailleurs, GénY reconnaît, dans une formule déjà citée, « qu'il suffit d'une transposition d'idées et presque d'une simplification de formule » pour accorder à la jurisprudence tout le mérite de la création...

la comparer au comportement provoqué par une série de décisions judiciaires²⁷⁷. Sur ce point, la critique se dirige principalement vers la conception de la coutume de l'auteur plutôt que vers l'effet, constaté par Gény et par d'autres, que peut avoir une jurisprudence constante sur les conduites.

En l'occurrence, Gény reconnaît qu'une série de décisions judiciaires peut provoquer l'émergence d'une règle de droit coutumière, et il en donne des exemples précis²⁷⁸. De même, lorsque Gény attribue à la jurisprudence constante la paternité de certaines coutumes, il donne à celle-ci la capacité d'engendrer des règles formelles obligatoires qui s'imposent à l'interprète²⁷⁹. Se dégage donc de l'analyse de Gény l'idée selon laquelle la jurisprudence peut inciter des comportements, qui, par leur répétition, peuvent à leur tour provoquer l'émergence d'une norme dans le système juridique. Il insiste donc sur l'importance de la *réception*²⁸⁰ du principe jurisprudentiel qui doit entraîner, chez les sujets de droit, une conviction de son caractère obligatoire²⁸¹ : ce n'est pas le principe abstrait contenu dans la décision qui constitue la règle, mais plutôt la pratique concrète, constante et convaincue des intéressés. Il existe donc deux éléments qui permettent de comprendre l'efficacité de la jurisprudence, à savoir qu'il s'agit d'une *croyance qui est partagée par une collectivité*.

²⁷⁷ S. BELAÏD, *op. cit.*, note 269, à la p. 61 et s. Il manque plusieurs éléments à la règle jurisprudentielle pour qu'elle puisse être comparée à la règle coutumière, car, selon le doyen Carbonnier, elle n'a « ni l'origine populaire (c'est un droit de techniciens), ni le substratum de *durée* (un seul arrêt peut faire jurisprudence). D'autre part, et c'est essentiel, le caractère *obligatoire lui manque* » : Jean CARBONNIER, *Droit civil - Introduction*, 21^e éd., Coll. « Thémis droit privé », Paris, P.U.F., 1992, à la p. 241.

²⁷⁸ F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 2, aux pages p. 51 et 336, et dans le tome 1, au n° 123. Un exemple que donne François Gény de cette propulsion de coutume se trouve dans « les pratiques, accréditées par le notariat parisien, qui se sont établies sur le fondement de l'inaliénabilité de la dot mobilière, telle que l'a constituée la jurisprudence. »

²⁷⁹ C'est en ce sens « que l'on peut, à côté de l'interprétation authentique, résultant de la loi, placer une interprétation usuelle, obligatoire, quand elle a engendré une coutume » : F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 1, à la p. 386, n° 123.

²⁸⁰ F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 2, aux pp. 50-51 où il souligne l'apport de « la continuité et la cohésion de nos traditions extra-judiciaires (pratique notariale surtout) ».

²⁸¹ Sur ce point, il insiste sur l'élément éminemment psychologique de cette contrainte : « toutes ces jurisprudences [...] ont donné naissance à des usages, appuyés, dans la pensée des intéressés, sur la conviction du caractère obligatoire des solutions qu'elles consacraient » et, écrit-il, « dès lors, je ne vois pas, suivant les principes exposés plus haut (n° 123 [sur la coutume]), comment nous pourrions refuser de reconnaître ici une règle de droit, vraiment obligatoire, comme issue de cette source formelle, la coutume » : F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 2, à la p. 51. Sur l'expression « source formelle » utilisée par Gény, voir : *op. cit.*, note 50, t. 1, les n° 86-87 et au n° 91 : « J'entends par sources formelles du droit positif, les injonctions d'autorités, extérieures à

À l'instar de Gén \acute{y} , plusieurs auteurs refuseront de reconnaître dans la jurisprudence une source *formelle* de droit, mais préféreront lui attribuer un pouvoir *de facto*²⁸². D'autres, toutefois, suivront les pas de Lambert qui a écarté la distinction entre les sources formelles et matérielles du droit, pour dégager le rôle unique du juge dans la détermination du droit.

2. L'antithèse d'Édouard Lambert

Dans son étude sur *La fonction du droit civil comparé*²⁸³, Lambert fait une véritable démonstration du caractère essentiel de la sanction judiciaire dans le processus d'émergence des normes en général, et de la coutume en particulier. En réponse à Gén \acute{y} , il montre que le critère de la pratique des intéressés, pour déterminer l'existence d'une coutume, repose sur une fiction semblable à celle de la découverte de la volonté du législateur en matière d'interprétation des lois : celle de prétendre que la coutume *existe* en dehors de toute reconnaissance judiciaire et que le juge ne fait que la constater. Ainsi, il expose ce qu'il prétend être une faiblesse de la théorie de Gén \acute{y} . Selon lui, la coutume n'est pas le fruit d'une « croyance de tous les intéressés en son caractère obligatoire »²⁸⁴, mais s'appuie plutôt sur la résignation des plaideurs face à une série de décisions judiciaires concordantes²⁸⁵. La reconnaissance judiciaire constitue donc un

l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions, complètement formées, ont pour objet propre et immédiat la révélation d'une règle qui serve à la direction de la vie juridique. »

²⁸² G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e éd., Paris, Lib. de la société du recueil Sirey et du Journal du Palais, 1907, à la p. 202; M. CHRÉTIEN, *op. cit.*, note 269, à la p. 147 et s., l'auteur cite une série de thèses et de monographies qui se prononcent sur le caractère coutumier de la règle jurisprudentielle. Certaines attribuent un pouvoir *de facto* à la jurisprudence : MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, thèse Paris 1904, p. 22-32, à la p. 22 : « les tribunaux, par une longue suite de décisions semblables [...] ont posé un ensemble de règles si fermement établies que la pratique les accepte ou plutôt les subit »; M. LEFEBVRE, *La coutume, comme source formelle de droit*, thèse, à la p. 65; d'autres, à l'instar de Lambert, accorderont le statut de source de droit à la coutume jurisprudentielle : VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel*, thèse Lyon, 1908; A. LEBRUN, *La coutume*, Paris, 1932; Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, 3^e éd., Paris, Sirey, 1938, à la p. 79.

²⁸³ L'objectif de cet auteur était de fonder un programme de droit comparé, resté inachevé, qui mènerait à la création d'une science nouvelle dont l'objectif serait d'identifier le droit commun législatif ou coutumier, voir : E. LAMBERT, *op. cit.*, note 247, p. 913.

²⁸⁴ E. LAMBERT, *op. cit.*, note 247, aux pp. 136-137. À titre d'argument contre la thèse de l'autonomie des règles coutumières, Lambert souligne la difficulté qu'il y a à faire la preuve de l'existence des règles coutumières supposément acceptées par tous, ce qui, à l'évidence, est paradoxal.

²⁸⁵ *Id.*, à la p. 801 : « quand la répétition de plus en plus rapide d'une série de décisions judiciaires uniformes a

passage obligé pour qu'il puisse y avoir émergence d'une coutume. Elle permet sa concrétisation en norme juridique et lui donne un caractère *obligatoire*²⁸⁶.

La conception de Lambert renverse, dans une certaine mesure, l'approche de GénY. Selon ce dernier, la jurisprudence ne peut *propulser* une règle obligatoire que si elle est reçue dans la société, alors que Lambert fait dépendre l'existence d'une règle par sa réception dans les juridictions. Avec Lambert, « [I]a rupture avec la sociologie est [...] totale, ce qui entraîne l'exclusion des matériaux autres que ceux fournis par les codes et les recueils de jurisprudence »²⁸⁷. Pour connaître le droit, il ne suffit pas de faire une libre recherche scientifique ou d'analyser les faits sociaux, il est plus utile de consulter directement les décisions judiciaires²⁸⁸ qui l'appliquent.

De plus, Lambert interprète différemment de GénY la fonction de la jurisprudence en ce qu'il ne l'assimile plus à celle de la doctrine : il en fait un véritable organe de formation de

si bien fixé la jurisprudence que les plaideurs les plus téméraires perdent l'espoir de l'ébranler se dégage, autour de la coutume, nous en voilant les humiliantes réalités, une auréole d'humilité faite de l'adhésion enthousiaste des vainqueurs, de la résignation forcée et du sentiment d'impuissance des vaincus. »

²⁸⁶ Néanmoins, les causes de l'émergence des normes coutumières sont sociales selon Lambert; voir E. LAMBERT, *op. cit.*, note 247, à la p. 550 :

le juriste n'a pas plus de pouvoir sur le droit que le jardinier n'en a sur la fleur. Il ne le crée pas, il le cultive. Les règles de droit vraiment vivantes, celles qui s'acclimatent définitivement dans le système juridique et s'y développent, trouvent leur raison d'être dans les conditions spéciales d'existence ou dans les besoins particuliers de la société qui les a vues naître. Mais si, à l'origine elles ont toujours eu une cause profonde, économique, sociale, religieuse, souvent aussi elles conservent leur empire longtemps après la disparition de cette cause.

Toutefois, la consécration judiciaire permet de tracer les contours des règles coutumières et d'en générer un effet obligatoire : « Impuissants à pénétrer derrière les apparences la cause qui les a produites, ils ne perçoivent pas plus l'influence exercée par la pratique judiciaire par l'établissement des sanctions qui impriment à la coutume son caractère de nécessité juridique [...] » (*Id.*, à la p. 801).

²⁸⁷ E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, à la p. 157. L'auteur analyse la théorie de François GénY et d'Édouard Lambert en fonction de la place qu'ils accordent aux conflits privés dans l'émergence de la règle jurisprudentielle.

²⁸⁸ Selon M^{me} Serverin, *op. cit.*, note 50, à la p. 158 et s., Lambert exprimera des regrets par la suite, dans la mesure où il a pu constater que l'attention qui a été mise sur la jurisprudence a été exagérée et a porté ombrage à l'importance des pratiques collectives, comme les usages commerciaux, les coutumes, les relations de travail, etc. Plus grave encore, constatera Lambert, est la situation paradoxale où la

référence aux arrêts est en effet à l'origine [...] d'un nouveau blocage de l'adaptation du droit, et singulièrement après les bouleversements sociaux apportés par la grande guerre. Cet obstacle au changement est plus fort encore que celui qu'apporte la législation écrite dans la mesure où l'autorité qui s'oppose aux transformations est elle-même chargée de l'application concrète du droit (*Id.*, p. 158).

règle²⁸⁹. D'une vision de la jurisprudence en tant qu'*auctoritas*, elle s'est vue reconnaître le statut de *potestas*, la sanction judiciaire transforme un énoncé *sur le droit* en énoncé *de droit*²⁹⁰. Il ne s'agit pas, pour l'auteur, d'en faire un pouvoir indépendant de toute influence doctrinale²⁹¹ ou sociale²⁹², ni de prétendre que la formation des règles jurisprudentielles soit un processus automatique ou qu'elle mène à l'élaboration de normes obligatoires²⁹³. Sur ces questions, Lambert fait preuve d'une certaine ambivalence. Sans prétendre que la jurisprudence constante soit contraignante pour le juge, il ne voit pas d'inconvénient qu'un juge tienne pour acquis une jurisprudence fixée et qu'il se « dispense[] de recommencer indéfiniment un travail dont il[] prévoi[]t à l'avance les conclusions²⁹⁴. » Aussi, il précise que l'effet d'une décision judiciaire n'est pas automatique, car il fait surtout référence à la jurisprudence fixée à la suite d'une série de décisions judiciaires et ne semble pas envisager qu'une jurisprudence puisse se former en raison d'un arrêt unique.

Aussi, il est nécessaire de souligner que Lambert aborde la question de la jurisprudence dans le cadre d'une réflexion sur la méthode en droit comparé. C'est à ce titre que l'auteur souligne l'importance d'inclure, parmi les outils de connaissance du droit, la « jurisprudence et la pratique extra-judiciaire »²⁹⁵ ainsi que la loi. Ces sources s'éclairent mutuellement, mais aucune ne permet, à elle seule, de dresser un tableau complet du système juridique. Par exemple, celui qui se référerait simplement à loi ou seulement à la doctrine – du moins, celle qui

²⁸⁹ « [Gény] place exactement sur le même plan, comme causes occasionnelles de la formation des coutumes, les mouvements de la jurisprudence et ceux de la science; assimilation théorique bien difficile à concilier avec les faits [...] Si les individus, que lèse dans leurs intérêts une règle jurisprudentielle bien établie, y conforment cependant d'ordinaire leurs actes, [...] c'est qu'ils craignent de s'exposer à un insuccès [...] Le public n'est plus poussé par les mêmes motifs à s'incliner devant les opinions de la doctrine; il ne s'en préoccupe qu'en l'absence d'une pratique judiciaire fixée [...] je ne vois pas par quel moyen la doctrine pourrait arriver à forcer l'adhésion, ou, du moins le respect des intéressés... » : E. LAMBERT, *op. cit.*, note 247, aux pp. 159-160.

²⁹⁰ *Id.*, à la p. 158 : « c'est seulement par l'intervention des tribunaux qu'elles (les règles) se sont transformées d'usages de fait en usages juridiques ».

²⁹¹ Selon Lambert, la doctrine doit étudier la jurisprudence dans un esprit de collaboration. Sa mission serait double, elle aurait à souligner les raisons d'être de la jurisprudence et à en régulariser le cours. Pour ce faire, la doctrine aurait à établir « l'histoire de la jurisprudence de façon à dégager de l'étude de ses origines et de ses étapes la révélation du but vers lequel elle s'oriente; en signalant, dès qu'une nouvelle règle jurisprudentielle se fixe, les réactions qu'elle exercera vraisemblablement sur d'autres éléments du système juridique en vigueur » : *Id.*, à la p. 21.

²⁹² *Id.*, à la p. 168.

²⁹³ *Id.*, aux pp. 168-169.

²⁹⁴ *Id.*, à la p. 169.

²⁹⁵ *Id.*, à la p. 821.

met « en oeuvre les procédés de l'école des interprètes du code civil »²⁹⁶, pour connaître le système successoral français, aurait une « idée complètement fausse [de son] fonctionnement pratique »²⁹⁷. Ainsi, c'est dans l'objectif d'atteindre une meilleure connaissance d'un système juridique étudié que le comparatiste doit élargir l'objet de ses recherches pour inclure les pratiques judiciaires et extra-judiciaires. Mais Lambert conduit son raisonnement un peu plus loin en proposant que ces sources d'informations soient considérées comme de véritables sources de droit, car elles participent à sa formation *dans la réalité*²⁹⁸.

3. Synthèse

À travers la présentation qu'en font les auteurs, la jurisprudence se voit attribuer la paternité de pratiques qui s'identifient à celles qu'engendrent les coutumes. Malgré les divergences soulignées plus haut, les juristes adoptent un point de vue similaire au sujet de l'effet et de l'intérêt de la jurisprudence. Ils reconnaissent que, par une répétition de décisions judiciaires, les juges sont parvenus à créer ou à propulser de nouvelles règles qui ne peuvent objectivement être reliées aux normes législatives. De même, l'énergie avec laquelle les auteurs défendent leurs opinions reflète l'importance du problème théorique posé par cette source productive du droit. En définitive, on pourrait expliquer la divergence d'opinion entre les deux juristes à partir de ce simple constat : un des auteurs expose le droit tel qu'il *devrait être*²⁹⁹, alors que le second fait la description du droit tel qu'*il est* dans la pratique³⁰⁰.

²⁹⁶ *Id.*, à la p. 820.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ Terminologie souvent employée par Lambert, voir, par exemple : *Id.*, à la p. 157, où il critique la théorie de Gény parce qu'elle ne serait pas en contact avec « la réalité »

²⁹⁹ F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 2, aux pp. 48-49, à la note 3 :

Au fond, [passage écrit lors de la seconde édition] ce qui me sépare, essentiellement, d'Éd. Lambert, en tout ce problème, c'est, qu'à ces yeux, il n'y a ici qu'une question *de fait* [...] tandis que j'y vois une vraie question *de droit* et quand Lambert m'objecte, qu'on ne peut empêcher les tribunaux de se dispenser de reprendre indéfiniment les mêmes questions [...] je répons que je demande seulement la *faculté*, pour chaque tribunal, de reprendre, *quand il le juge bon*, une question, même déjà solutionnée par d'autres, voire par lui-même, sans être irrésistiblement lié par la jurisprudence antérieure.

Après Gény, les auteurs vont graduellement éviter de procéder à l'analyse du phénomène à l'aide d'une théorie du droit tel qu'*il devrait être*. Chez Gény, et un peu comme le fait le doyen Carbonnier, il existe un refus de *principe* qui, bien qu'il puisse s'appuyer sur des textes législatifs et constitutionnels, consiste à maintenir une marge de liberté au juge. Par la suite, le débat doctrinal adoptera un ton nettement plus descriptif.

La théorie de Gény semble, toutefois, être marquée par une plus grande ambiguïté³⁰¹. On ne peut comprendre celle-ci sans rappeler le contexte particulier dans lequel elle s'inscrit. Dans son oeuvre, Gény défend une nouvelle méthode de résolution des litiges qui, scientifique et objective, consiste à procéder selon une étude de la « nature des choses ». Ainsi, il limite les sources formelles de droit à la loi et à la coutume qui, selon lui, ont une portée objective et déterminée. En dehors de ce qui est prévu par ces deux sources, le juge doit éviter d'invoquer arbitrairement la volonté du législateur – processus subjectif et fictif que condamne Gény –, et il doit procéder selon une *libre recherche scientifique*. Recherche qui est toujours à recommencer, et qui ne doit donc pas être soumise à un système rigide de précédents obligatoires.

Par conséquent, si Gény refuse à la jurisprudence constante la capacité de produire directement des règles de droit, ce n'est pas seulement au nom de principes légalistes, mais c'est également pour éviter de placer le juge dans un système jurisprudentiel contraignant. Tel que l'a résumé M^{me} Serverin, la théorie de Gény vise à instaurer un système juridique libéral qui « a besoin d'un juge "disponible" qui recherche de la manière la plus large possible la solution à donner aux litiges [...] [et c]'est pour mieux permettre [le changement du droit] que la jurisprudence ne doit pas être une autorité »³⁰². Outre les rares cas où la règle jurisprudentielle se transforme en règle coutumière, le juge doit demeurer libre lorsqu'il interprète ou lorsqu'il procède à la libre recherche scientifique. En retour, le juge ne peut donner libre cours à son imagination lorsqu'il procède à l'interprétation d'un texte, car

en présence d'une solution étayée d'une ferme jurisprudence, l'interprète peut se soustraire à la nécessité d'une investigation nouvelle, sur la foi de précédents avérés, qu'à tout le moins il est fondé à trancher ses hésitations personnelles, dans le sens que lui indique

³⁰⁰ « Ce phénomène de la jurisprudence est non seulement naturel, il est indispensable pour assurer, dans la mesure du possible, la sécurité des transactions, la confiance du commerce » : E. LAMBERT, *op. cit.*, note 247, à la p. 169.

³⁰¹ Lorsqu'il écrit que la jurisprudence est un « *propulseur* tellement indispensable, et aux effets à ce point inévitables [...] qu'il suffit d'une transposition d'idées, et presque d'une simplification de formule, pour lui rapporter tout le mérite de la création, dont elle constitue, en fait, l'instrument capital » : F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 2, p. 51.

³⁰² E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, à la p. 149.

l'autorité, que même il ne doit s'écarter de celle-ci, que pour des raisons décisives, emportant sa conviction en sens contraire³⁰³.

C'est pourquoi Gény insiste sur les inconvénients et les enjeux qui entourent la reconnaissance de la jurisprudence à titre de source formelle de droit :

ce n'est pas assez de faire entendre que la jurisprudence doit jouir d'une valeur autonome dans la création du droit positif. Il faudrait indiquer, plus précisément, et ce qu'on lui accorde et ce qu'on lui refuse. -- Mérite-t-elle une véritable force législative ? Si oui, il restera à déterminer les conditions [...] il s'agira d'indiquer, d'une façon saisissable pour l'esprit, et réalisable dans la pratique, la nature de son autorité, son degré d'intensité exact, la portée effective de son action, suivant les conditions qu'on exigera pour la constituer.³⁰⁴

En d'autres mots, il ne suffit pas de faire une liste des créations jurisprudentielles pour démontrer l'existence d'un pouvoir de faire des règles et de les considérer obligatoires : il est nécessaire de fonder ce pouvoir et d'en tracer les limites. Gény critique donc la reconnaissance de la jurisprudence à titre de source de droit parce que son mode de création n'est pas régulé par une théorie. À cette objection, Lambert formule la réponse suivante :

il est impossible de déterminer à l'avance le nombre et la qualité des précédents judiciaires nécessaires à l'établissement d'une jurisprudence. Avant d'apparaître dans la pleine lumière de la conscience sociale, les règles jurisprudentielles ou coutumières passent d'ordinaire par une phase d'obscurité et d'indécision dont la durée elle-même varie à l'infini. De là une cause passagère d'incertitude et d'instabilité pour les relations juridiques de nature à tomber sous l'application de cette règle.³⁰⁵

Ainsi, contrairement à Gény, qui voyait dans l'effet normatif de la jurisprudence un phénomène de réception sociale, Lambert a formulé l'idée qu'il s'agissait plutôt d'un fait juridictionnel³⁰⁶ : le juge dispose d'une arme qui lui permet d'imposer sa conception du droit, celle de la sanction judiciaire. Si, à la suite d'une série de décisions judiciaires, les juristes partagent une croyance à propos de l'existence d'une règle jurisprudentielle, leur non-

³⁰³ F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 2, à la p. 49. Et il précise que la jurisprudence tire sa force du degré de conviction qu'elle parvient à créer chez l'interprète. « Ce n'en est pas moins une puissance sérieuse, qui *peut*, et, dans une certaine mesure, *doit*, tenir en échec les incertitudes ou les caprices de la raison subjective (*Id.*, p. 50) ».

³⁰⁴ *Id.*, à la p. 44.

³⁰⁵ E. LAMBERT, *op. cit.*, note 247, à la p. 19.

³⁰⁶ Il précise toutefois que la coutume existe parfois *dans la société* avant d'être reconnue par le juge, mais ses traits se précisent selon sa formulation par les tribunaux, voir : *Id.*, à la p. 800 et s.

intervention ou leur soumission à celle-ci influe directement sur le cours du droit. Que la règle soit formellement obligatoire ou non ne change rien, car, dans les faits, elle est suivie.

Malgré les critiques soulevées à l'encontre de l'analogie entre la jurisprudence et la coutume, il serait injuste de ne pas leur reconnaître certains traits communs qui leur donnent, de près ou de loin, un air de famille.

D'une part, la coutume évolue indépendamment de la volonté de ceux qui l'ont créée. Or il n'est pas rare que certaines positions jurisprudentielles soient tellement bien ancrées dans la pratique, qu'elles « échappent » au contrôle des tribunaux. Un exemple souvent repris de ce phénomène se trouve dans l'affaire *H. c. Dame D.*³⁰⁷, où l'on pouvait apprendre, grâce aux conclusions de Lindon, que la Cour de cassation désirait revenir sur sa propre jurisprudence à l'égard de l'action alimentaire de l'enfant naturel simple. Comme nul plaideur n'osait remettre en question la jurisprudence qui refusait cette action, il a fallu procéder dans le cadre d'une demande formée par un enfant légitime. Il y a là un exemple frappant d'une pratique qui, ayant été *propulsée* par les tribunaux, a échappé au contrôle de ceux-ci. On peut y voir une forme de coutume, indépendante de la volonté des juridictions — et qui fut, pendant un temps, même contraire à la volonté de la Cour de cassation —, qui se perpétuait par le fait de sa réception sociale. Mais cette coutume était *fragile*, car après l'affaire citée plus haut, l'expression de la volonté de la modifier a suffi pour que les juristes la remettent en cause et que la Cour de cassation revienne sur le principe qu'elle avait établi auparavant.

D'autre part, la conception coutumière de la jurisprudence peut se défendre lorsqu'on rappelle que la plupart des règles de droit contiennent un degré variable d'effectivité, c'est-à-dire d'existence sociale qui leur assure une certaine survie. En ce sens, on peut prétendre que la théorie coutumière de la jurisprudence contient une part de vérité dans la mesure où, sans une réception sociale de la règle jurisprudentielle, sans une acceptation tacite, une croyance

³⁰⁷ Civ. 1^{re}, 20 mai 1969, *D.*1969.429, concl. Lindon, note Colombet; (1969) *R.T.D.C.* 544, obs. Nerson.

collective ou une adhésion répétée, celle-ci perd sa sève nourricière et se transforme en règle purement virtuelle³⁰⁸.

Toutefois, l'un des obstacles à la conception de la jurisprudence en tant que coutume réside dans la possibilité pour une règle jurisprudentielle de naître à la suite d'une décision unique³⁰⁹. Du moins, il s'agit d'un argument qui est souvent repris pour exclure la classification de la jurisprudence comme une forme de coutume.

Après ces deux auteurs, la controverse sur le statut de la jurisprudence s'est poursuivie. Deux types de raisonnements se sont surtout manifestés : certains juristes ont préféré qualifier les règles jurisprudentielles en respectant une vision normativiste du droit tandis que d'autres ont vu dans la jurisprudence une source « autonome » de production de règles.

B. Les disciples

Il n'y a pas eu, à strictement parler, de *disciples* affirmés des idées de François Gény et d'Édouard Lambert. Mais les auteurs qui seront évoqués ici ont suivi les chemins tracés par

³⁰⁸ C'est un thème important en sociologie juridique et en histoire, que celui de souligner l'intérêt épistémologique des règles de droit pour la compréhension du fonctionnement de la société. Pour reprendre les termes du doyen Carbonnier :

Une règle de droit, c'est un condensé d'expériences sociales qui se sont répétées à l'infini, si bien que d'un seul coup d'oeil, en la considérant, on peut faire l'économie de bien des recherches qui lui sont encloses. Et puis, en ce qui concerne les faits d'aujourd'hui, il existe, malgré toute l'importance des phénomènes d'ineffectivité, une présomption simple, jusqu'à preuve du contraire, que la règle de droit est plutôt appliquée que non appliquée. De sorte qu'en présence d'une telle règle nous sommes autorisés à conclure à une infinité de comportements correspondants.

Jean CARBONNIER, « Droit privé et sociologie », dans *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Paris, Vrin, 1973, p. 33, à la p. 43.

³⁰⁹ Nous n'avons pas trouvé, chez Lambert, un passage qui indiquerait qu'il ait envisagé la possibilité d'une telle création instantanée d'une règle jurisprudentielle. Rappelons toutefois que l'auteur insistait généralement sur l'impossibilité qu'il y avait « de déterminer à l'avance le nombre et la qualité des précédents judiciaires nécessaires à l'établissement d'une jurisprudence » (E. LAMBERT, *op. cit.*, note 247, à la p. 19). La doctrine française de droit privé admet cependant l'existence de ce mode de création. Voir : Pierre HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », dans *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329, à la p. 331 : « Le juriste français, lui, est toujours à l'affût de l'arrêt le plus récent, y cherchant l'expression de la jurisprudence actuelle; et lorsqu'une loi nouvelle suscite hésitations et controverses, et divise les

leurs prédécesseurs, et il n'est pas abusif d'affirmer que leurs opinions forment le prolongement intellectuel des idées élaborées par ceux-ci. En même temps qu'elle permet de révéler la scission fondamentale qui les sépare, une étude des théories contemporaines sur le statut de la jurisprudence – qui ne se veut pas exhaustive – permet de saisir en quoi elles ont véritablement tiré les conséquences logiques de chacune des opinions de leur *maître*.

I. Les disciples de Gény

Il est curieux que les principaux tenants³¹⁰ de la thèse du refus de reconnaître à la jurisprudence le statut de source de droit aient été, en même temps, les plus ardents défenseurs d'une réflexion sociologique en droit français. Cette situation est d'autant plus paradoxale que les tenants de la thèse contraire prétendent agir au nom du *réalisme*.

L'on peut constater que dans le raisonnement qui incarne le mieux cette opinion, celui du doyen Carbonnier, se trouve, en fait, une critique de la prétention au réalisme de la thèse contraire ainsi qu'une justification de la distinction entre la perspective interne et externe du droit.

Selon cet auteur, l'effet de la jurisprudence est proprement sociologique; il se situe, en cela, hors du droit. À l'intérieur du droit, la portée de la décision judiciaire est doublement limitée. Il y a, tout d'abord, une interdiction de nature constitutionnelle qui interdit aux juges de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif³¹¹ ou de faire des arrêts de règlements. Vient ensuite l'opposabilité d'une décision judiciaire, fixée selon le principe de l'autorité de la chose

juridictions inférieures, c'est avec impatience qu'est attendu le premier arrêt de la Cour de Cassation. L'autorité de la jurisprudence est immédiate. »

³¹⁰ L'on exclut, ici, les thèses de Waline et de Dupeyroux père, qui, inspirées du positivisme kelsénien, refusent toute portée normative générale aux décisions judiciaires en invoquant l'absence d'habilitation normative. Toutefois, la présence des coutumes constitutionnelles en droit français pourrait peut-être remettre en question ce critère de juridicité, car leur reconnaissance force l'admission, selon le professeur Troper, « qu'un fait possède la signification d'une norme lorsqu'un ou plusieurs organes lui ont conféré cette signification » : Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, coll. « Léviathan », Paris, P.u.f., 1994, à la p. 140.

³¹¹ Jean CARBONNIER, *Droit civil - Introduction*, 21^e éd., coll. « Thémis droit privé », Paris, P.U.F., 1992, p. 270 et suiv.

jugée, et qui « n'a lieu qu'à l'égard des parties »³¹². Hors du cas, point d'effet *juridique*. En refusant à la décision judiciaire les qualités de généralité et d'opposabilité³¹³, les pouvoirs du juge sont enserrés dans un double carcan, ce qui a fait dire au doyen Carbonnier :

[qu'] on aura beau, dans une jurisprudence, entasser les jugements couches par couches, on n'aura jamais que des solutions particulières, sans rayonnement au-dehors, des accommodements, des arrangements de conflits individuels³¹⁴.

Plus récemment, il précisa sa pensée, qui, en grande partie, est demeurée la même depuis 1935³¹⁵, en estimant que : « Je ne puis cacher, l'ayant écrit, que la jurisprudence m'a toujours semblé manquer des caractères inhérents à une source autonome du droit : ou elle est transparence de la loi, ou elle est fondation d'une coutume³¹⁶. »

C'est également l'opinion de Jean Roche pour qui la distinction entre les sources formelles et les sources matérielles (appelées également règles sociologiques)³¹⁷ demeure inébranlable³¹⁸. Les unes relèvent d'une « autorité expressément habilitée à édicter directement

³¹² Article 1351 du Code civil.

³¹³ Du moins, pour les espèces subséquentes.

³¹⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 311, p. 271.

³¹⁵ J. CARBONNIER, « Loi étrangère et jurisprudence étrangère », (1935) 62 *J.D.I.* 473.

³¹⁶ J. CARBONNIER, « La jurisprudence aujourd'hui - libres propos sur une institution controversée », (1992) 91 *R.T.D.C.* 341, à la p. 342. De la même façon que Gény, il distingue la jurisprudence qui, étant reçue dans la société, propulse ou fonde une coutume, de celle qui n'a d'effet que dans la communauté de juristes, voir *supra*, note 277.

³¹⁷ Jean ROCHE, « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », 1962. *A.J.D.A.doct.*1.532. Selon cet auteur, le droit français entretient une théorie formelles des sources, « d'où découle la hiérarchie formelle des actes, (qui) ne peut être que purement juridique et strictement fondée sur les règles de droit positif fixant les compétences respectives des diverses autorités étatiques (*Id.*, p. 532). » Cette idée, que le droit français est un système de droit positif, a été défendue également par Georges Ripert, notamment dans *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1994 (1955), à la p. 385. Toutefois, son propos est difficile à catégoriser, car bien qu'il affirme que le juge ne dispose pas d'un pouvoir de créer des règles, il reconnaît que la règle « qui se dégage des arrêts de justice est aussi obligatoire que celle résultant de la loi » (*Ibid.*) sans expliquer pourquoi. En reprenant le point de vue qu'il adopte, bien que l'on puisse comprendre pourquoi une règle qui se dégage de la loi soit obligatoire, on éprouve de la difficulté à en faire de même pour une règle qui se dégage d'une série de décisions juridictionnelles.

³¹⁸ Certains auteurs ont fait des distinctions subtiles entre une validité objective des normes, réservée aux *sources formelles objectives du droit*, et la validité effective, réservées aux *sources formelles effectives du droit* : Gérard TEBOUL, « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », (1998) 3 *R.D.P.* 691, à la p. 712. On peut voir dans cette terminologie, un certain glissement de sens du terme *validité*, qui, selon son sens courant, dénote un respect des *conditions requises pour produire son effet* (P. ROBERT, *Le petit Robert*, Paris, 1990, sens 2^o de « valide ») ou qui est *conforme[] avec sa représentation* (sens 4^o de « validité »). Ainsi, il est commun d'affirmer qu'une règle de droit produit des effets parce qu'elle est valide, mais on se refusera généralement à conclure qu'elle est valide parce qu'elle produit des effets.

des règles générales opposables à tous »³¹⁹ tandis que les autres « incitent simplement à un tel comportement [comportement légal], sans être assorties de contrainte légale³²⁰. » Même si le terme « contrainte légale » semble refléter une opinion légaliste, l'auteur se défend d'épouser une conception étroite du droit dans la mesure où il chante, par la suite, les vertus de la règle jurisprudentielle qui, règle sociologique, corrige les défauts de la loi et comble ses oublis.

Ainsi, en poussant le raisonnement de ces auteurs, quel que soit le nombre de règles jurisprudentielles prétendument *découvertes* par la doctrine, quelle que soit la qualité ou l'origine de celles-ci, et même si la Cour de cassation disait ouvertement qu'il existe des règles jurisprudentielles, les seuls textes des articles 5 et 1351 du Code civil et les principes constitutionnels suffisent à empêcher que l'on puisse y voir une source de droit français³²¹.

Selon Carbonnier, c'est plutôt par l'action de la doctrine que la jurisprudence a pu prendre l'espace qu'elle occupe en droit français. Entre les exégètes qui traitaient les décisions judiciaires comme des arguments d'autorité, dont ils évaluaient la conformité au droit, et la doctrine française moderne, il y a eu une évolution importante³²². Mais le diagnostic que pose cet auteur est plus incisif. Lorsqu'il écrit que : « [l]a doctrine, ayant poussé les arrêts à un rang

³¹⁹ J. ROCHE, *loc. cit.*, note 317, p. 532.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ *Id.*, p. 540 : « La jurisprudence source sociologique du droit la plus importante et la plus proche des sources formelles, oui, mais pas autre chose. »

³²² Il y a peut-être eu un enthousiasme disproportionné pour la jurisprudence chez certains juristes. Il est vrai que parfois, on peut lire des affirmations très surprenantes sur l'importance de la jurisprudence. Voir notamment, celle de Jean Boulanger, « Jurisprudence », *Répertoire de droit civil*, t. III, Paris, Dalloz, à la p. 18, qui a écrit :

Si l'on ne devait tenir compte de ce que certaines règles légales sont énoncées avec tant de clarté (qu'il devient inutile de les interpréter) on pourrait soutenir que le droit positif est davantage dans la jurisprudence que dans la loi.

Ou encore l'affirmation du professeur Dubouchet selon laquelle :

la création normative jurisprudentielle a incontestablement un caractère scientifique, expérimental. La science juridique est non seulement la science du législateur et du jurisconsulte, mais également celle du juge. Les normes jurisprudentielles énoncent de véritables « lois sociales », des lois scientifiques qui sont, dans le domaine social, l'équivalent des lois de la physique dans le domaine de la nature.

Paul DUBOUCHET, *La pensée juridique avant et après la code civil*, 3^e éd., Paris, L'Hermès, 1994, à la p. 436. Même si cette opinion repose sur une confusion entre le rôle des lois scientifiques (qui sont prédictives) et des normes juridiques (qui sont prescriptives), elle souligne l'intérêt que provoque la production des juges chez les spécialistes du droit.

quasi législatif parmi les sources du droit, les a mis elle-même hors de la portée de ses flèches³²³ [...] » Il semble faire reposer le *pouvoir normatif* de la jurisprudence sur un *phénomène psychologique de groupe*³²⁴ qui aurait eu pour effet d'atténuer l'esprit critique de la doctrine ou, du moins, d'avoir affaibli celle-ci dans le rapport de force qu'elle entretient avec la jurisprudence. Mais cette idée, selon laquelle la doctrine serait complice dans le phénomène du pouvoir normatif des juges, n'est cependant pas étrangère à la seconde famille des opinions doctrinales, celle qui s'est inspirée de l'opinion de Lambert et à laquelle adhère peut-être une majorité d'auteurs.

2. Les disciples de Lambert

The prophecies of what the courts
will do in fact, and nothing more
pretentious, are what I mean by the law.³²⁵
Oliver Wendell Holmes

Volontairement ou non, Lambert a opéré une rupture avec la conception sociologique de la règle coutumière. C'est le constat que pose M^{me} Serverin, pour qui, après Lambert, « la norme juridique existe dès qu'elle est affirmée dans une décision judiciaire; elle s'impose par la répétition, à l'intérieur de la sphère juridique »³²⁶. En insistant sur l'importance du droit tel qu'il se trouve formulé et appliqué par les tribunaux, Lambert a réduit la pertinence des repères sociaux pour identifier le droit et a préparé la théorie du pouvoir autonome du juge.

Selon cette théorie, le juge aurait le pouvoir de *faire exister* des règles dès qu'il les constate et les applique, leur *existence* sociologique perdrait ainsi de son importance. C'est, du

³²³ Jean CARBONNIER, « Notes sur des notes d'arrêts », *D.1970.chron.* XXX.137, à la p. 138 (nos soulignements).

³²⁴ « Mais ne faut-il pas dire que c'est nous, doctrine, pratique, qui faisons la jurisprudence, ne la recevons comme source et non comme autorité ? Les recherches devraient se déplacer de la formation vers la réception, phénomène psychologique de groupe, d'un groupe dispersé, divisé (par têtes plutôt que par écoles), mais mis en communication par des recueils et... par la *Revue trimestrielle de droit civil* » : J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 316, à la p. 342.

³²⁵ Oliver WENDELL HOLMES, « The Path of the Law », dans *Coll. Papers*, New-York, Harcourt, Brace and Howe, 1920, p. 173.

³²⁶ E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, à la p. 155. Ce qui explique que deux ordres juridictionnels peuvent arriver à deux solutions juridiques différentes à partir des mêmes principes, comme, par exemple, la théorie de l'imprévision qui est admise par le Conseil d'état et non par la Cour de cassation.

moins, l'héritage déformé de la pensée de Lambert qui a été reçu par une majorité d'auteurs :

Implicitement ou explicitement, bien des auteurs français admettent aujourd'hui qu'il n'est pas possible de réduire le fait jurisprudentiel à un phénomène purement sociologique. On est en effet contraint, selon eux, de constater l'existence dans notre droit positif de véritables règles jurisprudentielles, c'est-à-dire de règles juridiques positives issues de la jurisprudence³²⁷.

Il en résulte que les juristes qui ont suivi l'opinion de Lambert l'ont également dépassée : les juridictions disposeraient d'une espèce de pouvoir autonome quasi législatif. Il convient donc de rendre explicite le raisonnement qui permet d'aboutir à une telle conclusion.

(a), pour ensuite en souligner les principales difficultés (b).

a - Le raisonnement

Le constat que fait Dupeyroux de *l'existence dans notre droit positif de véritables règles jurisprudentielles* pourrait constituer la pierre de touche du raisonnement défendant la reconnaissance de l'effet normatif de la jurisprudence. Il s'agit, en général, de la proposition qui initie tout soutien à la thèse. Quelle que soit la validité de telles règles, elles sont appliquées quotidiennement par les juges et sont invoquées par les avocats. Ne pas leur reconnaître la qualité de norme juridique équivaut, pour les tenants de cette théorie, à nier une partie de la réalité du droit qui se révèle par la pratique³²⁸.

³²⁷ Olivier DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », dans les *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 463, à la p. 469; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 66, à la p. 405, n. 449 : « Mais si l'origine intellectuelle de ces principes est ainsi fréquemment doctrinale, c'est seulement leur consécration par la jurisprudence qui en fait une source de droit positif »; F. ZENATI, *op. cit.*, note 45, à la p. 142 : « La juridicité de la coutume, comme celle de la règle jurisprudentielle, procède en réalité du sceau dont elle est marquée par la délibération du juge, délibération dont la vertu est de faire d'une règle sociale une règle juridique ».

³²⁸ Cet argument a été exposé par Maxime Chrétien :

[m]algré le principe de la séparation des pouvoirs, la règle d'origine jurisprudentielle *contra legem* est une réalité bien vivante. « En vérité, les innovations du droit jurisprudentiel sont un fait d'observation et même un fait constant. Or, a-t-il jamais été possible d'écarter une réalité constatée, en s'abritant derrière un principe théorique, qui ne pourrait tolérer cette réalité ? si la réalité existe, n'est-ce point qu'elle est plus forte que la doctrine abstraite qui la réprouve ? Et n'est-il pas vrai de dire qu'une règle abstraite est illusoire quand elle ignore systématiquement les réalités qui la contredisent ? »

M. CHRÉTIEN, *op. cit.*, note 269, aux pp. 141-142 (l'auteur cite CORNIL, *Le droit privé*, p. 75). C'est ce qu'avance également le professeur Zenati pour qui « [l]es règles jurisprudentielles ont conquis une place dominante dans l'ordonnement juridique qui interdit pratiquement de leur refuser la qualité de norme » : F. ZENATI, *op. cit.*, note 45, à la p. 115; aussi : Olivier DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II : « Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé », Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 349, à la p. 357 : « En niant ou en ignorant la présence dans notre droit de règles

Vient, ensuite, l'admission brutale que ce « [c]e droit est illégal »³²⁹, c'est-à-dire que le phénomène se déroule en-dehors du cercle tracé par loi. Les conséquences de ce second constat sont pourtant plus larges. Car, si l'on reconnaît que le juge crée du droit alors que la loi et la constitution l'en empêchent, alors il est raisonnable de conclure que le juge échappe à leur contrôle³³⁰. Il est évident que cette situation entraîne d'importantes conséquences sur le plan des sources du droit. À titre d'exemple, elle peut mener à l'affirmation, qu'a formulée Dupeyroux, que le législateur

ne saurait [...] exercer sur [les juges] la moindre emprise pour les ramener à un respect plus scrupuleux de sa volonté : les juges appliquent la loi comme ils l'entendent. N'ayant d'instructions ni de remontrances à recevoir de personne, ils ne risquent rien à poser des règles qui la méconnaissent³³¹.

L'absence de subordination du juge ou du législateur entraîne une situation où les deux acteurs vivent une relation d'égalité, ce qui a fait dire à Jestaz que « [l]a règle jurisprudentielle s'applique à l'égal de la loi, sans hiérarchisation des sources »³³². Ainsi, la théorie de la « jurisprudence-pouvoir autonome » part donc du constat que le juge agit en dehors des interdictions légales et constitutionnelles supposées lui être *supérieures*; il bénéficie donc d'une forme d'autonomie³³³.

jurisprudentielles, ces auteurs témoignent de la sorte d'un irréalisme remarquable ». En retour, l'auteur reconnaît qu'on ne peut pas parler de *validité* des règles jurisprudentielles, il s'agit d'une affirmation que fait Maury qui est *indémontrée et indémontrable* (*Id.*, p. 356 n. 24).

³²⁹ Pierre Hébraud, tel que cité par Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », dans *Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, à la p. 40.

³³⁰ Du moins, sur le plan subjectif, il ne sent plus « absolument » lié par elle et, par la tolérance d'une telle situation, les acteurs du système juridique semblent admettre sa conformité au droit.

³³¹ O. DUPEYROUX, *loc. cit.*, note 328, à la p. 372-3. Pierre Hébraud formule la même opinion, *loc. cit.*, note 309, à la p. 334 : « À travers les cas litigieux, le pouvoir judiciaire a la maîtrise de tout le droit substantiel. Et, dans la mesure où il dispose d'une autonomie [...] il peut modeler le sens de la loi, et, à la limite, lui apporter de véritables modifications ou compléments. »; A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 51, à la p. 282, par. 18. Pour une opinion contraire, voir : R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 153, à la p. 128 : « Il est, d'autre part, des réformes devant lesquelles la jurisprudence et la doctrine, désormais unies, seront toujours impuissantes. Elles peuvent aller de l'avant, là où le texte est resté douteux. Elles ne peuvent rien contre un texte clair et précis. Elles peuvent encore moins contre un organisme créé par la loi, et qu'il s'agisse de réformer. » Également, Jean Boulanger, dans « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) *LIX R.T.D.civ.* 417, à la p. 427 et s., a relevé une série de cas d'impuissance du juge, exceptions qui seront étudiées plus loin.

³³² Philippe JESTAZ, « La jurisprudence: réflexions sur un malentendu », *D.1987.chr.III.11*, à la p. 13.

³³³ Voir aussi, Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, Sirey, 1961, à la p. 205 : « Ainsi la jurisprudence apparaît bien comme une source autonome de règle de droit ».

À titre d'exemple, Maury développe son raisonnement en éludant complètement la question des interdictions législatives et constitutionnelles de la création du droit par le juge³³⁴. Logiquement, il parvient à la conclusion que « [l]e pouvoir normatif de la jurisprudence ne peut s'expliquer par un recours à la loi »³³⁵. Libéré de celle-ci³³⁶, il peut formuler sa propre conclusion qui s'appuie sur l'observation du fonctionnement du système juridique, à savoir que ce qui donne à la jurisprudence le *caractère de norme juridique établie* tient, selon lui, à deux choses : « la décision du pouvoir que sont les tribunaux [et] l'assentiment, le consensus des intéressés »³³⁷. Ces deux aspects seront largement repris par la suite, car ils forment les deux pôles par lesquels se forment les règles jurisprudentielles.

En premier lieu, il y a une décision de pouvoir, celle des tribunaux. Bien que la communauté des juristes puisse être considérée comme un contre-pouvoir à celui des juges, il n'est pas déterminant³³⁸. Ce sont les juridictions, et plus spécifiquement la Cour de cassation, qui ont le dernier mot et elles peuvent faire triompher leur propre interprétation de la

³³⁴ Jacques MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », dans *Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 28, aux pp. 29-30. D'ailleurs, il refuse d'y voir une interdiction formelle, étant donné la différence profonde qui distingue la jurisprudence constante de l'arrêt de règlement. Cet argument sera repris par la suite par d'éminents auteurs, dont le professeur van de Kerchove, dans : « Jurisprudence et rationalité juridique », (1985) 30 *A.P.D.* 207, à la p. 218.

³³⁵ J. MAURY, *loc. cit.*, note 334, p. 39.

³³⁶ En tant qu'obstacle à la reconnaissance du caractère juridique de la règle jurisprudentielle seulement. Le juge n'est pas *libre* de désobéir à la loi. D'ailleurs, Maury conteste les théories qui veulent que le juge choisisse la solution avant de déterminer la règle de droit qu'il aura à appliquer, voir *Id.*, à la p. 32 et s.

³³⁷ *Id.*, à la p. 43, l'auteur précise que la reconnaissance des intéressés, se résume « [aux] juges eux-mêmes, [aux] hommes de lois, [aux] juristes [...] dont l'opinion technique s'impose pratiquement aux justiciables ». En retour, les juristes détiennent une capacité de *freiner* l'émergence d'une norme nouvelle en même temps qu'ils peuvent l'accepter immédiatement (*Id.*, p. 44). Cette reconnaissance des juristes à titre d'acteurs dans la formation de la jurisprudence souligne le caractère résolument technique de l'identification de la règle jurisprudentielle. De même, elle se situe dans le prolongement de la théorie de Lambert : « Cette consultation (de l'ordre judiciaire) ne peut se faire directement, dans la mesure même où les règles jurisprudentielles ne *reçoivent aucune diffusion* dans le grand public. C'est ici qu'Éd. Lambert fait intervenir un corps particulier, celui des spécialistes, qui appartiennent à la pratique extra-judiciaire, et qui sont les véritables *interprètes* du droit pour les particuliers » : E. SERVERIN, *op. cit.*, note 50, à la p. 156.

³³⁸ Un exemple d'une jurisprudence établie et maintenue en présence de vives critiques de la doctrine est celle portant sur le maintien d'une servitude de passage d'un fonds enclavé qui a été reconnue comme acquise par prescription trentenaire même après la cessation de l'enclave : *Charrier c. Naudin*, Civ., 26 août 1874, *D.* 1875.1.124.

loi³³⁹ : c'est la raison du plus fort qui domine. L'opinion selon laquelle la règle jurisprudentielle disposerait d'une force égale à la loi, sinon en droit, du moins en fait, a également été défendue. À titre d'exemple, Dupeyroux expliquait que la règle jurisprudentielle tirait sa force de la loi qu'elle interprétait³⁴⁰ ou, selon Pierre Hébraud, par la mission des tribunaux qui est celle d'interpréter la loi et de l'appliquer. Comme l'écrit ce dernier :

dans la mesure où l'application effective de celui-ci [du droit] relève toujours, directement ou indirectement, de son contrôle [du juge], et où il exerce cette fonction avec une entière autonomie, il dispose d'un pouvoir de maîtrise qui donne précisément à la manière dont il l'entend, c'est-à-dire la jurisprudence, le fondement et la force de son autorité.³⁴¹

Ce raisonnement a pour effet de réunir le pouvoir d'imposer une conception du droit par la sanction judiciaire et la capacité d'engendrer des normes. En toute logique, celui qui détient la capacité d'avoir le dernier mot peut, en définitive, prendre la décision finale d'inclure ou non une norme dans le système juridique³⁴². Or à l'intérieur de l'ordre judiciaire, les rapports hiérarchiques sont plus complexes, et ce constat a poussé plusieurs juristes à définir le caractère obligatoire d'une jurisprudence établie par la Cour de cassation à l'égard des autres juges. En l'occurrence, Maury précisait la *force* qu'avait une règle jurisprudentielle en affirmant qu'une fois que

la Cour de cassation est intervenue, soit en "inventant" une règle nouvelle, soit en consolidant ou détruisant celles [...] que des juridictions subordonnées avaient établies, et lorsqu'une règle jurisprudentielle a pris naissance sur cette intervention, il n'y a plus de liberté pour les juges inférieurs (sauf celle de mal faire)³⁴³.

Mais il ajoute que « [s]eulement, ce qui peut arriver, c'est qu'une résistance nouvellement affirmée des juges du fait fasse disparaître l'élément d'adhésion [...] et ainsi mette fin à la vie de

³³⁹ P. HÉBRAUD, *loc. cit.*, note 309, à la p. 363; François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1999, pp. 246 et s., n. 228 et s.

³⁴⁰ O. DUPEYROUX, *loc. cit.*, note 328, à la p. 359; ceci vaut même si la jurisprudence constante est *contra legem* (*Id.*, p. 357, n. 29).

³⁴¹ P. HÉBRAUD, *loc. cit.*, note 309, à la p. 333. Néanmoins, la jurisprudence « prend valeur de droit par l'effet de son incorporation à la loi qu'elle interprète ou de son intégration dans l'ensemble du système juridique » (*Id.*, p. 365). Mais il ne s'agit que d'une autonomie relative dont les bornes se définissent en fonction du litige qui en est la source, car le *contenu jurisprudentiel* d'une décision de la Cour de cassation doit, « pour ne pas se transformer purement et simplement en un apport législatif, [...] garder un lien avec [le litige], s'appuyer sur lui et en émaner » (*Id.*, p. 348).

³⁴² Denys de BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, à la p. 135 : « la jurisprudence, c'est le fait accompli, et un fait accompli qui dure parce qu'il émane d'une autorité juridictionnelle souveraine et non contrôlée ».

³⁴³ J. MAURY, *loc. cit.*, note 334, à la p. 49.

la règle »³⁴⁴. D'autres analyses sont plus catégoriques. Selon Dupeyroux, face à une règle établie, la liberté du juge subséquent est, d'une part, « toute théorique et, d'autre part, le justiciable est absolument contraint de tenir compte d'une interprétation constante »³⁴⁵. En retour, les auteurs reconnaissent la possibilité pour les tribunaux d'effectuer des revirements, ce qui, selon certains, permet de distinguer le système jurisprudentiel français de son homologue anglo-saxon³⁴⁶.

En second lieu, il y a la réception de la décision des tribunaux, qui se déroule au sein d'une communauté, celle des juristes. Selon Maury, même si la reconnaissance d'une règle jurisprudentielle peut être immédiate³⁴⁷, elle n'est pas automatique, car elle dépend de facteurs qui lui sont externes. Ce sont ces éléments modérateurs qui permettent de borner l'étendue du pouvoir normatif des tribunaux. Ainsi, plusieurs auteurs ont conclu que c'est au milieu d'une relation entre le juge et la communauté des juristes qu'une règle peut parvenir à l'*existence juridique*³⁴⁸. Maury souligne une série de phénomènes qui, selon lui, s'expliquent grâce à cette

³⁴⁴ *Id.*, à la p. 49. Le juge peut donc « mal faire » en n'appliquant pas une règle qui s'impose à lui qui, par le fait de cette irrévérence, peut perdre son statut de règle !

³⁴⁵ O. DUPEYROUX, *loc. cit.*, note 328, p. 357. Il cite également : J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 322, aux pp. 21-22, n° 22; Philippe JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.1987.chr.III.11*, à la p. 15 : « [la reconnaissance par la communauté des juristes] d'une règle formulée par la Cour de cassation, cette ratification si l'on veut, a une force telle qu'elle va lier la Cour de cassation elle-même. » Le professeur Jestaz admet cependant qu'il s'agit d'une contrainte morale et pratique, et non pas d'une contrainte formelle; A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 51, à la p. 280, qui fait la remarque « que l'existence d'une règle ne peut être niée du seul fait que certaines personnes ou mêmes certaines autorités refusent de s'y plier » et, par conséquent, qu'un juge refuse de s'y plier et marque sa dissidence, n'enlève en rien la qualité de règle à la règle jurisprudentielle.

³⁴⁶ Jean Boulanger, par exemple, affirme que « [s]ans doute est-ce là [...] la différence la plus marquée entre la *conception anglo-saxonne du précédent obligatoire* [...] et notre *conception latine du précédent, doté d'une simple autorité de fait*. Le juge français garde sa liberté. » : J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 331, à la p. 427. Depuis que, dans les pays de *common law*, les tribunaux de dernier ressort ont reconnu leur capacité d'effectuer des revirements de jurisprudence, cet argument devrait perdre sa pertinence.

³⁴⁷ J. MAURY, *loc. cit.*, note 334, à la p. 44 :

L'acceptation immédiate de la norme jurisprudentielle peut aussi tenir à la tendance, dénoncée par Lambert lui-même, à s'incliner devant toute décision de la Cour suprême, quelles que soient les raisons valables qu'on pourrait avoir de s'y opposer. Mais il ne faut pas exagérer. Si les juges et les auteurs, quoique pour des raisons différentes, ont parfois manifesté, à l'égard de la Cour de cassation, un respect un peu excessif, le misonéisme des praticiens du droit est une force qui agit en sens contraire et il n'est pas rare, en réalité, de voir la jurisprudence ne se fixer que difficilement et progressivement, l'adhésion être, aussi longtemps que possible, refusée.

³⁴⁸ « Cette valeur (de règle juridique) ne va lui être donnée que par l'addition du second élément, l'assentiment des intéressés. » (*Ibid.*) Voir également : Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, Sirey, 1961, p. 205, n° 120 : « On peut considérer que la règle jurisprudentielle se parfait et se consolide lorsque la solution est acceptée par les usagers, c'est-à-dire avant tout par les juristes et que la question "ne se plaidant

interaction. Cette théorie permet de comprendre pourquoi, dans certains cas, il y a création d'une règle jurisprudentielle par un seul arrêt de la Cour de cassation³⁴⁹, alors que dans d'autres, il faut une suite d'arrêts : tout dépend de la réaction de la communauté de juriste, son acceptation peut être immédiate, lente ou même « forcée »³⁵⁰. De même, les auteurs ont élaboré une série de critères de forme et de fond qui permettent d'identifier la règle jurisprudentielle. Bien entendu, ces éléments de méthode feront l'objet d'une étude particulière dans la seconde partie de la présente étude.

b - Les difficultés soulevées par la théorie

Les juristes qui ont défendu la théorie du pouvoir autonome de la jurisprudence s'appuient généralement sur leur propre expérience du fonctionnement du système juridique. Or ces observations, même si elles semblent raisonnables *a priori*, ne peuvent prétendre avoir un fondement *positif* ou *normatif* ni s'appuyer sur une enquête sociologique *scientifique* menée rigoureusement³⁵¹. Pour cette raison essentiellement, l'on ressent parfois la présence de certaines approximations ou des hésitations qui sont dues à un ensemble de facteurs dont il convient de faire état.

N'étant pas mue par une logique de délégation de pouvoir, qui distingue les organes législatifs et réglementaires, la capacité des juges de créer des normes générales demeure

plus" comme disent les praticiens, la jurisprudence devient constante. »; Paul-Henri ANTONMATTEI, « Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 3, à la p. 4 : « Mais démonstration a été depuis longtemps faite que la force de la règle jurisprudentielle tient dans l'acceptation des intéressés. »

³⁴⁹ J. MAURY, *loc. cit.*, note 334, à la p. 40. Ce qui, selon lui, contredit la théorie coutumière de la jurisprudence.

³⁵⁰ *Id.*, à la p. 44. Certains auteurs ont cru voir dans l'analyse de Maury une confusion entre l'acte de connaître une norme et son existence : A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 51, à la p. 283, par. 18 : l'auteur s'appuie sur le raisonnement suivant : « le juge qui édicte une norme et lui applique aussitôt une sanction, l'applique dès l'origine en tant que règle » et donc, celle-ci *existerait* au moment de son application, voir aussi : François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1999, à la p. 249 : « [...] une règle jurisprudentielle est une règle de droit dès la première décision qui l'a formulée. » Mais pour admettre cette critique, il faudrait au préalable définir qu'est-ce que *exister* veut dire pour une règle jurisprudentielle.

³⁵¹ Pour une opinion contraire, voir l'extrait cité du professeur Dubouchet, à la note 322. Le paradoxe serait le suivant : la doctrine qui a reproché à l'École de l'exégèse son désintérêt pour le « Palais », serait elle-même fort

difficile à fonder et à circonscrire. Il s'agissait là, pourtant, des conditions préalables, fixées par Gény, pour une quelconque reconnaissance du pouvoir des juges, et l'on peut estimer qu'elles résonnent encore en droit français³⁵². En effet, certains auteurs ont justifié le caractère juridique des créations prétoriennes en révisant la portée des interdictions légales qui semblaient en interdire l'apparition³⁵³. D'autres ont abandonné cette voie pour construire une méthode d'identification des règles jurisprudentielles constituée de critères permettant de distinguer l'élément normatif de la jurisprudence. La recherche de critères *objectifs* ou la systématisation du pouvoir normatif des juges traduisent vraisemblablement la grande incertitude engendrée par sa reconnaissance. Aussi, elles expliquent peut-être que certains auteurs aient fait appel directement au législateur afin que l'on clarifie le statut de la jurisprudence au moyen d'une reconnaissance officielle de celle-ci³⁵⁴.

En fait, entre les juges et la communauté des juristes, il y a une relation d'*autorité*. Et, comme tout phénomène de cette nature, il se situe dans une relation entre ceux qui commandent et ceux qui obéissent; les seconds jouent un rôle déterminant, car « [c']est [...] dans l'âme de ceux qui obéissent que réside la condition nécessaire et le foyer central de l'autorité, que ce soit celle du chef, ou d'un objet ou d'une idée »³⁵⁵. Ainsi, pour expliquer le pouvoir des juges, des auteurs ont eu recours à des éléments de psychologie : ce pouvoir serait

éloignée de cette réalité, sur ce sujet : Christophe JAMIN, « La rupture de l'école et du palais dans le mouvement des idées », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 69, à la p. 74.

³⁵² F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 2, à la p. 44 : « Mérite-t-elle une véritable force législative ? Si oui, il restera à déterminer les conditions [...] il s'agira d'indiquer, d'une façon saisissable pour l'esprit, et réalisable dans la pratique, la nature de son autorité, son degré d'intensité exact, la portée effective de son action, suivant les conditions qu'on exigera pour la constituer. »

³⁵³ Ainsi, on peut lire que la loi n'empêcherait peut-être pas directement au juge de faire des règles jurisprudentielles. En fait, selon Pierre Hébraud, *loc. cit.*, note 309, p. 339, l'article 5 du Code civil « n'interdit nullement, à partir de la décision concrète et particulière, l'induction qui en dégage un principe susceptible de généralisation, c'est-à-dire le mode proprement jurisprudentiel de production du droit. » Cette opinion n'explique pas pourquoi le résultat de cette induction devrait être considéré comme une règle juridique. D'autres auteurs ont plaidé que seuls seraient interdits les arrêts de règlements, voir : M. CHRÉTIEN, *op. cit.*, note 269, à la p. 139 et s.; J. MAURY, *loc. cit.*, note 334, à la p. 30; O. DUPEYROUX, *loc. cit.*, note 328, p. 357.

³⁵⁴ Voir : A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 51, à la page 318; Frédéric ZENATI, « Clore enfin le débat [:] La jurisprudence aujourd'hui - libres propos sur une institution controversée », (1992) 91 *R.T.D.C.* 2, p. 359, à la p. 361; il y eu également des réflexions sur l'opportunité de modifier l'article 5 du Code civil, voir : Jean BOULANGER, « Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi », t. V, *Trav. de l'ass. Henri Capitant* (1949), Paris, Dalloz, 1950, p. 60, à la p. 73; M. GIRBOUILLE, « Faut-il modifier l'article 5 du Code civil ? », *Gaz. du Pal.* 1949, 12-14 janvier.

³⁵⁵ Maurice MARSAL, *L'autorité*, Coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., p. 13.

le fruit de « convictions »³⁵⁶ ou de « croyances » chez les juristes que la règle jurisprudentielle est juridique et obligatoire. Ces convictions seraient fondées sur un ensemble des raisons pragmatiques, voire même axiologiques, qui justifient le respect des décisions passées. Pour les juges, l'importance de la continuité de l'application du droit³⁵⁷ se conjuguerait avec la crainte de voir sa décision cassée ou annulée, alors que pour les praticiens, une inobservation de l'état de la jurisprudence pourrait entraîner sa responsabilité professionnelle. Cette donnée psychologique reste une explication de la force de la jurisprudence³⁵⁸ et elle concourt à lui attribuer une certaine autonomie, dans la mesure où l'effet provoqué chez les juristes se déroule en dehors de tout cadre normatif³⁵⁹. Toutefois, son caractère subjectif entraîne que l'on s'interroge parfois même sur l'*existence* de la jurisprudence³⁶⁰.

En définitive, le raisonnement qui soutient la théorie du pouvoir autonome des juges est intéressant, car il vise à expliquer une situation que la logique ne permet pas, c'est-à-dire celle de justifier la présence d'un type de règles dans un système qui les exclut expressément³⁶¹. Pour

³⁵⁶ J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 331, à la p. 420 : « La conviction s'est introduite, ou, tout au moins, est susceptible de s'être introduite, dans l'esprit des justiciables, qu'à propos du point de droit, sur lequel a porté le litige, il y a désormais un *précédent*, en ce sens que la manière dont on a déjà jugé sera suivie à l'avenir. Une donnée psychologique capitale intervient : il doit désormais être tenu pour probable, et même dans certains cas, pour certain, que, dans des affaires semblables, le juge appliquera la règle de droit de la même façon. »; Henri CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 4^e éd., Paris Pedone, 1921, p. 55 : « Cette conviction est telle que souvent le législateur juge inutile de confirmer par un texte ces règles qui émergent du faisceau des décisions judiciaires, parce qu'il estime que leur consécration par la loi n'ajoutera rien à leur caractère obligatoire, parce qu'il reconnaît que la *jurisprudence fait loi*. »

³⁵⁷ E. L. BACH, *loc. cit.*, note 257, n° 209 et s.

³⁵⁸ J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 331, à la p. 420.

³⁵⁹ En fait, toute réaction humaine, de groupe ou d'individus, dépend d'un nombre infini de facteurs, dont il est difficile de systématiser le fonctionnement. Paul VALÉRY, *Regards sur le monde actuel*, Bibliothèque de la pléiade, Paris, NRF, Gallimard, p. 1139 : « l'action de l'homme sur l'homme, qu'il s'agisse de l'action de l'individu sur un groupe [...] Ce domaine est infini. D'ailleurs, à la moindre réflexion, des connexions possibles si touffues se dessinent entre ces [...] chefs d'études. Il impossible de diviser *a priori* ce qui est indivisible dans la réalité. »

³⁶⁰ Le professeur Jestaz pose directement la question : « (la jurisprudence) existe(t-elle) indépendamment de l'idée qu'on s'en fait [?] » : Philippe JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989.chr.XXIII.149, à la même page. Ne laissant pas le lecteur sur sa faim, il répond, à la p. 150, « [qu']il est illusoire de rechercher parmi les définitions de la jurisprudence celle qui désignerait la jurisprudence *proprement dite*. Bien mieux : cette question n'a aucun sens [...] [il ajoute, toutefois :] je ne sais absolument pas ce qu'est la jurisprudence [...] je puis du moins percevoir les différents phénomènes désignés par ce mot, sauf à noter que cette identité de désignation tend tout de même à prouver qu'ils sont voisins et liés entre eux. » Réflexion similaire chez M^{me} le professeur Gobert : « L'interrogation est d'importance qui conduit à se demander si la jurisprudence existe par elle-même ou si elle n'existe que réfléchie » : Michèle GOBERT, *La jurisprudence aujourd'hui-libres propos sur une institution controversée [.] La jurisprudence source du droit triomphante mais menacée*, (1992) 91 *R.T.D.civ.* 344, à la p. 344.

³⁶¹ Cette opinion ne fait pas, toutefois, l'unanimité.

leur trouver un fondement juridique, Maury, et Hébraud après lui, vont rattacher le pouvoir des juges à leur fonction ou à leur mission. En interprétant les textes de lois, les juges créent du sens, et ce dernier se substitue au sens du texte, censé en fournir l'unique support. Ce qui rend *juridique* une règle jurisprudentielle, selon cette théorie, c'est le fait que son auteur puisse utiliser les mécanismes étatiques pour la sanctionner. La reconnaissance du pouvoir normatif des juges n'est donc pas le fruit d'un raisonnement logique, *stricto sensu*, mais est le résultat d'une redéfinition de ce qui est considéré comme juridique : l'application du droit peut constituer le droit et ce, en dehors de toute habilitation normative.

En retour, il serait illusoire de décrire le processus de création des normes jurisprudentielles comme un processus purement « collectif ». Sur ce plan, un acteur détient un pouvoir qui dépasse celui des autres juges. Sans détenir le monopole absolu de la jurisprudence, la Cour de cassation semble néanmoins en tenir la clef et sa présence en droit français, avec la structure judiciaire unitaire et hiérarchisée qu'elle domine, a certainement joué dans la perception de la jurisprudence.

§ 2 - Le rôle de la Cour de cassation

Malgré la reconnaissance presque unanime de son rôle prépondérant en droit privé, la Cour de cassation ne peut se targuer d'avoir augmenté la portée de ses décisions depuis les réformes de 1837, date à laquelle elle s'est vue accorder le pouvoir de contraindre les secondes cours de renvoi. Avec sa capacité de casser une décision d'une cour d'appel, son *pouvoir* s'arrête là. C'est donc surtout à l'égard de la communauté juridique que l'*autorité* de la Cour de cassation s'est établie. Et tout au long de son histoire, les juristes ont fait montre d'un grand respect envers cette institution. Si bien qu'à la fin du XIX^e siècle, Gény la qualifie de « souveraine » en matière de droit privé³⁶², statut que reflète sa mission, celle d'unifier la jurisprudence. L'autorité et le pouvoir de la Cour de cassation fournissent chacun une explication de son rôle unique parmi les juridictions : celui de dire le droit *avec* celui de

³⁶² F. GÉNY, *op. cit.*, note 50, t. 1, p. 88 : « aujourd'hui, elle est considérée, par tous, comme souveraine interprète, pour l'ensemble du domaine juridique privé ».

contrôler le droit qui se dit. Mais comme le pouvoir de la Cour de cassation ne justifie pas *a priori* l'autorité qui lui est reconnue, il est essentiel de s'arrêter sur ces deux aspects pour tenter de dégager leur interaction en droit français.

A. L'autorité de la Cour de cassation

Entre la doctrine et la Cour de cassation, il existe une relation particulière où l'une et l'autre s'influencent mutuellement, la relation d'autorité n'étant pas seulement à sens unique. Mais dans le cadre d'une analyse de la perception de la jurisprudence, il convient d'envisager isolément l'autorité que la doctrine reconnaît à la Cour de cassation pour tenter d'en dégager la nature ou la raison d'être. En définitive, il s'agit d'aborder la question suivante : l'autorité accordée à la Cour de cassation est-elle fondée sur son pouvoir de coercition ou sur sa capacité de convaincre ?

Que ce soit chez les auteurs qui admettent ou qui renient le statut juridique de la jurisprudence, il se dégage une certaine unanimité dans le rôle primordial de la Cour de cassation en matière de jurisprudence. Si les auteurs reconnaissent qu'elle n'est pas la seule juridiction susceptible de provoquer l'émergence d'une règle jurisprudentielle, l'autorité de la Cour de cassation est à ce point importante que l'*existence* de la règle ne semble assurée que lorsque celle-ci l'a formulée. Comme l'a affirmé Christian Mouly : « il est généralement admis aujourd'hui que la jurisprudence est une source de droit et que la Cour de cassation dit la règle »³⁶³. Ainsi, la jurisprudence peut être considérée comme une source de droit dans l'abstrait, mais concrètement, il revient à la Cour suprême de décider ce qui aura le statut de *règle*. Par conséquent, même s'il n'existe aucune disposition juridique positive qui lui ait attribué cette fonction, une intervention de la Haute juridiction paraît nécessaire, sinon déterminante, pour que l'on puisse distinguer une jurisprudence naissante d'une jurisprudence

³⁶³ Christian MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *J.C.P.*1997.1.3776, au par. 6; Philippe MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Faculté de droit et des sciences économiques de Poitiers, Paris, Dalloz, 1965, p. 603, à la p. 608 : « Généralement, le législateur est moins sensible et n'intervient pratiquement qu'à l'encontre d'arrêts de la Cour de cassation qui seuls ont une autorité suffisante pour poser une règle de droit nouvelle ».

établie, les affirmations doctrinales dans ce sens étant souvent catégoriques³⁶⁴. Par exemple, Pierre Hébraud a écrit que « la Cour de cassation acquiert à la fois la plénitude de l'autonomie à l'égard du pouvoir législatif, et la souveraineté de son autorité à l'égard de toutes les juridictions inférieures. »³⁶⁵

En fait, la Cour de cassation constitue l'épée de Damocles de toute jurisprudence naissante, car en l'absence d'une affirmation de la Cour suprême, ce qui est dit et écrit par les juridictions inférieures paraît frappé d'une grande incertitude. Ainsi, il se peut que les juges du fond, et plus particulièrement ceux de première instance, soient les initiateurs d'une jurisprudence nouvelle, mais sa survie dépend de son acceptation par la Cour de cassation³⁶⁶. C'est le sens de l'observation de M. Hervieu qui, après avoir analysé l'état de la doctrine sur la question, a écrit :

[Qu'il] faut ici admettre semble-t-il l'idée que la jurisprudence n'est fixée, et qu'une règle jurisprudentielle n'est posée que lorsque la Cour de cassation a tranché. La raison en est que, tant que la Cour suprême n'a pas été saisie de la question, rien ne permet de savoir si la solution proposée ne sera pas censurée. Ceci conduit à considérer que les décisions des juges du fond ne peuvent permettre que de supposer l'émergence d'une règle, mais pas de conclure à son existence.³⁶⁷

En affirmant que seule la Cour de cassation a la capacité de *faire exister* des règles jurisprudentielles et qu'elle est souveraine à l'égard des autres juridictions, la doctrine semble

³⁶⁴ J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 331, à la p. 422 : les juristes seraient obligés de tenir compte de l'interprétation passée des textes qu'ils appliquent, « à la condition que ces décisions émanent de l'autorité hiérarchique qualifiée, qui ne peut être, à mon avis, que la cour de cassation, et elle seule. »

³⁶⁵ P. HÉBRAUD, *loc. cit.*, note 309, à la p. 341; P. ESMEIN, *loc. cit.*, note 255 : « quand, sur une question vivement débattue, et spécialement une de celles que soulève l'application d'une loi nouvelle, la Cour de cassation a pris nettement position, il n'est personne qui ne considère que (sauf revirement, rare, mais non impossible), le droit est fixé. »; J. MAURY, *loc. cit.*, note 334, p. 39.

³⁶⁶ Comme l'a observé Marianne Saluden, dans son étude sociologique de la jurisprudence : « Les magistrats de première instance donnent des exemples de créations juridiques dont ils sont les auteurs et qui ont fait jurisprudence » (Marianne SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence, étude sociologique*, thèse Paris II, 1983, à la p. 325). Pour reprendre l'analyse de Maxime Chrétien, *op. cit.*, note 269, à la p. 129, sur la *difficulté de déterminer de façon précise l'auteur de la règle* : « beaucoup d'auteurs donnent le rôle le plus important à la Cour de cassation, d'autres tels que MM. Jossierand et Cruet attribuent aux juges inférieurs le rôle capital dans la formation de la jurisprudence constante (Cf. JOSSIERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, p. 71, CRUET, *La vie du droit*, p. 74 : « La loi vient d'en haut, les bonnes jurisprudences se font par en bas »); F. ZENATI, *op. cit.*, note 45, à la p. 182 : « la Cour de cassation est devenue un juge législateur qui a le pouvoir d'imposer le respect des règles qu'il élabore autant que la loi [...] Le juge n'a pas plus de pouvoir de rejeter la doctrine de la Cour de cassation que celui de violer la loi ». Cette observation mériterait d'être nuancée, car le juge a l'obligation légale d'appliquer la loi et non d'appliquer la jurisprudence.

surtout fonder son autorité sur son statut hiérarchique et sur la force dont elle dispose, plutôt que sur le mérite des décisions elles-mêmes³⁶⁸. Seule cette institution bénéficierait d'un pouvoir suffisant pour rendre effective sa conception du droit. Cependant, l'on peut s'interroger sur la réalité de l'effectivité des règles jurisprudentielles telles que formulées par le plus haut tribunal, les juridictions du fond n'étant pas formellement obligées de les suivre. À la lecture de la doctrine, et même si certains auteurs en ont contesté l'exactitude³⁶⁹, il est pourtant nécessaire de le présumer, car tenter d'en vérifier l'exactitude exigerait une étude statistique qui dépasserait le cadre de la recherche. Ainsi, l'obéissance aux règles jurisprudentielles viendrait non pas de la conviction engendrée par la qualité de la solution, mais serait le fruit de la crainte d'une cassation future. Par conséquent, le rôle prépondérant joué par la Cour de cassation ou son autorité dans l'émergence des règles jurisprudentielles repose surtout sur sa situation hiérarchique particulière qui lui donne un pouvoir, celui d'avoir le dernier mot en droit³⁷⁰.

L'autorité dont dispose la Cour de cassation semble ainsi intrinsèquement liée à son pouvoir de casser une décision d'un juge du fond³⁷¹, et de contraindre, en certaines

³⁶⁷ A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 51, à la p. 285.

³⁶⁸ Il est évident que la qualité d'une décision de la Cour de cassation peut faciliter l'adhésion des juristes, mais le sens des observations doctrinales consiste à lui reconnaître un pouvoir d'émettre des règles jurisprudentielles en raison de son seul statut institutionnel.

³⁶⁹ Comme la cassation est une mesure ponctuelle, le juge du fond peut faire de la « résistance » et ne jamais se soumettre à l'opinion de la Cour suprême. Elle n'implique pas nécessairement que les juges du fond appliqueront par la suite un arrêt de la Cour de cassation. C'est, d'ailleurs, l'observation que fait le professeur Atias :

[l']unité du droit ne se vérifie guère dans la pratique judiciaire [...] [les] juridictions de fond ne suivent pas systématiquement sa jurisprudence (à la Cour de cassation) [et] à leurs yeux (des juges du fond), vingt arrêts récents et concordants de la Cour de cassation ne l'emportent pas sur une unique décision de leur propre tribunal

Christian ATIAS, « Pouvoir et autorité judiciaire », *D.* 1992.chron.XXXVI.

³⁷⁰ Selon le professeur Atias, les « juristes adhèrent à une opinion fondée en raison » (*Id.*, par. 5). Mais pour admettre cela en matière de règle jurisprudentielle, il faudrait démontrer que les décisions de la Cour de cassation dépassent en raison les solutions des juges du fond. Une difficulté soulevée par l'opinion du professeur Atias réside dans le fait que, d'une part, la doctrine attribue un pouvoir d'émettre des règles à la Cour de cassation et ce, de façon quasi unanime, et que d'autre part, la Cour, dans ses motifs, est extrêmement réservée sur les « raisons de sa décision ». Il est donc difficile de lier l'expression d'une « opinion fondée en raison (que l'on ne connaît pas) » et le fait que la Cour de cassation semble avoir un réel pouvoir d'émettre des normes. Les cas de revirements multiples sur une même question tendent à montrer que l'évolution d'une règle jurisprudentielle est parfois indépendante du fait qu'elle soit fondée en raison.

³⁷¹ Une observation intéressante se trouve dans l'ouvrage de Perreau où il établit une relation entre le pouvoir de contraindre la seconde cour de renvoi et l'« autorité » de la jurisprudence de la Cour de cassation :

depuis la loi du 1^{er} avril 1837, il n'est plus exact de dire que la jurisprudence ne lie jamais le juge. La Cour suprême seule a conservé ce pouvoir de lier les autres juges, depuis que l'arrêt de

circonstances, une cour à suivre son opinion. Son statut hiérarchique est à la source de son autorité et la compréhension de son étendue ne peut s'obtenir qu'en analysant les mécanismes procéduraux qu'elle utilise pour assurer sa mainmise sur le droit privé.

B. Le pouvoir de la Cour de cassation

À sa création, le recours en cassation prenait une valeur symbolique, car il visait à sauvegarder la suprématie de la loi. Par la suite, cet objectif s'est rapidement transformé en la recherche d'une unité de jurisprudence et ce, au nom d'un idéal d'unité du droit et d'une égalité des droits³⁷². Toutefois, l'unité de jurisprudence ne s'atteint pas seulement en plaçant une cour au-dessus des autres, elle doit être accompagnée de mécanismes procéduraux qui lui assurent une certaine effectivité. En droit privé, comme cela a été écrit ailleurs³⁷³, les moyens dont dispose la Cour de cassation pour atteindre cette unité ont un double aspect. L'un est externe et il détermine un rapport de force avec les juridictions inférieures, il s'agit de la cassation. L'autre est interne et il consiste à donner l'exemple en favorisant l'unité interne de la jurisprudence de la Cour. Ces deux aspects, l'un externe, l'autre interne, seront envisagés séparément.

1. Le contrôle externe de l'unité de jurisprudence par la Cour de cassation

Pour accomplir la tâche immense d'unifier la jurisprudence, la Cour de cassation dispose d'outils procéduraux dont le fonctionnement permet de saisir l'étendue de son influence et de comprendre la raison d'être de sa domination en matière jurisprudentielle.

ses chambres réunies est, après seconde cassation, obligatoire pour le juge de renvoi (loi 1^{er} avril 1837, art. 2); cette réforme a modifié grandement l'autorité de sa jurisprudence.

E. H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, Librairie des sciences politiques & sociales, tome premier, p. 50.

³⁷² Jacques BORÉ, « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.*1995, chr. 133., à la p. 134; sur la transformation de la fonction de la Cour de cassation au cours du XIX^e siècle, voir la partie « B. Le contrôle de l'interprétation », *supra*, à la p. 51.

³⁷³ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 66, à la p. 414 et s.

En premier lieu, un aspect fondamental du pouvoir de la Cour est sa capacité d'avoir le dernier mot sur des questions de droit. Cette méthode repose sur l'idée qu'une seule conception doit avoir potentiellement le dessus pour chacun des litiges. Le caractère essentiel d'un tel mécanisme s'est manifesté à la suite de la réforme de 1828 qui retirait l'obligation de la seconde cour de renvoi de suivre la décision de la Cour de cassation³⁷⁴. L'esprit d'indépendance des Cours royales a effrayé la communauté juridique qui a aussitôt attaqué les mesures législatives en plaidant qu'elles détruisaient l'unité de la jurisprudence. L'importance de maintenir ce droit *au dernier mot* est une opinion aujourd'hui largement partagée³⁷⁵ et, sur le plan procédural, ce privilège qui appartenait aux chambres réunies³⁷⁶ fut transmis à l'Assemblée plénière en 1947³⁷⁷. Aujourd'hui, et lors d'un second renvoi ou après avoir rendu un arrêt de principe³⁷⁸, c'est cette assemblée qui tranche solennellement une question à elle posée et dont le résultat sera obligatoire pour la cour de renvoi. Mais pour atteindre l'unité des solutions en droit, avoir le dernier mot ne suffit pas, encore faut-il avoir les moyens d'assurer qu'aucune opinion discordante ne puisse échapper au contrôle de la Cour de cassation.

Ainsi, en second lieu, il se dégage de la pratique de la Cour l'idée selon laquelle la condition d'une jurisprudence unifiée repose sur un contrôle potentiel de chacune des opinions juridiques formulées par les juridictions inférieures. Cela a été, du moins, la philosophie derrière le refus de procéder à la sélection des pourvois en cassation selon leur importance *pour le droit*. Toute erreur de droit peut, *a priori*, être corrigée quitte à connaître des problèmes d'encombrement³⁷⁹. Ainsi, afin d'assurer qu'elle puisse remplir efficacement ses fonctions

³⁷⁴ Voir *supra* les notes 226 et 227.

³⁷⁵ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 66, voir les extraits suivants : à la p. 413 : « Il reste cependant essentiel que la Cour de cassation ait le dernier mot afin d'assurer l'unification de la jurisprudence » ; p. 414 : « Pour que la Cour de cassation unifie la jurisprudence, il faut en toutes circonstances censurer les décisions non conformes à sa propre interprétation » ; p. 415 : « La loi du 30 juillet 1828 sacrifiait d'abord l'unité de jurisprudence ». Ces extraits visent à montrer qu'il y a une association d'idée entre « avoir le dernier mot » et l'« unification de la jurisprudence ». Or, avoir le dernier mot n'assure pas nécessairement une unité de jurisprudence, l'un n'est pas la conséquence logique de l'autre.

³⁷⁶ *Loi du 2 brumaire an IV*.

³⁷⁷ *Loi du 23 juillet 1947*.

³⁷⁸ Depuis la *loi du 3 janvier 1979*.

³⁷⁹ Qui sont rapportés, mais non dénoncés, par M. Boré, dans « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995, chr. 133, à la p. 134 : « l'encombrement de la Cour de cassation, Cour régulatrice nationale, est la conséquence

juridiques et disciplinaires³⁸⁰, il a fallu augmenter progressivement le nombre de chambres³⁸¹ et réduire la taille des formations³⁸².

Enfin, et en troisième lieu, les ouvertures à cassation ont connu une transition semblable en ce que la Cour semble avoir recherché à occuper tout l'espace du droit dans les litiges privés. Cette tendance se démarque clairement au cours des deux siècles de son existence³⁸³ : à l'origine de l'institution, seuls les recours pour violation expresse du « texte de loi »³⁸⁴ donnaient ouverture à cassation, alors qu'aujourd'hui, la Cour de cassation contrôle, au nom de la violation d'une « règle de droit »³⁸⁵, les fausses qualifications de faits³⁸⁶ et la dénaturation des termes et du sens clair des actes juridiques³⁸⁷, ce qui la rapproche des faits et parfois même l'entraîne dans un domaine qui devrait, en principe, lui rester étranger³⁸⁸. Il s'agit réellement d'un cheminement qui a été volontairement recherché par la Haute juridiction, car même si les motifs d'ouverture sont fixés par la loi, en pratique la Cour de cassation est restée maîtresse de

naturelle de son rôle unificateur qui l'oppose à la dispersion géographique des cours d'appel implantées dans les régions ». L'auteur relève 20 000 à 25 000 pourvois par année.

³⁸⁰ Voir : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 66, aux pages 408-409. La fonction disciplinaire consiste à vérifier que les juges ont respecté l'obligation de motiver leur décision judiciaire, selon les divers moyens qui lui ont été soumis (*Idem.*).

³⁸¹ Afin de pallier le problème de la lenteur du processus de cassation, la *loi du 23 juillet 1947* a éliminé la chambre des requêtes pour ajouter plusieurs chambres civiles (sociales, commerciale et financière, et deux sections civiles).

³⁸² Par la *loi du 3 janvier 1979*, voir : André PERDRIAU, « Les formations restreintes de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1994.I.3768.

³⁸³ Sur cette question, voir J. BORÉ, *op. cit.*, note 389, à la p. 117 et s.

³⁸⁴ Voir *supra*, le texte à la note 215.

³⁸⁵ Article 604 du Nouveau Code de procédure civile. Sur la définition du moyen de pur droit : « un moyen de cassation est de pur droit dès lors qu'il ne se réfère à aucune considération de fait qui ne résulterait pas du juge du fond » : Cass. 1^{re} civ., 16 fév. 1994, *Bull. civ.*, 1, n° 68, *J.C.P.* 1994, éd. G, IV, 1043. Tel que cité par André PERDRIAU, « Ce que la Cour de cassation relève d'office », *J.C.P.* 1996.I.doct.3911, au par. 23.

³⁸⁶ Bien qu'elle contrôlait certaines qualifications au cours du XIX^e siècle, mais dans une moindre mesure : J. BORÉ, *op. cit.*, note 386, p. 503, n° 1581. M. Boré reconnaît que ce motif de contrôle est difficile à systématiser, car « un très grand nombre de notions légales ou d'éléments constitutifs de ces notions, échappent au contrôle régulateur de la cour de cassation » (*Id.*, p. 489); certains auteurs ont critiqué ce mode de contrôle sélectif des qualifications au motif qu'il était « arbitraire » et « hermétique » : Gaëtan di MARINO, « Cour de cassation, juge du droit ? », Laboratoire d'Épistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille et la Cour de cassation (dir.), *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 28, à la p. 31.

³⁸⁷ Cass. com., 31 janvier 1995, *J.C.P.* 1995.II.22385, note Perdriau. Dans cette affaire, la chambre commerciale s'est ralliée à l'opinion des autres chambres qui contrôlaient les dénaturations matérielles et intellectuelles des contrats.

³⁸⁸ Le doyen Perdriau a soulevé la question avec ce titre, qu'il reconnaît provocateur : « Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait ? », *J.C.P.* 1993.I.doct.3683.

ceux-ci³⁸⁹. Toutefois, que ce soit par pudeur ou par conviction, il demeure tout à fait paradoxal que la Cour, gardienne de l'unité de jurisprudence, ne puisse pas admettre que la fausse application de la jurisprudence puisse constituer un véritable motif de cassation³⁹⁰.

Quoi qu'elle soit efficace, cette façon de concevoir la mission du plus haut tribunal a été critiquée par les professeurs Ghestin et Goubeaux qui l'ont qualifiée de pessimiste³⁹¹. D'autres auteurs, comme M. Boré, l'ont, par contre, vivement défendue :

Il est d'abord manifeste que le développement au XX^e siècle du pourvoi en cassation a été le résultat d'une politique délibérée qui part du point de vue opposé que l'accès de citoyens à la justice – et à l'égalité que procure le pourvoi – correspond à un besoin qui *doit être encouragé* [...] Cette évolution a paré la Cour de cassation d'un prestige qui ne lui permet plus guère de devenir une juridiction élitiste qui choisit ses dossiers en ayant pour seul souci de contribuer à la modernisation du droit, ce qui est au premier chef le rôle du législateur.³⁹²

³⁸⁹ Jacques BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Sirey, 1988, p. 503, n° 1580.

³⁹⁰ J. BORÉ, *op. cit.*, note 389, à la p. 378, n° 1081 : « Jamais la Cour régulatrice ne prononce le mot de "jurisprudence" [...] Le moyen de cassation ne doit donc pas se borner à invoquer la violation d'une jurisprudence de la Cour de cassation si constante soit-elle ». En pratique, il existe une certaine sélection des pourvois, notamment par les chambres restreintes, et qui se fonde sur les chances de succès de ceux-ci. Dans ces cas, un moyen qui invoque un point de droit qui est contraire à la « jurisprudence constante » de la Cour de cassation peut être considéré comme futile. Selon M. Boré :

Le contrôle de l'uniformité de l'application de la loi – qui est devenu, par la force des choses, le contrôle de l'unité de la jurisprudence – est né dès 1790 [...] Cette mission a un aspect répétitif et n'exige pas toujours un grand travail : elle ne demande pas à la Cour d'innover et de faire évoluer le droit, mais tout au plus de *faire application d'une loi claire ou d'une jurisprudence bien établie*. Il est naturel que cette notion de « jurisprudence constante » joue un rôle devant dans la sélection des affaires devant une Cour régulatrice du droit [...]

J. BORÉ, *loc. cit.*, note 379, à la p. 138.

³⁹¹ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 66, à la page 409 :

l'unité de jurisprudence n'est assurée que si, après avoir fixé ou rappelé le sens de la règle de droit, la Cour suprême prononce la cassation des décisions qui s'en écartent. Ses arrêts procèdent alors par voie d'autorité. Leur rédaction est brève. Ils se bornent à affirmer une solution sans chercher beaucoup à l'expliquer ou à la justifier. Une telle conception interdit la sélection des affaires portées devant la Cour suprême. Toute décision irrégulière doit pouvoir être soumise au contrôle de la Cour suprême.

Toutefois, et non sans contradiction, ils maintiennent et défendent l'idée selon laquelle « il est indispensable d'ouvrir assez largement le recours devant la Cour suprême » sans quoi elle ne pourrait remplir « sa mission d'unification de la jurisprudence » (*Id.*, pp. 423-424).

³⁹² Jacques BORÉ, « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.1995*, chr. 133, aux pages 133 et 134. Son intervention visait particulièrement l'opinion de Jean Bel, Président de la chambre honoraire de la Cour de cassation, dans son article « La plume d'oie », *D.1995*, chr. 59, qui dénonçait l'encombrement récurrent qui frappe la Cour de cassation et proposait qu'elle procède à la sélection des affaires, comme le faisaient les chambres des requêtes et comme le font maintenant, mais pas avec la même efficacité, les formations restreintes

Par conséquent, à défaut de pouvoir formuler des règles jurisprudentielles formellement obligatoires, comme ses homologues canadiens et anglais, la Cour de cassation semble avoir adopté l'objectif d'annuler les décisions qui heurtent ses propres principes et les moyens entrepris consistent à laisser les portes ouvertes le plus largement possible aux voies de recours. Un effet pervers de cette méthode est qu'elle encourage la contestation des décisions des cours d'appels et, pour répondre à cette inflation des demandes, il a fallu augmenter le nombre de chambres à l'intérieur de l'institution, ce qui menace, à long terme, l'unité de la jurisprudence de la Cour de cassation.

2. Le contrôle de l'unité interne de la jurisprudence de la Cour de cassation

Dès sa création, la Cour de cassation connaissait la possibilité de divergences au sein des mêmes chambres et des chambres entre elles³⁹³. Mais cette situation a été exacerbée par une multiplication de celles-ci³⁹⁴ qui a été décidée afin de pallier l'encombrement endémique qui frappait la Cour. Et comme il est difficile, voire impossible, de prétendre assurer l'unité intellectuelle en droit, si l'on parle à deux voix, des mécanismes ont été élaborés pour assurer une unité de jurisprudence au sein même de la Cour de cassation³⁹⁵.

(instaurées en vertu de la *loi du 3 janvier 1979*). Sur ces dernières, voir : André PERDRIAU, « Les formations restreintes de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1994.I.3768.

³⁹³ Initialement, la Cour de cassation comprenait trois chambres : la chambre des requêtes, la chambre civile et la chambre criminelle. Pour un bref historique de la Cour de cassation, de son organisation et de son fonctionnement, voir : François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1991, p. xvii et s.

³⁹⁴ Le foisonnement des chambres s'est déclenché dans la seconde moitié du siècle, voir : le *Décret-loi du 17 juin 1938* créant une quatrième chambre, la chambre sociale; diverses ordonnances créèrent des chambres pour les colonies, mais elles furent rapidement supprimées; les réformes de 1947 eurent pour effet de remplacer la chambre des requêtes par une chambre commerciale et financière; en 1952 fut créée une deuxième section civile (*loi du 21 juillet 1952* portant création d'une quatrième Chambre civile et modifiant certaines dispositions de procédure); puis advint une cinquième chambre en 1967 (*loi du 3 juillet 1967* relative à la Cour de cassation). La Cour de cassation est maintenant composée de six chambres (l'art. 121-3 du *Code de l'organisation judiciaire*). La multiplication des formations de jugement a, elle aussi, favorisé la fractionnement des jurisprudences, voir : la *loi du 3 janvier 1979* et la *loi du 6 août 1981* qui ont successivement baissé le quorum nécessaire des juges en audience à 7, puis à 5. La seconde réforme a même instauré des formations restreintes dans chacune des chambres, véritable résurrection des chambres des requêtes.

³⁹⁵ Sur cette question, voir l'étude détaillée : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 66, à la p. 426 et s.

Premièrement, la divergence entre les différentes chambres de la Cour de cassation a donné lieu à la mise en place d'un système d'harmonisation des décisions. À la suite de la réforme de 1947, fut créée l'Assemblée plénière civile qui devait *prévenir* les contrariétés de jurisprudence au sein de la Cour de cassation³⁹⁶, rôle joué, à la suite des réformes de la *loi de 1967*, par la chambre mixte³⁹⁷ de la Cour de cassation. Le rôle de la *seconde* Assemblée plénière civile, celle dont la mission a été déterminée en 1979³⁹⁸, fut celui de *guérir* les divergences existantes entre les chambres³⁹⁹ ou de trancher les questions de principe.

Deuxièmement⁴⁰⁰, l'unité interne devait être maintenue dans le temps, c'est-à-dire que l'on devait éviter les fluctuations involontaires de jurisprudence. Afin de permettre la mémoire du droit antérieur, les recueils privés ont joué un grand rôle, car ils rapportaient, de façon plus ou moins satisfaisante, les arrêts importants des tribunaux. Mais le simple nombre d'arrêts de cassation rendu tous les ans justifiait, en 1947, la création d'un fichier central de jurisprudence⁴⁰¹ et, un peu plus tard, du Bulletin des arrêts de la Cour de cassation⁴⁰².

Ce bref tour d'horizon de la mise en oeuvre de l'unité de jurisprudence justifie, d'une part, le pouvoir qui est accordé à la Cour de cassation, et permet de comprendre, d'autre part, la grande autorité dont elle jouit dans l'espace juridique français. Néanmoins, il est évident que cette analyse doit être reçue avec précaution. Il existe certainement d'innombrables nuances et des exceptions pertinentes qui auraient pu être relevées à l'égard de plusieurs aspects qui ont été

³⁹⁶ Rôle qui est aussi joué par les chambres réunies qui ont été remplacées par les assemblées plénières par la *loi de 1967*.

³⁹⁷ Lorsque la décision « relève de plusieurs chambres ou lorsque sa solution est susceptible de provoquer une contrariété de décisions » : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 66, à la p. 430.

³⁹⁸ Par la *loi du 3 janvier 1979*.

³⁹⁹ Avec un taux de succès élevés, mais non constant, voir J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 66, à la p. 430.

⁴⁰⁰ L'on pourrait invoquer « La spécialisation des formations de jugement », comme le font MM. Ghestin et Goubeaux, mais le lien qui relie ce phénomène avec l'unité de jurisprudence est, au mieux, indirect. Pour une référence, voir l'ouvrage des auteurs, *op. cit.*, note 66, à la p. 426.

⁴⁰¹ *Loi du 23 juillet 1947* fixant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation et la création d'un Fichier central de jurisprudence : Jean-Louis ROPERS, « La réforme de la Cour de cassation, évolution et révolution », *Sem. jur.* 1947.I.664; Henry MOTULSKY, « Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique », *Sem. jur.* 1949.I.775; le fichier central fut remplacé en 1956 par le Service de documentation et d'études, voir : *loi du 4 août 1956*, à l'article 51.

envisagés ici. Néanmoins, il se dégage d'un aperçu global de l'attitude de la doctrine et du fonctionnement du pouvoir judiciaire une conception nette du rôle central de la Cour de cassation qui a donné à sa jurisprudence, pour reprendre le terme du doyen Carbonnier, « un rang quasi législatif parmi les sources du droit »⁴⁰³. Dans les parties qui vont suivre, ce rôle sera tenu pour acquis. Ainsi, même s'il est possible de justifier théoriquement que les cours d'appel ou les tribunaux de première instance puissent détenir leur propre jurisprudence, l'analyse qui va suivre n'en tiendra pas compte sauf si, dans les cas envisagés, leur étude est pertinente.

Conclusion du Chapitre I

La controverse sur le statut de la jurisprudence s'est déclenchée alors que la doctrine remettait en question certaines conceptions du droit tenues pour acquises au XIX^e siècle⁴⁰⁴. Mais ce qui, au départ, se voulait être un appel à une approche sociologique du droit, s'est mué en une forme de normativisme jurisprudentiel. Car le fait qu'une majorité d'auteurs admettent, explicitement ou implicitement, que la jurisprudence constitue une *réelle* source de droit n'a pas été sans conséquences. En intégrant dans le droit ce que d'autres ont rejeté, les juristes ont dû formuler une théorie explicative et prescriptive du pouvoir judiciaire qui, dorénavant, formule des règles de droit.

Même si la question de la jurisprudence a été envisagée selon une perspective essentiellement théorique, un débat doctrinal se déroule rarement dans l'abstrait. Le plus souvent, il accompagne des mouvements sociaux, des modifications législatives ou des transitions institutionnelles. Mais la présente étude n'a pas l'ambition de prétendre *expliquer sociologiquement* l'émergence des règles prétorienne. S'agissant d'une analyse de la représentation de l'oeuvre des juges, son objet a été d'en montrer l'un des visages, celui qui est reflété dans le discours doctrinal. L'intérêt de cette approche repose sur le fait que dans un système voisin, celui de la *common law*, on a pu observer une évolution similaire : celle qui consiste à *refuser* aux juges la capacité de faire du droit, pour ensuite leur reconnaître un

⁴⁰² Arrêté du 8 août 1950 relatif aux Bulletins des arrêts de la Cour de cassation

⁴⁰³ Jean CARBONNIER, « Notes sur des notes d'arrêts », *D.* 1970.chron. XXX.138 (nos soulignements).

⁴⁰⁴ Sur cette question : Christian ATIAS, *Savoir des juristes, science des légistes*, 3^e éd., Aix-Marseille. P.U.A.M., 1993, à la p. 113 et s.

pouvoir *de jure*. Comme en droit français, l'État joue un rôle de second plan dans ce processus et sa compréhension passe par une étude de la représentation de la *common law* dans le discours des juristes.

Chapitre II – Représentation de la *common law* en droit canadien

La « *common law* » est une notion qui sert à désigner un système de droit, celui fondé sur le droit anglais, et une source de droit opposée à la *statute law* qui, à l’instar de l’*equity*, trouve son expression dans les décisions judiciaires. Dans le cadre d’une étude sur les productions judiciaires, la *common law* indique la source dont sont issues les *common law rules*. En cette matière, il est délicat de préciser davantage le contenu de cette expression, car son sens a évolué chez les juristes anglo-saxons.

À un certain moment de son histoire, la *common law* était présentée comme devant faire l’objet d’une « découverte » par les juges. Ceux-ci jouaient le rôle d’*oracles* censés révéler un droit composé de principes généraux et de règles coutumières d’origine immémoriale. Selon cette théorie, la *common law* formait un système juridique indépendant des juridictions dont la fonction principale était d’en *déclarer* le contenu. Mais au fur et à mesure que les juges se sont mis à invoquer de nouvelles règles de droit, les juristes ont graduellement rejeté ce modèle, si bien que les juges reconnaissent ouvertement qu’ils peuvent désormais façonner la *common law*. Ainsi, d’un statut de découvreur, le juge est passé à celui de créateur de la *common law*. Les raisons de cette évolution sont évidemment complexes, mais, de façon générale, on admet qu’elle fut rendue possible lorsque, comme l’a souligné le professeur Ferguson, les juristes « [traduction]ont conçu la *common law* comme étant l’expression de leur volonté; les juges ‘ont commencé à se percevoir comme des législateurs’. En résumé, les règles de *common law* ont été conçues comme des créations et non comme des découvertes »⁴⁰⁵.

Telle que l’illustre la transition décrite ici, le rôle des juges et la *common law* sont liés sur le plan conceptuel. Cette relation s’observe également dans les multiples définitions dont la

⁴⁰⁵ « [Version originale] [jurists] ‘began to conceive of the common law as an instrument of will’; judges ‘began to conceive of themselves as legislators’. In short, *common law rules* came to be conceived of as made and not discovered » : R. B. FERGUSON, « The Horwitz Thesis and Common Law Discourse in England », (1983) 3 *Oxf. Jour. of Leg. Studies* 34, à la p. 38; le professeur Ferguson cite l’ouvrage suivant : Morton J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, (1977) aux pages 19, 22, 23 et 27.

common law a pu faire l'objet et qui impliquent, pour la plupart, une certaine théorie du pouvoir judiciaire. Comme l'a observé Brian Simpson, la *common law* a fait l'objet de définitions diverses qui ont varié selon les époques, au gré des différentes conceptions de celle-ci :

The common law has in its time been given a variety of classifying titles, which reflect different views as to its distinguishing or characteristic feature - for example 'case law', 'judiciary law', 'judge-made law', 'customary law' and 'unwritten law'. Names such as these do not simply provide a neutral description of the common law. They reflect theories as to the nature of the common law.⁴⁰⁶

Entre la *common law* décrite comme un « judge-made law », un « customary law » ou un « unwritten law », il y a une conception latente du droit et du rôle du juge⁴⁰⁷. Ces définitions sont riches de sens pour qui veut comprendre le système juridique qui les adopte, car elles participent à un processus de catégorisation du phénomène jurisprudentiel qui a des implications sur le plan méthodologique⁴⁰⁸. En effet, on ne traitera pas les arrêts de la même façon si l'on défend une conception coutumière de la *common law* que si l'on reconnaît aux juges le pouvoir de créer de nouvelles règles⁴⁰⁹. L'analyse de la méthodologie relative aux règles de *common law* passe, en quelque sorte, par l'étude des conceptions dominantes de celle-ci⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Brian SIMPSON, « The Common Law and Legal Theory », dans William TWINING, dir., *Legal Theory and Common Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, p. 8, à la p. 8.

⁴⁰⁷ D'ailleurs, le professeur Glenn, dans un article qui vise à dégager la « nature » de la *common law* canadienne, souligne l'intime relation qui unit le droit jurisprudentiel et la définition de la *common law* en affirmant que « [t]he common law has traditionally defined itself through cases, though the cases have been treated differently over time » : Patrick H. GLENN, « The Common Law in Canada », (1995) 74 *Rev. du Bar. can.* 261, à la p. 262; l'auteur révèle sa propre conception en identifiant, à la page 272, « the judicial law » et « the common law ».

⁴⁰⁸ En cette matière, la méthodologie relative aux décisions judiciaires n'est pas indifférente à la conception du droit dominante. Comme l'a souligné René David :

L'obligation pour les juges de suivre le précédent (*stare decisis*) ne résulte en général que d'une certaine manière de concevoir le droit, que les juges eux-mêmes entretiennent dans un certain pays à une certaine époque. Ni les Lois ni la Constitution ne leur ont imposé cette manière de voir et, si l'on peut parler à ce sujet de coutume, il ne s'agit ici que d'une coutume jurisprudentielle, c'est-à-dire en d'autres termes de la pratique des tribunaux.

René DAVID, « Jurisprudence », [1985] 5 *R.R.J.* 773, à la p. 799.

⁴⁰⁹ Que l'on appellera, pour les fins du présent propos, la conception institutionnelle de la *common law*.

⁴¹⁰ Il s'agit, selon le professeur Vandevelde, de l'une des tâches de l'historien du droit : « Legal thought is, in essence, the process of categorisation. The lawyer is taught to place phenomena into categories such as fact or law, substance or process, public or private, contract or tort [...] Categorising phenomena determines how they will be treated by the legal system [...] The task of the legal historian who examines [...] legal thought is to explore the origins and structures of the categories. » : K. J. VANDEVELDE, « The New Property of the 19th Century », (1980) 29 *Buff. Law Rev.* 325, à la p. 326.

La première conception de la *common law*, liée à la théorie déclaratoire, consiste à prétendre qu'elle existe en dehors de toute expression de la volonté des juges ou du législateur. Il s'agit donc d'une conception *jus naturaliste* du droit, qui associe la *common law* à un système fondé sur la raison ou sur un ensemble de règles coutumières censées exister depuis des temps immémoriaux. Parce qu'elle a été élaborée en Angleterre, il sera essentiel d'en tracer les contours en ayant recours aux écrits de ceux qui l'ont défendue. Mais cette incursion en droit anglais est brève et l'analyse qui suit cherche surtout à cerner en quoi l'évolution dans la représentation de la jurisprudence a pu évoluer chez les juristes canadiens et en rapport avec leurs propres institutions. L'histoire des deux systèmes se confond toutefois, car à l'instar de l'évolution qui a été observée en droit anglais, les juristes canadiens ont graduellement rejeté le modèle déclaratoire pour adopter une seconde conception de la *common law*, celle de la théorie institutionnelle. Cette théorie postule que la *common law* est, telle que l'a présentée le professeur Ferguson, l'expression de la volonté des juges. Si l'on devait la catégoriser, on aurait à la rapprocher aux théories positivistes du droit en ce sens qu'elle admet que les juges disposent d'un pouvoir de créer de règles de droit obligatoires par l'effet de leur seule volonté : seules de contraintes de forme limiteraient leur capacité de produire des normes. L'importance de ces deux conceptions est telle, qu'afin de mettre au jour la représentation de l'oeuvre des juges dans le système juridique canadien, il est justifié de les aborder séparément. Mais avant de traiter cette question, il convient de souligner les difficultés et les limites qu'une telle étude présente.

La *common law*, telle qu'elle a été définie plus haut, fait partie d'un système juridique dont les origines remontent au XII^e siècle; il serait donc fastidieux de relever la totalité des conceptions de cette source de droit. Dans le cadre d'une recherche sur les *common law rules*, il est utile d'insister sur les deux principales théories, à savoir celle qui attribue aux juges un rôle déclaratoire en droit et celle qui leur reconnaît un pouvoir de constituer des règles juridiques⁴¹¹. Malgré son caractère forcément réducteur⁴¹², cette division est commode, car elle

⁴¹¹ L'accent sera mis sur les théories qui ont été formulées à la fin du XVIII^e siècle. En fait, la discussion technique sur la portée des précédents est relativement « jeune » en *common law*. Brian Simpson souligne que les définitions récentes de la *common law* insistent généralement sur le rôle du juge et du *stare decisis* dans le

reprend les théories qui ont le plus marqué la pensée juridique anglo-saxonne⁴¹³. Néanmoins, le discours juridique n'étant pas toujours homogène, il est difficile, voire impossible, de fixer les moments de la transition entre les deux conceptions principales de la *common law*⁴¹⁴, ni même de prétendre qu'elles s'excluent mutuellement⁴¹⁵. De plus, on peut observer que le discours sur la fonction judiciaire a joué un rôle important, mais non déterminant dans l'évolution de la méthodologie juridique. C'est le constat auquel arrive le professeur Evans, qui écrit :

The common law did not develop a system of case-law by adopting explicit premises as to the authority of cases. It passed imperceptibly from a time when what was said in the course of cases was evidence of the law – of the legal custom applying in common to all parts of the realm – to a time when the law pronounced in the cases was itself the material of a substantial part of the system of law. Because the process of relying on cases developed in this way, neither the exact role of cases, nor the correct method of arguing from them, was ever defined with precision.⁴¹⁶

C'est donc dans un « flou » conceptuel que s'est imposé le pouvoir des juges en droit anglais. Cette caractéristique se reflète aussi dans les théories qui seront étudiées, la cohérence n'étant pas toujours l'une de leur vertu principale⁴¹⁷. À cette mise en garde, il convient d'en ajouter une autre à propos de la délicate question de la définition d'une conception

développement du droit, mais il précise que cette particularité est récente : « The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of *ratio decidendi*, and functioned well enough » (B. SIMPSON, *loc. cit.*, note 406, à la page 8); voir aussi : Patrick H. GLENN, « Sur l'impossibilité d'un principe de *stare decisis* », [1993] 4 *R.R.J.* 1073.

⁴¹² L'on doit admettre, avec le professeur Risk, que les modèles ou les théories sur la pensée juridique constituent des constructions souvent simplificatrices de la réalité. Le professeur fait sa propre autocritique lorsqu'il tente une synthèse de la pensée juridique de la seconde moitié du XIX^e siècle en écrivant :

Of course, this description is a model, and even as a model it is greatly simplified. The minds of individual lawyers were much more complex and muddled, and included inconsistent elements. There were differences among individuals and between generations, and between practising lawyers and the profession. It has no widely accepted name, and for convenience I shall call it the 'rule of law thought', in honour of Dicey, one of its primary makers.

Richard C. B. RISK, « A.H.F. Lefroy: Common Law Thought in Late Nineteenth-Century Canada: On Burying One's Grandfather », (1991) 41 *U. of Tor. L. J.* 307, à la p. 312.

⁴¹³ Il s'agit d'une distinction qui a été reprise dans un ouvrage collectif : Laurence GOLDSTEIN, dir., *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, à la p. 2 de l'introduction; sur ce sujet, voir la contribution de Gerald Postema, « Some Roots of our Notion of Precedent », à la p. 9 de l'ouvrage, où il distingue la conception traditionnelle et la conception positiviste.

⁴¹⁴ Sir Carleton Kemp ALLEN, *Law in the Making*, 7^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1964, à la p. 232.

⁴¹⁵ Le professeur Risk parle plutôt de couches superposées de conceptions qui, à l'image des couches géologiques, ont animé en même temps la pensée juridique à une certaine époque : R. C. B. RISK, *loc. cit.*, note 412, à la p. 314.

⁴¹⁶ Jim EVANS, « Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century », dans L. GOLDSTEIN, *op. cit.*, note 413, p. 35, aux pages 35-36.

« canadienne » de la *common law*, c'est-à-dire d'une conception qui ne soit pas simplement calquée sur celle du droit anglais.

La réception de la *common law* en droit canadien est la conséquence juridique de la conquête et de la colonisation anglaise⁴¹⁸. La *common law*, dont ont hérité les juristes canadiens, faisait donc partie d'un système juridique national, le *English Law*, à l'intérieur duquel elle côtoyait le *statute law* et l'*equity*. Une interrogation sur la représentation de la *common law* en droit canadien doit tenir compte de ses origines historiques et, par conséquent, elle ne peut être entreprise sans envisager les théories anglaises qui l'ont inspirée. Cette situation se reflète également dans le discours juridique. Même si, formellement, le droit anglais n'a plus, ou presque, d'effet en sol canadien, les juges, les historiens du droit et la doctrine en général font généralement référence aux écrits des juristes anglais⁴¹⁹, australiens et, plus rarement, américains⁴²⁰ lorsqu'ils abordent la question de la nature de la *common law*⁴²¹. Que ce soit par émulation du système anglais ou par simple respect de ses origines historiques, le système juridique canadien connaît une ouverture des sources d'autorité qui a pour corollaire qu'il est difficile de dégager une conception nationale de la *common law*⁴²².

⁴¹⁷ Voir, *infra*, le texte à la note 433.

⁴¹⁸ *Campbell v. Hall*, (1774) 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045; J.E. COTE, « The Reception of English Law », (1978) 15 *Alta. L. R.* 29; pour une description générale du processus d'intégration de la *common law*, voir : Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd, Toronto, Carswell, 1992, aux pages 27-44.

⁴¹⁹ Par exemple, Patrick Glenn dresse un portrait de la conception de la *common law* en droit canadien en ayant recours indistinctement à la doctrine anglaise, australienne ou canadienne.

⁴²⁰ Notion malheureusement imprécise qui est utilisée ici selon son acception européenne, c'est-à-dire en excluant les juristes canadiens, mexicains, etc.

⁴²¹ On peut expliquer cette situation en rappelant la jeunesse de la doctrine canadienne. En effet, la doctrine universitaire n'existe que depuis une cinquantaine d'années dans la plupart des provinces, voir : Graham PARKER, « Canadian Legal Culture », dans Louis A. KNAFLA, *Law & Justice in a New Land [:] Essays in Western Canadian Legal History*, Toronto-Calgary-Vancouver, Carswell, 1986, à la p. 4 où le professeur souligne le peu d'ouvrages universitaires proprement « canadiens » :

Canadian legal scholarship was poverty stricken until twenty years ago. Learned treatises did not exist. Legal texts were of the most practical variety and were often Canadianised versions of English black-letter or practitioners' manuals. Of course, there was a Canadian edition of part of Blackstone's *Commentaries* but it was simply a republication of the original text with a few pages of local introduction.

⁴²² Cette remarque vaut aussi au sujet d'une conception *canadienne* du pouvoir judiciaire. Selon le professeur Bushnell, « [c]anadian writing on the subject [of the judicial function] has been very sparse, and with regard to the Canadian judiciary, it has been all but absent until very recently. This telling point is indicative of the impoverished nature of independent legal thought in Canada » (Ian BUSHNELL, *The Captive Court [:] A Study of the Supreme Court of Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 1992, à la p. 47).

Outre cette difficulté, il est nécessaire de souligner les embûches méthodologiques que soulève une recherche sur sa conceptualisation chez les juristes. Plusieurs auteurs ont abordé ce type de question, chacun selon une approche différente. Entre autres, le professeur Glenn est l'un de ceux qui ont peut-être le plus directement analysé le sens que revêt la *common law* en droit canadien⁴²³. Pour y procéder, il a étudié la structure des tribunaux, le mode de nomination des juges, l'histoire de l'Empire et le mode de réception du droit anglais en sol canadien. Par la suite, il a envisagé comment cette *common law* a été perçue par les juges, surtout ceux de la Cour suprême, lorsqu'elle entre en interaction avec trois domaines du droit sans rapport réel les uns avec les autres⁴²⁴. L'originalité d'une telle analyse, qui fait intervenir des sources qui ne portent pas directement sur le sujet lui-même, est la conséquence de plusieurs caractéristiques du droit canadien. D'une part, jusqu'à l'avènement d'un véritable corps d'enseignants universitaires⁴²⁵, peu de juristes se sont véritablement penchés sur ce type de question théorique⁴²⁶, il n'a donc pas eu véritablement de controverse sur ces sujets, ce qui a appauvri la littérature juridique⁴²⁷. D'autre part, sur le plan historique, les indications sur la *common law*

⁴²³ P. H. GLENN, *loc. cit.*, note 407. Cet article est évidemment très important pour les fins de la présente étude.

⁴²⁴ Le droit autochtone, les libertés publiques et le droit civil.

⁴²⁵ Corps dont l'influence s'est surtout manifestée au milieu du XX^e siècle. Selon Richard Devlin (Richard F. DEVLIN, « Introduction », *Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Emond Montgomery Publications Ltd., 1991, à la p. 1), les professeurs de droit au Canada ont connu trois grandes périodes. Jusqu'aux années 1960, ils étaient formés en Angleterre, et particulièrement à Oxford, « and thus absorbed and reproduced positivism in their own scholarship and practice » (*Id.*, p. 3) et cette tendance était amplifiée par l'influence des organisations professionnelles sur la formation juridique. Par la suite, une seconde génération de professeurs, formée États-Unis, a plutôt eu recours aux théories réalistes selon lesquelles « law could only be understood in its social context; it asserted that law is essentially instrumental in nature, that it is a means rather than an end in itself; and, that the judges do in fact make the law rather than simply declare it » (*Id.*, p. 3). Après les années 1970, une explosion du nombre d'inscriptions dans les écoles de droit a fait en sorte que « a significant amount of effort was put into creating new types of programs, and developing teaching materials and treatises that draw upon Canadian material » (*Id.*, p. 4). L'auteur cite les travaux suivants : Edward McWHINNEY, « Legal theory and Philosophy of Law in Canada », dans Edward McWHINNEY, dir., *Canadian Jurisprudence*, Toronto, Carswell, 1958, à la p. 1; du même auteur, « English Legal Education and Canadian Legal Philosophy », (1958) 4 *McGill L. J.* 213; « New Frontiers in Jurisprudence in Canada », (1958) *J. Leg. Ed.* 331.

⁴²⁶ Avec la notable exception de A. Lefroy, voir : R. C. B. RISK, *loc. cit.*, note 415; autrement, le nombre d'opinions formulées sur ce type de question est faible : I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 422, à la p. 47; Richard C.B. RISK, « Lawyers, Courts, and the Rise of the Regulatory State », (1984) 9 *Dalh. L. J.* 31, à la p. 32 : « The situation in Canada is harder to trace (on the set of ideals in law), as lawyers there did remarkably little recorded speculating. My impression is that the ideals were imported faithfully from England. »

⁴²⁷ Le rôle du juge de *common law* n'a pas fait l'objet d'un débat aussi intense que celui qui a animé la doctrine française. L'intérêt de la jurisprudence pour les juristes était tel qu'il aurait été vain d'en nier la portée : pour un *common lawyer*, la pratique judiciaire est la plus typique des sources de droit. La raison en est que le juge, dans

proviennent essentiellement des juges qui, dans leurs motifs, expriment leur conception de cette source de droit. Or en l'absence d'index permettant de retrouver ces opinions disséminées dans les recueils judiciaires, elles sont difficiles à retracer, du moins, pour la période précédant la création de la Cour suprême⁴²⁸. Par conséquent, les sources qui traitent directement de la question sont rares, et ceci est particulièrement évident pour qui veut l'aborder en y apportant une dimension historique.

Car, sans chercher à dénigrer la vitalité de la doctrine récente et la qualité des études passées⁴²⁹, il n'est pas exagéré d'affirmer que l'enthousiasme pour les recherches historiques en droit ne s'est pas emparé des juristes canadiens, universitaires ou praticiens. Le droit canadien n'a pas connu de Gény, de Holdsworth, ni de Horwitz⁴³⁰, pour dégager les méthodes et les théories du droit de leurs prédécesseurs. Ainsi, ce n'est pas par hasard si un historien du droit a pu écrire que le droit du XIX^e siècle était encore une *terra incognita*⁴³¹, joignant sa plainte à celles de ses homologues anglais⁴³². À l'évidence, ces lacunes influent sur le traitement du sujet

l'ordre des choses, a précédé les lois, il a donc été considéré comme un organe consubstantiel au droit. C'est surtout la question de la nature de la production judiciaire qui a fait l'objet d'une controverse.

⁴²⁸ *Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11, devenu la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26.

⁴²⁹ Les années 1980 et 1990 ont été particulièrement fertiles en matière de recherche historique : Jamie BENEDICKSON, « Survey of Canadian Legal History in the '90s », (1996-1997) 28 *Ott. L. R.* 433.

⁴³⁰ Les théories de Morton Horwitz sur les différents stades de formation et de conception de la *common law* a provoqué un débat doctrinal très riche en droit américain; voir, sur cette controverse : R. B. FERGUSON, *loc. cit.*, note 409, aux p. 34 et s. L'auteur cite les recherches de Horwitz, Llewellyn, Chambliss, Seidman, Nelson, Guilmore, Scheiber, Tushnet, Cover et Paine.

⁴³¹ Blaine BAKER, « The Reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in the Late-Victorian Empire », (1985) 3 *Law & Hist. Rev.* 219, la page 233. Selon le professeur Baker, deux éléments seraient attribuables à cet état de fait. Entre 1890 et 1920, les membres du Barreau ontarien ont cédé une grande part de leurs bibliothèques aux institutions universitaires américaines en raison, probablement, au manque d'intérêt qu'elles présentaient pour leurs membres (*Id.*, p. 221). Ce désenchantement des juristes à l'égard de leur propre culture juridique s'expliquerait en partie par la nette prédominance intellectuelle du droit anglais. Il est donc paradoxal que l'on connaisse mieux les auteurs anglais du XIX^e siècle que les juristes canadiens de la même époque (*Id.*, p. 288). Voir aussi : R.C.B. RISK, « The Law and the Economy in Mid-Nineteenth-Century Ontario : A Perspective », dans David H. FLAHERTY, dir., *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1, The Osgoode Society, 1981, p. 88, à la p. 122.

⁴³² En général, les auteurs associent la pauvreté de la doctrine en droit à l'émergence tardive d'une culture universitaire :

The role of English universities in legal education is relatively recent. Traditionally, English lawyers have learnt their law by way of apprenticeship. In essence, from the late seventeenth to the mid-nineteenth century formal professional and university legal education were almost non-existent. The impoverished state of English legal education, legal literature and legal science was a recurrent theme of contemporary legal literature.

David SUGARMAN, « Legal theory, the Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition », dans

abordé. Confrontées au même problème, les recherches historiques récentes ont pris des voies éclectiques pour décrire l'évolution de la conception du droit chez les juristes canadiens. Par exemple, le professeur Glenn décrit la perception de la *common law* en l'induisant du succès commercial des écrits de Blackstone⁴³³. D'autres historiens, comme le professeur Risk, ont étudié la théorie du droit véhiculée dans les écrits juridiques du début du siècle⁴³⁴, notamment en analysant ceux des juges influents⁴³⁵. Dans ces cas, bien que l'étude se limite à une opinion d'un juriste particulier, elle permet, avec quelques réserves, de tracer les contours de la conception admise généralement à une certaine époque. Enfin, il est utile de mentionner la présence d'études qui se sont attardées à relever les documents disponibles dans les grandes bibliothèques de droit⁴³⁶ au XIX^e siècle afin d'analyser les sources d'information auxquelles les juristes avaient accès. Ces projets de recherche, dont l'objectif est de reconstruire la pensée juridique, ont recours à une méthodologie diversifiée qui témoigne de la relative jeunesse de la discipline et qui explique pourquoi il serait illusoire de prétendre répondre de façon précise et détaillée à la question.

Malgré ces réserves, la compréhension du pouvoir judiciaire et de la jurisprudence passe par l'étude des deux conceptions de la *common law* qui ont dominé le discours juridique. La transition de l'une à l'autre s'est effectuée au cours des trois derniers siècles; il s'agit ici

W. TWINING, dir., *op. cit.*, note 406, p. 26, à la p. 29, également à la p. 45. Voir Peter BIRKS, « Adjudication and Interpretation in the Common Law : A Century of Change », (1994) 14:2 *Legal Studies* 156, à la p. 161 où le professeur souligne que la volonté d'aborder l'histoire de la *common law* est apparue principalement à la fin du XIX^e siècle.

⁴³³ « The territorial expansion of the common law gave a new lease on life to Blackstone's ideas, and to the common law tradition. Blackstone sold well abroad, in many editions, but it was his view of the common law which became vital to the common law of the Empire, and subsequently of the commonwealth » : P. H. GLENN, *loc. cit.*, note 407, à la p. 266. L'auteur s'appuie aussi sur l'importance de la théorie de Blackstone pour la compréhension du droit canadien. Le professeur Glenn distingue, *a priori*, la théorie traditionnelle de la *common law* de celle de Blackstone. Mais il ajoute que l'on peut envisager l'ouvrage de Blackstone comme une formulation de la théorie traditionnelle, c'est-à-dire qui se rapproche de la conception coutumière du droit. Il est essentiel, toutefois, de souligner que cet ouvrage a donné lieu à plusieurs interprétations : l'opinion de Blackstone déjà été qualifiée de jusnaturaliste en même temps que positiviste !

⁴³⁴ R. C. B. RISK, *loc. cit.*, note 415; voir aussi : B. J. HIBBITS, « Progress and Principle : The Legal Thought of Sir John Beverley Robinson », (1989) 34 *McGill L. J.* 454.

⁴³⁵ Richard C. B. RISK, « Sir William R. Meredith C. J. O. : The Search for Authority », (1983) 7 *Dalh. L. J.* 713.

⁴³⁶ Voir surtout, Blaine BAKER, « The Reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in the Late-Victorian Empire », (1985) 3 *Law & Hist. Rev.* 219.

seulement d'en souligner les traits principaux et de montrer la relation que ces théories entretiennent avec la méthodologie relative aux décisions judiciaires.

Section 1 - La théorie déclaratoire de la common law en droit canadien

La théorie déclaratoire de la *common law* a un statut juridique pour le moins ambigu. Bien qu'elle ait été qualifiée de « conte de fées »⁴³⁷ par un *Lord* anglais, elle joue un certain rôle dans la mise en oeuvre du droit. Envisagée en tant que théorie juridique, elle englobe à la fois une conception coutumière et une conception métaphysique du droit⁴³⁸; elle présente les juges comme des oracles censés révéler un droit préexistant⁴³⁹. En même temps, la théorie déclaratoire participe de la technique juridique dans la mesure où elle fournit une justification à plusieurs mécanismes de coordination des normes⁴⁴⁰. Ainsi, les juristes de *common law* utilisent un double langage à son égard, car elle est en partie dénoncée, parce que fictive, et néanmoins elle est utilisée pour expliquer certains aspects du système.

⁴³⁷ Lord REID, « The Judge as Law Maker », (1973) XII *J.S.P.T.L.* n.°1, p. 22, à la p. 22 : « Those with a taste for fairy tales seem to have thought that in some Aladdin's cave there is hidden the Common Law in all its splendour and that on the judges appointment there descends on him knowledge of the perfect words Open Sesame. (...) But we don't believe in fairy tales any more. » Les boutades et les réflexions ironiques à l'égard de la théorie déclaratoire sont légions en droit anglais, il serait inopportun de les répertorier toutes. Entre autres, voir la critique de la *common law* formulée par Jeremy Bentham : « In these two words you have a name pretended to be the name of a really existent object: - look for any existing object - look for it till doomsday, no such object will you find » (Jeremy BENTHAM, *Collected works*, (1838-1843), vol. 1, p. 483, tel que cité par B. SIMPSON, *loc. cit.*, note 406, à la p. 16).

⁴³⁸ La dualité entre les caractères historique et systématique de la *common law* est probablement l'un des traits les plus frappant de la pensée juridique anglaise. C'est ce que l'on peut retenir des travaux de David Sugarman lorsqu'il constate que :

The lawyers could, with seeming effortlessness, eulogize the haphazard, particularistic, unsystematic evolution of the common law; and trumpet its intrinsic rationalism. Like a magnetic field, the history of English Legal thought and education has experienced the perpetual pull and push of these competing poles. As a result, the common law mind was forever betwixt and between. It required a little of history and metaphysics. But it could only continue to maintain its complex equilibrium by keeping history and metaphysics at a safe distance...

D. SUGARMAN, *loc. cit.*, note 433, à la p. 40.

⁴³⁹ Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, London, 1783, reproduit, New-York, Garland Publishing Inc., 1978, vol. 1, 69 : « [the judges] are the depositaries of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land » [ci-après cité : *Commentaries*].

⁴⁴⁰ Par exemple, elle sert de justification à l'effet rétroactif reconnu aux règles de *common law*.

Comme il s'agit d'une théorie qui s'est greffée au droit canadien, il convient d'envisager, en premier lieu, son expression dans la doctrine anglaise (§ 1) pour ensuite cerner la mesure de sa réception en droit canadien (§ 2).

§ 1 - Expression de la théorie déclaratoire

Its idle to debate whether... the court is making law... it depends on what you mean by 'make' and 'law' in this context.
Lord Simon of Glaisdale⁴⁴¹

Une théorie qui définit le juge comme un simple organe d'application du droit détermine, en général, la valeur qui doit être accordée à son opinion. La méthode relative aux décisions judiciaires dépend, en quelque sorte, de la théorie qui en définit le statut : on ne traite pas de la même façon une source de droit et une autorité. En qualifiant la décision judiciaire comme une preuve du droit, et donc comme une autorité, la théorie déclaratoire est porteuse à la fois d'une conception du rôle du juge et d'une méthodologie relative aux décisions judiciaires. La difficulté en droit anglais provient du fait que la pratique reliée aux précédents ne s'explique pas uniquement en ayant recours à la théorie déclaratoire : il serait erroné, *a priori*, d'induire l'une de l'autre⁴⁴². C'est pourquoi il est préférable de les aborder séparément, c'est-à-dire de distinguer le contenu de la théorie déclaratoire (A), pour ensuite envisager la méthode qui l'a accompagnée (B).

⁴⁴¹ *Stock v. Frank Jones (Tipton) Ltd.*, (1978) 1 C.R. 347, à la p. 353 (Ch. des L.).

⁴⁴² C'est le constat du professeur Evans qui a écrit : « theories held by judges are rarely well-developed or comprehensive – their theoretical pronouncements often have a more or less rhetorical role – and it is not uncommon to find judges stating theoretical positions which, if rigorously pursued, would be inconsistent with their own practice » (J. EVANS, *loc. cit.*, note 416, à la p. 42). Selon lui, « what common lawyers learn [...] when they learn about case-law, is the identification of certain sources of law and an accepted method of using those sources » (*Ibid.*). Les théories développées par les juristes ont certes une grande influence sur la méthode réellement utilisées par les praticiens, mais elles ne les dominent pas. Toutefois, selon Evans, le XIX^e siècle est intéressant, car il marque une transition dans la méthode d'utilisation des précédents, et plusieurs indices tendent à montrer que la théorie déclaratoire permet de cerner la raison d'être de certaines pratiques judiciaires.

A. Contenu de la théorie déclaratoire

L'un des auteurs qui a vraisemblablement le plus marqué la pensée juridique anglaise au sujet du rôle du juge et de la valeur des décisions judiciaires est Sir William Blackstone. Au début du XIX^e siècle, les livres 1, 3 et 4 du *Commentaries* de Blackstone constituaient l'une des lectures obligatoires du programme de droit en Angleterre⁴⁴³ et c'est dans le livre premier qu'est décrite la théorie déclaratoire de la *common law*⁴⁴⁴. On peut donc, à partir de cet ouvrage, esquisser les principaux traits de celle-ci⁴⁴⁵.

Dans sa présentation des *Laws of England*, Blackstone divise d'abord l'ensemble des règles de conduite des habitants du royaume en « [traduction] *lex non scripta*, le droit non écrit, ou la *common law*, et la *lex scripta*, le droit écrit, ou le droit législatif »⁴⁴⁶. Ensuite, il précise que le *lex non scripta* est composé de « [traduction] *coutumes générales* ou la *common law* proprement dite »⁴⁴⁷ et d'autres types particuliers de coutumes⁴⁴⁸. Ainsi, la notion de

⁴⁴³ O. H. PHILLIPS, « Legal Authors since 1800 », dans *Then and Now, 1788-1974 [:] Commemorating 175 years of Law Bookselling and Publishing*, London, Sweet & Maxwell, 1974, p. 3, à la page 13 : les étudiants devaient lire le *Commentaries* à deux reprises, la seconde fois en étudiant chacune des décisions citées par Blackstone.

⁴⁴⁴ Blackstone n'était pas reconnu, toutefois, pour son originalité, mais plutôt pour sa capacité de faire la synthèse des idées qui l'ont précédé. On fait souvent un rapprochement entre les théories de Blackstone, de Hale et de Coke.

⁴⁴⁵ Pour une étude récente de cet ouvrage, voir : Franck LESSAY, « Blackstone, *common law* et codification », (1998) 27 *Droits* 3.

⁴⁴⁶ Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, p. 63 : « [version originale] the unwritten, or common law [] and the *lex scripta*, the written, or statute law »; cette présentation reprend essentiellement celle de Sir Matthew HALE (1609-1676) dans *The History of the Common Law of England*, éd. par Charles M. GRAY, Chicago and London, U. of Chicago Press, 1971 (édition tirée de la version posthume de 1739), à la p. 3.

⁴⁴⁷ Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, p. 63 : « [version originale] general *customs* or the common law properly so called. »

⁴⁴⁸ Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, p. 67 :

This unwritten or common law is properly distinguishable into three kinds : 1. General customs [...] 2. Particular customs [...] 3. Certain particular laws; which by custom are adapted and used by some particular courts, [...] all these doctrines which are not set down in any written statute or ordinance, but depend merely upon immemorial usage, that is, upon the common law, for their support.

Il est important de souligner que l'usage immémorial, auquel fait référence Blackstone, ne fait pas de la *common law* une source de droit protohistorique, quoiqu'il soit possible que certains juristes l'aient effectivement cru, voir : J. H. BAKER, *An Introduction to Legal History*, 2^e éd., London, Butterworths, à la p. 1 : « When, in 1470, an English serjeant-at-law maintained that the common law had been in existence since

common law embrasse à la fois un sens général, l'ensemble du droit non écrit⁴⁴⁹, et un sens particulier, les coutumes générales du Royaume⁴⁵⁰. À la question de savoir comment on peut découvrir ces règles, le *Vinerian professor* d'Oxford répond que c'est par l'entremise des juges, ces dépositaires du droit, qui, par leurs études et par leur expérience, peuvent trancher les litiges selon le droit. Pour cette raison, leurs décisions « [traduction] forment la preuve principale et ayant le plus d'autorité, qu'il soit possible d'invoquer, de l'existence d'une telle coutume en ce qu'elle fait partie de la *common law* »⁴⁵¹.

Selon cette conception, le droit est un corpus de règles qui existent en dehors de toute reconnaissance par les tribunaux. Dans ce cadre, les décisions judiciaires valent à titre de preuve de l'état du droit, sans qu'elles soient censées le constituer ou le modifier⁴⁵². Toutefois, certains spécialistes de la théorie de Blackstone ont souligné qu'il serait erroné de prendre sa théorie au pied de la lettre. Bien entendu, le droit anglais provenait de deux sources principales, le *statute law* et la *common law*, auxquelles est venue s'ajouter l'*equity*. La première se distinguait de la seconde dans la mesure où elle naissait d'un acte unique et créait le droit *ab initio*. La seconde était censée être formée de coutumes *immémoriales* mais, comme l'ont relevé plusieurs auteurs, il était parfaitement évident à cette époque que certaines règles étaient *nées* de décisions judiciaires⁴⁵³. Vraisemblablement, Blackstone et Hale étaient conscients de cette difficulté. Ils

the creation of the world, it is not improbable that he believed it literally. ».

⁴⁴⁹ Bien que l'auteur admette que la preuve de ces règles soit écrite ou consignée dans les *Law reports*, les traités et dans les autres documents transmis par la tradition : Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, aux pp. 63-64.

⁴⁵⁰ Ce qui inclut les « established customs » et les « established rules or maxims » pour qui « the authority of these maxims rests entirely upon general reception and usage » : Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, p. 68.

⁴⁵¹ Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, p. 69 : « [version originale] are the principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such a custom as shall form a part of the common law »

⁴⁵² Cette conception se retrouve aussi chez Coke (« Our Booke Cases are the best proofes what the law is » : Co. Litt. 254, tel que cité dans HOLDSWORTH, « Case Law », (1934) 50 *L.Q.R.* 180, à la p. 182).

⁴⁵³ J. EVANS, *loc. cit.*, note 416, à la p. 36. James Ram fait une même observation dans un ouvrage paru en 1834 :

The rise of others [rules], although of long standing, can nevertheless with considerable accuracy be traced; and sometimes be fixed on a particular judge, or decision. Another kind is of comparatively modern, and of even late, introduction; and can be shown to have been created by a particular judge, or settled or established in a particular case.

James RAM, *The Science of Legal Judgement*, New-York, Baker, Vooris, (1834) 1871, republié, Littleton, Fred. B. Rothman & Co., 1988, à la p. 72.

Le professeur Evans souligne l'imprécision de la théorie déclaratoire, mais il la justifie de la façon

auraient tout de même maintenu la définition coutumière de la *common law* afin de montrer qu'elle ne se formait pas par un acte unique, historiquement identifiable comme la loi, mais qu'elle devait faire l'objet d'une réception dans la société⁴⁵⁴. C'est, du moins, ce que suggère le passage suivant dans lequel Blackstone explique en quoi les règles de *common law* sont non écrites : « [traduction] [elles sont non écrites] parce que leur énoncé et leur autorité ne sont pas fixés par écrit, comme le sont les actes du Parlement, mais elle acquièrent leur portée obligatoire, et leur force de droit, d'un usage long et immémorial, et par leur réception universelle à l'intérieur du royaume. »⁴⁵⁵

Quelle que soit la portée descriptive de la théorie déclaratoire, l'esprit général de celle-ci, en ce qui a trait au statut de la jurisprudence, consiste à y voir l'une des meilleures sources d'information sur la *common law*⁴⁵⁶. Implicitement, cette conception poursuit un objectif, celui

suivante : « [s]uch lack of clarity could be tolerated because the belief was in any event a fiction to which no more than lip-service was paid. The fiction was made workable by the fact that, for the most part, there was no evidence of this original custom except the decisions of the courts »; le professeur Simpson souligne qu'au regard de certaines règles précises, tel « the rule against perpetuities », « it is perfectly absurd to regard propositions stating such rules and doctrines as putative descriptions of the customary practices of Englishmen » (B. SIMPSON, *loc. cit.*, note 406, à la p. 19). Voir aussi, C. K. ALLEN, *op. cit.*, note 414, à la p. 73 :

Their origin (of the Common Law), discoverable only in social practices of which we have, at most, fragmentary evidence, is necessarily obscure. There has sometimes been too great a tendency to frame *a priori* generalities, and to attribute them to unseen, mystical agencies when often they can be traced to quite definite human inventions.

Selon Allen, Blackstone voulait donner une marge de discrétion aux juges qui étaient parfois confrontés à des arrêts publiés dans des recueils peu fiables. Aujourd'hui, selon cet auteur, « the body of precedents is now so highly systematized that it would merely cause confusion and misunderstanding to describe them as 'evidence'. We think of them rather as 'material', though we should still be guilty of misconception if we thought of them as 'the law itself' » : K. C. ALLEN, *op. cit.*, note 414, à la p. 230.

⁴⁵⁴ B. SIMPSON, *loc. cit.*, note 406, à la p. 20; C. K. ALLEN, *op. cit.*, note 453, à la p. 74. Selon Brian Simpson, il s'agit d'une caractéristique toujours valable du droit jurisprudentiel, seulement que la réception se déroule parmi le corps de spécialistes du droit, c'est-à-dire les juristes :

it seems to me that the common law system is properly located as a customary system of law in this sense, that it consists of a body of practices observed and ideas received over time by a caste of lawyers, these ideas being used by them as providing guidance in what is conceived to be the rational determination of disputes litigated before them, or by them on behalf of clients, and in other contexts. (*Ibid.*)

⁴⁵⁵ Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, à la p. 64 : « [version originale] [they are unwritten] because their original institution and authority are not set down in writing, as acts of parliament are, but they receive their binding power, and the force of law, by long and immemorial usage, and by their universal reception throughout the kingdom. »

⁴⁵⁶ Cette conception se trouve également chez Hale qui distinguait le droit « proprement dit » et la décision judiciaire qui l'énonce : W. S. HOLDSWORTH, « Case Law », (1934) 50 *L. Q. R.* 180, à la p. 183. Sur les origines médiévales de cette conception, voir : John H. BAKER, dir., *Judicial Records, Law Reports and the Growth of Case Law*, Berlin, Dunker & Humboldt, 1989, notamment l'article de John H. BAKER, « Records,

d'instaurer un équilibre entre le besoin de stabilité⁴⁵⁷ en droit conjugué au refus de faire des décisions judiciaires une source de droit équivalente aux lois⁴⁵⁸. Par conséquent, et bien que les juges disposent d'une très grande autorité, leurs décisions peuvent être soumises à un jugement critique et, ainsi, passer au crible de la raison⁴⁵⁹. En effet, ils peuvent se tromper et rendre des décisions absurdes, iniques ou contraires au droit divin, dans ces cas : « [traduction] il est déclaré, non pas que cette décision était du *mauvais droit*, mais qu'elle *n'était pas le droit* [...] c'est-à-dire qu'elle ne formait pas la coutume établie du Royaume »⁴⁶⁰. Outre ces cas exceptionnels : « [traduction] les précédents et les règles doivent être suivies, à moins qu'ils soient foncièrement absurdes ou injustes »⁴⁶¹. Ce qui implique que les décisions font l'objet d'une présomption de conformité au droit, entendu comme la perfection de la raison⁴⁶².

Reports and the Origins of Case-Law in England », p. 15.

⁴⁵⁷ Blackstone souligne ainsi le danger de modifier une règle dont on ne connaîtrait plus la raison d'être, voir Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, à la p. 70 :

it hath been an antient observation in the Law of England, that whenever a standing rule of law, of which the reason perhaps could not be remembered or discerned, hath been wantonly broken in upon by statutes or new resolutions, the wisdom of the rule hath in the end appeared from the inconveniencies that have followed the innovation.

⁴⁵⁸ Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, à la p. 64.

⁴⁵⁹ Le recours à la « raison » était fréquent en droit anglais. Selon le professeur Evans, « [it was] the old common law term for a rational concern for the just, beneficial ordering of society » (J. EVANS, *loc. cit.*, note 416, à la p. 38). Néanmoins, un conflit sur l'importance que l'on devait accorder à la « raison » ou à l'« autorité » en *common law* distingue les théories de Coke, Hobbes et Bentham : G. POSTEMA, *loc. cit.*, note 413, aux pages 11-15. La théorie de Blackstone se rapproche de celle de Coke pour qui « [the] Common Law itself is nothing else but reason » (*Id.*, p. 11). En retour, Hobbes trouvait cette théorie dangereuse étant donné le caractère profondément subjectif de la *raison*. Selon ce dernier, le droit devait être non pas laissé à la conception de chacun, mais devait être soumis à la volonté du Souverain. Pour une analogie avec le droit romain, voir Pierre-André CÔTÉ, « L'interprétation de la loi en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différences d'accents », (1997) 31 *R.J.T.* 45, à la p. 69, n. 71.

⁴⁶⁰ Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, p. 70 : « [version originale] it is declared, not that such sentence was *bad law*, but that it was *not law* [...] that is, that it is not the established custom of the realm. » Sir Matthew Hale fait dépendre la validité des coutumes locales sur leur caractère raisonnable : « The Common Law does determine what of those customs are good and reasonable, and what are unreasonable and void » (M. HALE, *op. cit.*, note 446, à la p. 18).

⁴⁶¹ Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, à la p. 70 : « [version originale] precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust. »; l'exception selon laquelle on est dispensé de suivre un précédent injuste s'est maintenue ou, à tout le moins, elle était évoquée jusqu'au XIX^e siècle. Voir *Mirehouse v. Rennell*, (1833) 1 Cl. & F. 527, à la p. 546, j. Parke : « and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise. »

⁴⁶² *Ibid.* L'on retrouve cette même idée, à la page 54, du livre premier, lorsqu'il traite de la « *declaratory part of the municipal law* ». Il explique alors que la partie du droit qui dépend de la « *law of revelation or of nature* », comme le droit à la vie ou à la liberté, ne peut être détruite ou abrogée par une « *human legislature* » et lorsqu'une loi s'attaque à un tel droit, « [it] has no force or operation at all, with regard to actions that are naturally and intrinsically right or wrong. » Selon le professeur Postema, malgré les extraits faisant référence à la rationalité ou à la justice, la théorie classique de la *common law*, telle qu'élaborée par Hale, Coke et

Malgré la réputation de Blackstone, plusieurs juristes ont atténué la portée de sa théorie en droit anglais. C'est que, comme le professeur Evans l'a expliqué, la pratique des juges, jusqu'au milieu du XVIII^e siècle, n'était ni uniforme ni toujours explicitement fondée sur la théorie décrite ci haut⁴⁶³. Néanmoins, sa valeur descriptive n'est pas nulle, car, selon Rupert Cross et d'autres historiens du droit, elle rendait vraisemblablement compte d'un certain nombre d'exceptions au principe du respect des précédents avant que ne soit reconnu le principe du *stare decisis* : « [traduction] [la théorie déclaratoire] unifiait les exceptions au *stare decisis* qui étaient reconnues au XVIII^e siècle et pendant une grande partie du XIX^e siècle »⁴⁶⁴. Il convient donc de présenter la méthodologie relative aux décisions judiciaires qui a accompagné la théorie déclaratoire.

B. Méthode de la théorie déclaratoire

you are not bound by any rule of law which
you may lay down, if upon a subsequent
occasion you should find reason to differ from that rule;
that is, that this House, like every Court of Justice
possesses an inherent power to correct
an error into which it may have fallen.
Lord St-Leonards (1852)⁴⁶⁵

La méthode relative aux décisions judiciaires contenue dans la théorie déclaratoire et celle qu'implique le *stare decisis* partagent indéniablement un même *air de famille*, notamment parce que les deux contiennent un principe du respect des décisions antérieures⁴⁶⁶. Pour cette

Blackstone, est plus près d'une théorie coutumière que d'une théorie d'un droit naturel transcendant : G. POSTEMA, *loc. cit.*, note 413, à la p. 21.

⁴⁶³ Voir la note 442.

⁴⁶⁴ Sir Rupert CROSS et J. W. HARRIS, *Precedents in English Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1991, à la p. 36 : « [version originale] [the declaratory theory] unified the exceptions to *stare decisis* that were recognized in the eighteenth century and throughout much of the nineteenth century. » Il est important de mentionner une controverse qui a divisé Holdsworth et Goodhart sur la question de savoir si une césure séparait la conception traditionnelle du respect des précédents (telle qu'on la retrouve exprimée, entre autres, dans la théorie déclaratoire) et celle qui a été affirmée à la fin du XIX^e siècle par la Chambre des Lords. Sur cette question : A. L. GOODHART, « Precedent in English and Continental Law », (1934) 50 *L. Q. R.* 40; W. S. HOLDSWORTH, *loc. cit.*, note 456; A. L. GOODHART, « Case Law - A Short Replication », (1934) 50 *L. Q. R.* 196.

⁴⁶⁵ *Bright v. Hutton*, (1852) 3 H.L.C. 341, à la p. 388.

⁴⁶⁶ Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, à la p. 70 : « precedents and rules must be followed, unless flatly

raison, la transition entre la méthode dite « traditionnelle » et celle qui prévaut aujourd'hui s'est effectuée imperceptiblement : la seconde méthode pouvait se réclamer de la première, au point de se confondre avec elle et de s'inscrire dans la tradition de la *common law*⁴⁶⁷. Toutefois, en présentant la décision judiciaire comme une preuve de l'état du droit et le droit comme un ensemble de règles « en suspension » dans la société, la théorie déclaratoire permettait d'écarter des arrêts pour des raisons liées à leur contenu : un précédent pouvait être « contraire » à la *common law*⁴⁶⁸. Et même si certains historiens du droit ont relativisé l'influence de cette théorie sur la méthodologie juridique⁴⁶⁹, ceux-ci s'accordent sur la relative souplesse qui entourait le recours à la jurisprudence, ce qui reflète une certaine adhésion des juristes à la conception de la *common law* décrite par Blackstone. Il existe donc une différence d'*intensité* et d'*étendue* du principe du respect des décisions antérieures⁴⁷⁰ et c'est sur ces points particuliers que l'on peut dégager l'originalité de la méthodologie liée à la théorie déclaratoire.

En effet, on admet généralement que le principe de respect des précédents, tel que formulé par Blackstone, et le *stare decisis* se distinguent en ce que le premier repose sur une directive méthodologique « souple », tandis que le second pose une règle qui oblige le juge à appliquer la règle tirée d'un arrêt antérieur. Tel que le résume le professeur Evans :

What we can say, then, about case-law at the end of the eighteenth century is that certainly there was a practice of following precedents, which it was regarded as important to protect. But the doctrine of *stare decisis* was a *principle* of adhering to decisions, not a set of rules. It did not identify any class of case as strictly binding, irrespective of circumstances. The

absurd or unjust »; selon le professeur Evans, l'effectivité de ce précepte variait selon les juges. L'auteur distingue deux écoles, celle des rationalistes et celle des formalistes, qui avaient des tendances différentes quant à la mise en œuvre de la *common law*, mais qui partageaient l'idée selon laquelle il était sage de respecter les précédents. C'est au sujet des exceptions à ce principe que se distinguent ces deux écoles : J. EVANS, *loc. cit.*, note 416, aux pages 36 et s.

⁴⁶⁷ C'est, du moins, l'opinion de Holdsworth, voir : W. S. HOLDSWORTH, *loc. cit.*, note 456.

⁴⁶⁸ La simple qualification de la décision judiciaire comme une « preuve » de l'état du droit interdit que l'on puisse lui attribuer la possibilité d'être obligatoire. Voir, R. CROSS et J.W. HARRIS, *op. cit.*, note 464, à la p. 30 :

If a previous decision is only evidence of what the law is, no judge could ever be absolutely bound to follow it, and it could never be effectively overruled because a subsequent judge might always treat it as having some evidential value.

⁴⁶⁹ Voir *supra*, note 442.

⁴⁷⁰ R. CROSS et J.W. HARRIS, *op. cit.*, note 464, à la p. 30 :

From the analytical point of view, on the other hand, the theory is inconsistent with current rules of precedent. A judge is bound to follow a previous decision, and appellate courts may overrule the previous decisions of courts beneath them in the hierarchy, provided they are not precluded from doing so by a decision which is binding upon them or by an Act of Parliament.

only fixed points in the system were rules and doctrines firmly established by historical acceptance.⁴⁷¹

Aussi, la conception traditionnelle du droit jurisprudentiel fait varier le poids d'un principe selon qu'il émane d'une décision unique ou qu'il est le produit d'une jurisprudence constante, alors que la conception liée au *stare decisis* attribue un effet obligatoire à la décision unique⁴⁷². Ils n'ont donc pas la même *intensité* : la première est davantage une méthode d'utilisation des arrêts que la seconde, qui, obligatoire et d'application générale, prend la forme d'une règle de droit.

Cette différence fondamentale entre les deux méthodes n'amoindrit pas, toutefois, le respect qui était accordé aux précédents. La déférence affichée par les juristes à l'égard des décisions antérieures était traditionnellement fondée sur les exigences de certitude, d'uniformité et de justice dans l'application du droit; il s'agit, en effet, des raisons invoquées par les juges pour justifier le recours aux précédents et que James Ram a relevé de la façon suivante :

A reason, constantly adverted to as a ground on which to adhere to a former decision, is, the importance of certainty in the law. Another reason is, "the great importance that there should be a uniformity of decision in the different courts of Westminster Hall. A third reason is, the probability that many transactions have taken place upon the footing of the former decision."⁴⁷³

Bien que ces objectifs sous tendent tout recours aux précédents, ils n'ont pas une portée absolue : plusieurs exceptions justifient que l'on s'écarte d'un arrêt antérieur, ce qui permet d'entrevoir la *portée* relative du principe de respect des précédents.

En premier lieu, Blackstone souligne qu'un précédent n'a pas à être suivi s'il est absurde ou injuste, car dans ces cas, « it is declared that it is not law »⁴⁷⁴. Certains, comme

⁴⁷¹ J. EVANS, *loc. cit.*, note 416, à la p. 45. Voir aussi, pour une analyse limitée à la théorie formulée par les juges : G. POSTEMA, *loc. cit.*, note 413, à la p. 23.

⁴⁷² Voir, J. RAM, *op. cit.*, note 453, aux pages 228 et s. À la page 238, Ram soutient que :

[s]o great is the force of decisions which have taken place during a long period, as thirty years, or have otherwise become well established, that, although those decisions are a departure from an act of parliament, the courts are obliged to follow them, notwithstanding their effect is, to an extent, to repeal an act.

⁴⁷³ J. RAM, *op. cit.*, note 453, à la p. 202.

⁴⁷⁴ Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, p. 70. Sir M. HALE, *op. cit.*, note 446, à la p. 18.

Holdsworth⁴⁷⁵ et Allen⁴⁷⁶, ont atténué l'importance pratique de ces exceptions en soulignant qu'elles étaient rituellement invoquées, même à l'égard des lois⁴⁷⁷, sans être réellement appliquées⁴⁷⁸. Toutefois, dans l'ouvrage de James Ram, on peut lire que :

Hence one decision may not be a binding authority, if the principle or reason on which it is grounded, or some other cause, makes it defective. In an after case, the soundness of the earlier decisions may be inquired into, and if on examination it is in the mind of the lower court thought to be unfit to stand, that decision it is allowed to reject as a binding authority. A decision may be so disregarded – if it is contrary to reason and common experience, and its effect would be to make confusion in property; or if it “outrages all reason and sense”⁴⁷⁹.

Il est donc difficile de déterminer l'effectivité réelle de cette exception⁴⁸⁰, sauf que les exemples cités par Ram montrent qu'à plusieurs reprises les juges ont écarté des arrêts antérieurs en y faisant référence⁴⁸¹. De plus, sur le plan symbolique, elle jouait un rôle

⁴⁷⁵ W. S. HOLDSWORTH, *loc. cit.*, note 456. Il précise toutefois que les juges se sont reconnus ce pouvoir (« it is important to remember that the judges have always assumed the power to disregard cases which are plainly absurd and contrary to principle » : *id.*, à la p. 186), mais que les décisions « modernes » limitent cette ouverture aux seuls cas où le précédent est contraire à la loi ou contredit un principe bien établi (*Id.*, à la p. 187).

⁴⁷⁶ K. C. ALLEN, *op. cit.*, note 414, aux pages 229-230.

⁴⁷⁷ Il a été affirmé qu'une loi pouvait être annulée si elle était contraire à la raison. Dans l'affaire *Dr. Bonham's Case* rendue par Lord Coke ((1610) 8 Co. Rep. 113, 118a, 77 E.R. 646, à la page 652, le juge Coke aurait affirmé le principe suivant : « And it appears in our books, that in many cases, the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void : for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such Act to be void ». Cette décision est vraisemblablement unique dans l'histoire de la *common law*, voir : S.A. de SMITH, *Constitutional and Administrative Law*, 4^e éd., London, Penguin Education, 1981, à la p. 80. Voir, à ce sujet, l'opinion de Blackstone, à la note 462.

⁴⁷⁸ « When Blackstone tells us that ‘it is an established rule to abide by former precedents’, except when they are ‘contrary to reason’, or ‘unless flatly absurd and unjust’, the modern lawyer is apt to regard the reservation either as a mere political oddity or as a doctrine no less heretical than the same writer’s half-hearted doctrine that not only precedents but even statutes are invalid ‘if clearly contrary to the divine law’ » : K. C. ALLEN, *op. cit.*, note 414, à la p. 229; W. S. HOLDSWORTH, *loc. cit.*, note 456, à la p. 185; ce dernier prétend toutefois que ces exceptions sont toujours valables (*Id.*, à la p. 193).

⁴⁷⁹ J. RAM, *op. cit.*, note 453, à la p. 215.

⁴⁸⁰ Le professeur Evans met sérieusement en doute la portée réelle de cette exception et souligne qu'il existait des modes de preuve irrationnels (par exemple, celui par l'épreuve du duel) qui ont perduré jusqu'à l'année 1824 : J. EVANS, *loc. cit.*, note 416, à la p. 45.

⁴⁸¹ J. RAM, *op. cit.*, note 453, aux pages 220-224. On peut lire les passages suivants : « if this had been as Carthew reports, yet it is a single case, it is contrary to reason and common experience, and such a determination would make such a confusion (...) that I own I should have no regard to it » (Chief Justice Willes, tel que cité par Ram, à la p. 220); « If there be any precedent of that sort, which outrages all reason and sense, it is of no authority to govern all cases » (Lord Ellenborough, tel que cité par Ram, à la p. 220). Il cite également les propos de Sharwood :

[c]ertainly a few precedents, especially when they relate rather to the application than to the establishment of a rule, are not of so binding a character that they must be followed, “though flatly absurd and unjust;” but it is just as certain, that when a principle of a decision has been long acquiesced in, when it has been applied in numerous cases, and became a landmark in the

important : rien de ce qui était contraire à la raison ne pouvait faire partie de la *common law*⁴⁸². Néanmoins, le recours à l'argument du caractère déraisonnable d'un arrêt semble dépendre de la personnalité des juges⁴⁸³, ce qui rend incertaine toute généralisation quant à la pratique des tribunaux à son égard.

En second lieu, Blackstone fait une distinction entre le droit, conçu abstraitement, et la jurisprudence, qui en est une source d'information. Cette distinction était capitale, car elle permettait au juge de maintenir une distance entre la formulation du droit et son contenu. Elle créait une marge de liberté dans laquelle pouvaient se réfugier les juges⁴⁸⁴. Son importance est telle que Holdsworth voit dans ce principe l'élément central qui justifie l'ensemble des exceptions à l'obligation de suivre les précédents⁴⁸⁵. De cette conception, il ressortait que les décisions judiciaires ne produisaient pas directement des règles applicables pour le futur, mais qu'elles étaient considérées comme une preuve du droit ou une information sur le droit qui provient de ceux qui détiennent un savoir et une expérience en droit⁴⁸⁶. Le poids d'un précédent variait donc en fonction de la qualité des motifs. Et, à ce titre, il est particulièrement révélateur qu'une décision avait un degré d'autorité qui s'évaluait selon une série de facteurs qui sont, pour la plupart, liés au mérite réel ou présumé de l'arrêt. Ainsi, Ram en dénombre plusieurs, dont le nombre d'années pendant lesquelles la décision a été suivie⁴⁸⁷, la réputation des juges

branch of science to which it relates, when men have dealt and made contract in the faith of it
(...) to overrule it is an act of *positive injustice*, as well as a violation of law.

SHARWOOD, *On the Mischivievous Results of Abandoning the Principle of Stare decisis*, de *Sharwood's Law Lectures*, lecture 11, tel que cité dans J. RAM, *op. cit.*, note 479, à la p. 423.

⁴⁸² Sur l'importance de la « raison » dans la description de la *common law*, voir la note 459.

⁴⁸³ On peut constater une grande variété de réactions à l'égard de ce type d'argument : J. EVANS, *loc. cit.*, note 416, à la p. 50. Selon Allen, Lord Mansfield, comme Lord Coke, deux juges qui avaient souvent recours à l'argument du caractère déraisonnable d'une jurisprudence, « had a deep impatience of the unintelligent and mechanical use of precedent merely for its own sake and without any true relevance to the underlying principles involved in a legal issue » (K. C. ALLEN, *op. cit.*, note 414, à la p. 211).

⁴⁸⁴ S. HOLDSWORTH, *loc. cit.*, note 456, à la p. 185 : « [i]t is clear that the adoption of this point of view gives the Courts power to mould as they please the conditions in which they will accept a decided case or a series of decided cases as authoritative ». Ce principe a pu être inspiré par la déclaration de Vaughan, dans *Bole v. Horton*, (1673) Vaughan 360, à la p. 382 : « Yet if a Court give judgement judicially, another Court is not bound to give like judgement, unless it think that judgement first given was according to law. »

⁴⁸⁵ W. S. HOLDSWORTH, *loc. cit.*, note 456, à la p. 185.

⁴⁸⁶ G.J. POSTEMA, *loc. cit.*, note 413, à la p. 22.

⁴⁸⁷ J. RAM, *op. cit.*, note 453, à la page 201 : « A circumstance that strengthens the authoritative force of a decision is, that it has stood as law for a length of time, as “for forty years together, or nearly forty years or nearly thirty-four years;” ».

qui l'ont rendu⁴⁸⁸, l'absence de dissidence⁴⁸⁹, la durée des délibérations⁴⁹⁰, la fiabilité du rapporteur, etc⁴⁹¹.

La théorie déclaratoire, en qualifiant la jurisprudence de « preuve du droit », aménageait un espace critique dans la relation qui unissait les juristes aux arrêts. Vraisemblablement, cette approche est le reflet d'une conception métaphysique ou coutumière de la *common law*. Mais aussi, l'on peut expliquer ce refus de faire de la jurisprudence une source équivalente à la loi en soulignant les conditions de production et de publication des arrêts, car c'est là, par un jeu de miroir, que théorie et pratique se reflètent mutuellement.

Outre les théories du droit énoncées par les auteurs classiques de *common law*, les contraintes matérielles dans lesquelles se déroulait la pratique du droit éclairent la méthode d'utilisation des décisions judiciaires jusqu'au milieu du XIX^e siècle⁴⁹². D'une part, jusqu'à la seconde moitié du siècle, l'organisation des tribunaux n'était ni unitaire ni réellement hiérarchisée⁴⁹³ : il existait plusieurs juridictions⁴⁹⁴ dont les décisions contradictoires rendaient

⁴⁸⁸ *Id.*, aux pages 299 et s.

⁴⁸⁹ *Id.*, à la p. 309.

⁴⁹⁰ *Id.*, à la p. 310.

⁴⁹¹ L'auteur en dresse une liste qui suppose une connaissance intime des circonstances entourant la décision judiciaire. Par exemple, une décision aura un poids plus élevé si : « [i]t is a case determined by an eminent judge, who had recently considered the whole of the subject in another cause » (*Id.*, à la p. 311); « [i]t is a case attended with one or more of these circumstances – Eminence of counsel; deliberation, and solemnity of decision; parties' acquiescence; absence of appeal » (*Id.*, à la p. 311).

⁴⁹² Il s'agit d'un thème qui a été exploité par John Dawson, dans son ouvrage : John P. DAWSON, *Oracles of Law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968; Dawson, à la p. 66 de son ouvrage, rappelle qu'une étape importante dans l'utilisation croissante des décisions judiciaires à titre de sources d'autorité a été atteinte lors de l'adoption de plaidoiries écrites, plutôt que verbales, ce qui a haussé la fiabilité, ainsi que la popularité des recueils judiciaires. Un autre facteur important qui explique le retard dans l'adoption d'une théorie stricte des précédents est le fait que les juges n'étaient pas obligés de motiver leurs décisions par écrit. Le principe a été formulé par Lord St-Leonards : « The Judges cannot be required to write their judgements; they must be left to their own discretion » (W.T.S. DANIEL, *The History and Origin of the Law Reports*, 1884, p. 102 tel que cité par J. Dawson, aux pages 81-82). Ce principe a été appliqué récemment : *R. v. Urie*, (1977) 5 Alta. L.R. (2d) 31 (C.A.).

⁴⁹³ Voir les hésitations de Ram lorsqu'il aborde la question de l'évaluation des autorités : J. RAM, *op. cit.*, note 453, aux pages 283 et s. Il a fallu attendre les *Judicatures Acts* de 1873 pour tout remettre en ordre.

⁴⁹⁴ K. C. ALLEN, *op. cit.*, note 454, aux pages 220-221; à la p. 221, il écrit : « in practice, the decisions of the Exchequer Chamber, which had a long tradition of authority behind them and which represented the cream of judicial deliberation, carried far more weight than those of the House of Lords. » Voir, W. S. HOLDSWORTH, *loc. cit.*, note 456, à la p. 188. De plus, précise le professeur Evans, les requêtes en appel (les *writs of error*) étaient fondées sur un système « chaotique » qui faisait en sorte qu'il était difficile d'isoler qui, parmi les juridictions, avait le dernier mot en droit : J. EVANS, *loc. cit.*, note 416, à la p. 48.

difficile la détermination du degré d'autorité qu'il convenait leur attribuer⁴⁹⁵. Par exemple, la Chambre des Lords ne pouvait pas prétendre donner une direction claire pour l'évolution de la jurisprudence, car jusqu'à la fin des années 1820, elle n'était pas dominée par des juges⁴⁹⁶, ses décisions n'étaient pas motivées par écrit et leur publication était plus qu'aléatoire⁴⁹⁷, caractéristiques qui réduisaient le poids qu'il convenait d'attribuer aux arrêts qu'elle rendait. D'autre part, la fidélité et la fiabilité des rapports judiciaires étaient souvent discutées et évoquées pour écarter des décisions antérieures⁴⁹⁸.

Il est difficile de trancher la question de savoir si c'est la théorie déclaratoire ou l'ensemble des circonstances qui entouraient le prononcé des arrêts qui a le plus contribué à modeler le comportement des juristes et, pour cette raison, ce sujet ne sera pas abordé ici. Il n'est pas inutile cependant de souligner qu'entre les conditions matérielles et le contexte théorique d'utilisation des décisions judiciaires, il y a une relation de réciprocité. Tel que l'a souligné le professeur Dawson, la théorie stricte du respect des précédents ne pouvait émerger avant qu'un véritable système de publication des décisions judiciaires se concrétise :

A theory of precedent and a highly developed case law method could not emerge because the materials available were insufficient. But it is impossible to identify cause and effect – the materials available were insufficient because theory and method did not yet require them.⁴⁹⁹

En retour, l'absence de publication systématique des décisions tend à montrer que les juristes n'en ressentaient pas le besoin, que ce soit sur les plans théorique ou pratique.

La différence fondamentale qui sépare cette façon d'aborder la valeur des précédents de celle qui lui a succédé, c'est qu'elle est menée avec peu de principes formels posés *a priori*.

⁴⁹⁵ K. C. ALLEN, *op. cit.*, note 454, à la p. 220.

⁴⁹⁶ En fait, comme le souligne le professeur Evans, la Chambre des Lords n'était pas, jusqu'en 1824, composée exclusivement de juges, ce qui amoindrissait la valeur et la portée de ses décisions (Voir, J. EVANS, *loc. cit.*, note 416, à la p. 48).

⁴⁹⁷ J. EVANS, *loc. cit.*, note 416, à la p. 48.

⁴⁹⁸ « A precedent was by no means accepted as an authority merely because it was adduced from a volume of reports; a great deal depended upon the reporter, and judges not only considered themselves at liberty to attach different degrees of weight to different authorities, but could not do otherwise, so great were the variations » : K. C. ALLEN, *op. cit.*, note 454, à la p. 222.

⁴⁹⁹ J. P. DAWSON, *op. cit.*, note 492, aux pages 78-79; à la p. 80, l'auteur ajoute : « The lack of reliable law reports was both symptom and cause; unreliable reports were tolerated because theories of precedent were not strict, but theories of precedent could not be strict until reports became reliable »; voir également, K. C.

Seules des motivations générales liées à l'importance de la stabilité et de la « certitude » dans le droit, avec le souci pragmatique de reconnaître la valeur des décisions passées, fondaient naturellement le principe du respect des précédents. Il importe, à ce stade, d'envisager à quel point cette façon de concevoir le droit jurisprudentiel a pu s'implanter en droit canadien.

§ 2 - Réception de la théorie déclaratoire en droit canadien

L'évolution dans la conception de la jurisprudence en droit anglais s'est déroulée au cours d'un siècle qui a été le théâtre de bouleversements profonds. En peu de temps, le Parlement britannique a mis fin aux *forms of action* pour ensuite procéder à la fusion de la *common law* et de l'*equity*. Ces mesures ont donné lieu à une véritable transformation de l'*esprit* du système juridique qui, auparavant, était fondé sur une conception processuelle et non substantielle des droits⁵⁰⁰. L'incertitude engendrée par ces modifications profondes a provoqué un regain d'intérêt pour une recherche de la stabilité en droit qui s'est traduit par la mise en place d'un véritable *système* jurisprudentiel rigide⁵⁰¹. Cette transition, qui a été abondamment documentée en droit anglais, a malheureusement été peu étudiée en droit canadien. De toute évidence, les juristes canadiens ont été peu prolixes sur la question du rôle du juge. L'attrait

ALLEN, *op. cit.*, note 454, aux pages 219-230.

⁵⁰⁰ La compréhension du système juridique anglais repose sur cette distinction, tel que le résume J. H. Baker :
[...] much of our legal history will defy comprehension unless this rigid separation of law and procedure is put out of mind. The learning about writs, forms of action and pleading was fundamental to the old common law [...] because the procedural institutions preceded the substantive law as it is now understood. The principles of the common law were never mapped out in the abstract, but grew around the forms by which justice was centralised and administered by the king's courts. There was a law of writs before there was a law of property, or of contract, or of tort.

op. cit., note 448, à la p. 49 (nos soulignements).

⁵⁰¹ P. H. GLENN, *loc. cit.*, note 407, aux pages 268-269 :

The abolition of the forms of action and the decline of the jury meant that common law judges had begun to judge on the merits, and according to substantive law. The content of the new, substantive common law had to be discovered, or created. In England and the U.S.A. this was done through a heavy reliance on Pothier and other continental writers, and through a miraculous conversion of old pleadings rules into substantive prescriptions. In the Empire and Commonwealth the same process occurred, filtered through English case law. *Stare decisis* was the starch that gave substance to the process.

Cette explication se fonde sur l'état chaotique du droit anglais au XIX^e siècle. On pourrait aussi expliquer l'adoption des règles du *stare decisis* en insistant sur le climat philosophique qui régnait à la suite des critiques de la théorie déclaratoire formulées par Bentham; voir aussi : A. L. GOODHART, « Precedent in English and

constant que présentaient les théories anglaises a eu cet effet pervers qu'il est difficile de cerner une théorie véritablement *canadienne* de la fonction judiciaire, du moins, jusqu'au début du XX^e siècle⁵⁰².

Malgré cette carence, une série d'indices permet d'induire que la perception canadienne de la jurisprudence ne devait pas être très éloignée de celle qui prévalait en Angleterre. Lors de la conquête et de la colonisation du Canada en 1760, la théorie déclaratoire avait atteint son apogée en droit anglais. Or la communauté juridique canadienne s'est établie progressivement, au cours du XVIII^e et du XIX^e siècle, en adoptant le modèle anglais, que ce soit pour son organisation et pour la formation des juristes⁵⁰³. Ainsi, au même titre que les autres éléments du système juridique de l'Empire, on peut présumer que la théorie déclaratoire, tout comme la méthodologie qui l'a accompagnée, ont chacune fait partie du droit canadien. Cette présomption est confortée lorsqu'on étudie le degré de réception de cette théorie dans le discours officiel et dans la doctrine.

En effet, la réception d'un *élément* juridique étranger, que ce soit une théorie, une règle ou une institution, peut s'effectuer de différentes manières. Cet élément peut être reçu grâce à ses qualités internes et, dans ce cas, il s'agit d'une réception en raison de l'autorité; dans d'autres cas, elle peut être le résultat d'un mécanisme normatif, il s'agit alors d'un processus obligatoire, donc autoritaire. Ce dernier processus, celui de la réception forcée, est particulier dans la mesure où son efficacité dépend de l'adhésion de la communauté juridique qui le reçoit. Sans cette acceptation, il demeure fragile et reste, le plus souvent, éphémère. Tel que l'a écrit le

Continental Law », (1934) 50 L.Q.R. 40, aux pp. 61-62.

⁵⁰² Le statut de colonie expliquerait la difficulté de concevoir un droit national. Du moins, il s'agit de l'opinion du professeur Bushnell, dans *op. cit.*, note 422, à la p. 53 :

Being part of the British Empire has had a considerable effect on the question of what authority Canadian judges gave to various cases decided by English courts. For many years it was extremely difficult to think of England as a foreign nation for domestic Canadian law, and there was no will to do so when the idea became more feasible. Tradition was very powerful and today the thought is still not accepted completely.

⁵⁰³ Ceci vaut seulement pour les provinces autres que celle du Québec. Même si la doctrine québécoise contemporaine s'est intéressée à la *common law* et sera étudiée (i.e. les articles de Patrick H. Glenn), les réflexions des juristes de cette Province a surtout portée sur le Code civil et ses interprétations, etc. Sur ce sujet, voir : Sylvie PARENT, *La doctrine et l'interprétation du Code civil*, avec une préface de Pierre-André CÔTÉ, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997; André MOREL, « La réaction des Canadiens devant l'administration de

professeur Glenn : « [traduction] [la] réception dans une structure coloniale représente aussi [...] une adhésion locale à un modèle du droit étranger, car en l'absence d'une telle adhésion il ne peut pas y avoir de réception, mais seulement un conflit perpétuel »⁵⁰⁴. Dans le cas de la théorie déclaratoire, l'on peut constater sa présence à l'intérieur du système normatif et dans le discours doctrinal, surtout lorsqu'on envisage les théories et les méthodes développées pendant le XIX^e siècle : leur présence permet de conclure qu'elle furent vraisemblablement représentative d'une certaine conception de la *common law* à une certaine époque.

Ainsi, c'est en s'appuyant sur cette hypothèse qu'il est justifié d'envisager la réception de la théorie déclaratoire en étudiant les éléments du droit canadien qui ont cette théorie pour fondement (A.), pour ensuite envisager la réception doctrinale de la théorie de Blackstone (B.).

A. Réception normative de la théorie déclaratoire en droit canadien

Par le fait de la conquête, l'ensemble du droit public anglais s'est implanté automatiquement dans l'ancienne colonie française. Sans entrer dans les détails relatifs aux multiples traités qui ont pu intervenir sur des points particuliers, le processus d'intégration du droit anglais fut mené selon des règles de *common law* qui s'établirent graduellement durant le XVII^e siècle⁵⁰⁵. Afin de déterminer l'étendue de la réception du droit anglais dans chacune des provinces, la technique de la date charnière a été utilisée, laquelle permettait de déterminer à quel moment le droit anglais cessait d'être applicable. Cette date avait une certaine importance en théorie, car « c'est le droit anglais tel qu'il existait à cette date, et non les lois postérieures,

la justice de 1764 à 1774 : une forme de résistance passive », (1966) 20 *R. du B.* 53.

⁵⁰⁴ Patrick H. GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *McGill L. J.* 261, à la p. 265 : « [version originale] [a] reception in a colonial structure also represents [...] local adherence to an external model of law, since in the absence of adherence or acquiescence there can be no reception, only ongoing struggle »; le professeur conclut, à la même page : « It is therefore inappropriate to consider reception as either imposed, following conquest, or voluntary, since all reception which occurs is necessarily voluntary ».

⁵⁰⁵ *Calvin's Case*, (1609) 77 E.R. 377; *Dutton v. Howell, exécuteurs de Sir John Wythan*, (1963) 1 E.R. 17 (H. of L.); *Blakard v. Galdy*, (1694) 90 E.R. 1089 (K.B.); Décision anonyme, (1722) 77 E.R. 398 (C.P.) : ces arrêts sont cités dans André MOREL, *Sources et formation du droit [:] DRT 1108*, 12^e éd. révisée avec la collaboration de Jean-Maurice BRISSON et Jean LECLAIR, Coop Droit, Université de Montréal, 1992-1993, p. 75.

qui s'y est transposé »⁵⁰⁶. En principe, elle devait s'appliquer également à la *common law* et aux lois anglaises, mais la pratique des tribunaux a établi une distinction qui trahit sa conception de la *common law*⁵⁰⁷. À la différence des lois, la date charnière n'a pratiquement eu aucune incidence sur la réception de la *common law* en sol canadien. En effet, au motif que la *common law* constituait un ensemble de règles non encore exprimées et de principes immuables, l'introduction de celle-ci en droit canadien ne pouvait pas être partielle ou figée dans le temps. Tel que l'explique le professeur Bushnell :

in practice the reception-of-law rule was viewed as providing that the whole common law was to be accepted as the law of the colony, unless it could be shown in a given case that the particular rule was obviously inconsistent with the situation of the colony. Behind this was the theory that the common law was founded on "general and immutable principles of justice" that would apply everywhere.⁵⁰⁸

Ainsi, pour les juges canadiens, une décision rendue sur une question de *common law* après la date charnière de la réception du droit anglais peut être considérée comme exprimant l'état du droit interne canadien⁵⁰⁹ et ce, « à cause de la fiction selon laquelle les tribunaux ne font que déclarer ou découvrir des règles qui existaient déjà. »⁵¹⁰ La décision anglaise est censée révéler une règle qui est déjà en « suspension » lors de la réception de la *common law*, car, *a priori*, la *common law* anglaise et canadienne ne font qu'un. Le fait d'avoir traité différemment la

⁵⁰⁶ François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 7.

⁵⁰⁷ Il y a eu, sur ce sujet, un revirement doctrinal intéressant que relève le professeur Glenn. Voir : P. H. GLENN, *loc. cit.*, note 407, à la p. 267 :

the work of a new school of legal historians is now putting to rest the idea, promoted ardently by a number of mid-century Canadian Lawyers, that the reception of the common law in Canada has been a static, mechanical and derivative process.

⁵⁰⁸ I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 422, à la p. 292.

⁵⁰⁹ Pour un exemple : *R. v. Courriere*, (1955) 17 W.W.R. 317 (B.C. Spr. Crt.), à la p. 322; *Re Lotzkar*, (1963) 40 D.L.R. (2d) 843 (B.C.Spr. Crt.), à la p. 852, après avoir observé qu'il n'y avait vraisemblablement pas de décision anglaise sur la question rendue avant la date charnière, le juge prétend qu'il pouvait exister un principe juridique qui, quoique non exprimé, existait néanmoins en droit anglais : « It does not seem to me that the absence of some specific application of such a principle to a certain state of affairs denies the existence of that principle especially when it is one purporting to do justice between interested persons. »

⁵¹⁰ F. CHEVRETTE et H. MARX, *op. cit.*, note 506, p. 7; Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd, Toronto, Carswell, 1992, aux pp. 30-31; à la page 31, le professeur Hogg mentionne une exception : *Kungl v. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443, à la p. 448. Pour les doctrines d'*equity*, le professeur Hogg précise qu'elles ont été intégrées de la même façon en droit canadien. Toutefois, il est pertinent de préciser que les juges de la *Court of Chancery* ne pouvaient pas justifier leurs décisions sur un droit antérieur étant donné leur caractère exceptionnel : « It must not be forgotten that the rules of courts of equity are not, like the rules of the common law, supposed to have been established from time immemorial. It is perfectly well known that they have been established from time to time – altered, improved, and refined from time to time. In many cases we know the names of the chancellors who invented them » (*Re Hallet's Estate*, (1880) 13 Ch. D. 696 à la p. 710, Sir George Jessel).

common law et le *statute law* indique une différence de nature entre les deux sources de droit. Et c'est en ce sens que le professeur Glenn défend l'idée qu'il s'agit d'une illustration de l'influence de Blackstone sur la pensée juridique canadienne⁵¹¹. C'est aussi l'opinion du professeur Bushnell, pour qui cette façon d'envisager la réception de la *common law* reflète une adhésion à la théorie déclaratoire :

The attitude of the legal profession in Upper Canada towards English common law was undoubtedly strongly affected by Blackstone's theory of law, which was that law was to be viewed as a complete body of rules existing from time immemorial and unchangeable except to the limited extent that legislatures might have changed them by legislation.⁵¹²

Un autre volet de la réception de la *common law* constitue le prolongement de la conception coutumière de celle-ci⁵¹³. Les juges canadiens ont traditionnellement défendu l'idée que ce n'est pas l'ensemble de la *common law* qui fait partie du système juridique canadien, par que celle-ci doit s'adapter aux caractéristiques locales⁵¹⁴. Au nom de la théorie de « l'unsuitability » ou du caractère inadéquat des règles de *common law* anglaise, les juges rejettent l'application d'une règle de *common law* au motif qu'elle n'a pas de raison d'être dans la colonie⁵¹⁵. C'est ainsi que, dans l'Ouest canadien, les tribunaux ont fait montre d'une grande réserve à l'égard des décisions rendues par les juridictions anglaises, au motif que les conditions

⁵¹¹ P. H. GLENN, *loc. cit.*, note 407, à la p. 263.

⁵¹² I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 422, à la p. 292.

⁵¹³ Dans le *Commentaries* de Blackstone, l'on retrouve une formulation du principe de réception du *English Law* applicable à l'égard d'une colonie dans laquelle il en précise les limites : « if an inhabited country be discovered and planted by english subjects, all the English laws then in being, which are the birthright of every subject, are immediately there in force. But this must be understood with very many and very great restrictions. Such colonists carry with them only so much of the English law, as it is applicable to their own situation and the condition of the infant colony » (Sir W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 439, à la p. 108).

⁵¹⁴ Voir *supra*, note 508. Les juristes canadiens auraient été profondément marqués par les conceptions anglaises en même temps qu'ils auraient reconnu la nécessité d'adapter le droit anglais aux circonstances locales : « Anchoring the vision was a profound allegiance to the principles and precedents of the English common law, reified as the preserver of property and the bulwark of constitutional liberty. In actuality, however, the exigencies of life in a developing society required occasional adjustments from the English norm; colonial allegiance to the common law was tempered by a judicial sensitivity to local conditions and a concern for economic and moral development. Similar considerations prompted deference to legislative authority and dedication to the effective implementation of official policy. » (Bernard J. HIBBITS, « A Change of Mind : The Supreme Court and the Board of Railway Commissioners », (1991) 41 *U. of T. L. J.* 60, à la p. 86.

⁵¹⁵ P. HOGG, *op. cit.*, note 510, à la p. 32. Le professeur Hogg souligne, toutefois, que cette théorie était surtout invoquée à l'égard des statuts. Il est intéressant de souligner que la doctrine du caractère approprié des règles de *common law*, qui traduit un esprit d'indépendance des juges à l'égard du droit *imposé* de l'extérieur, semble avoir été plus couramment évoquée au milieu du XIX^e siècle plutôt qu'à la fin de celui-ci, à ce sujet, voir : R. RISK, *loc. cit.*, note 435, à la p. 724.

locales particulières justifient que l'on s'en écarte⁵¹⁶. Par exemple, un juge a pu écrire que :

In my opinion in a matter of this kind the Courts of this province are not in every case to be held strictly bound by the decisions of English Courts as to the state of the common law of England in 1870. We are at liberty to take cognizance of the different conditions here, not merely physical conditions, but the general conditions of our public affairs and the general attitude of the community in regard to the particular matter in question.⁵¹⁷

Outre le mode de réception du droit anglais, certains traits structurels du système juridique canadien semblent refléter une adhésion aux théories de Blackstone. C'est, du moins,

⁵¹⁶ Au troisième quart du XIX^e siècle, les tribunaux considéraient que le droit importé d'Angleterre n'était pas tout le *English Law*, mais bien plutôt cette partie qui, en raison de leur situation locale, s'appliquait chez eux : Louis A. KNAFLA, « From Oral to Written Memory : The Common Law Tradition in Western Canada », dans Louis A. KNAFLA, *Law & Justice in a New Land [:] Essays in Western Canadian Legal History*, Carswell, Toronto-Calgary-Vancouver, 1986, p. 31, à la p. 60. Selon cet auteur, les juristes entretenaient une double conception de la *common law*, l'une qui servait à désigner l'ensemble du système, et l'autre, qui reprenait la conception coutumière et locale de Blackstone :

On the one hand it meant common writs, forms of action and procedures by which suits were litigated in courts of records, and whose judgements over the course of time formed the substance of the precedents which made the common law. In the second sense, however, the law was not *common* but *particular*, comprising "special usages" which reflected a multitude of peoples in different regions with different customs. (*Id.*, p. 61)

Cette conception se retrouvait même dans les lois qui déterminaient la mesure de la réception du droit anglais, dont on peut avoir une description dans l'arrêt *R. v. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, à la p. 1046, au par. 75 : « En Colombie-Britannique, les lois civiles et criminelles d'Angleterre ont été adoptées, telles qu'elles existaient le 19 novembre 1858 [traduction] " dans la mesure où elles [n'étaient] pas inapplicables en raison des conditions locales " : *The English Law Ordinance* 1867, S.B.C. 1867, n^o 70, art. 2 ». Voir : *Doe D. Anderson v. Todd*, (1845) 2 U.C.R. 82, à la p. 86, j. Robinson; *Keewatin Power Co. v. Kenora*, (1907) 16 O.L.R. 184 (C.A.O.), à la p. 189, j. Moss : « [...] the conditions and circumstances of the Province render inapplicable the rule of the common law of England. »; *Makowecki v. Yachimyc*, [1917] 1 W.W.R. 1279, 34 D.L.R. 130 (Alb. Spr. Ct.), à la p. 139, j. Beck : « If the *common law rule* was the same as the civil law rule, there seems little difficulty in ascertaining what the law is. If there was no ascertainable *common law rule* or if that rule, being different from the civil law rule, is not applicable to the conditions of this part of Canada, then the law is what reason and justice require [...] »; W. H. P. CLEMENT, *The Law of the Canadian Constitution*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1916, à la p. 1060 et le chapitre XIV; A.H. F. LEFROY, *A Short Treatise on Canadian Constitutional Law*, Toronto, Carswell, 1918, à la section V.; arrêts et ouvrages cités dans : Horace E. READ, « The Judicial Process in Common Law Canada », (1959) 37 *R. du B. can.* 265.

⁵¹⁷ *R. v. Cyr*, (1917) 12 *Alta.L.R.* 320, [1917] 3 W.W.R. 849 (Alta. Spr. Ct. App. Div.), à la p. 857, tel que cité par : L. A. KNAFLA, *loc. cit.*, note 516, à la p. 61; le juge Story, un juge américain, a tracé la raison d'être de cette attitude, en ces termes :

[t]he common law of England is not to be taken in all respects to be that of America. Our ancestors brought with them its general principles, and claimed it as their birth-right; but they brought with them and adopted only that portion which was applicable to their condition.

Van Ness v. Packard, 2 Peters 144, tel que cité par Paul Samuel REINSCH, *English common Law in the Early American Colonies*, Madison, University of Madison, 1899, réimprimé New York, Gordon Press, 1977, à la p. 6. La théorie de la réception du droit anglais reflète une façon particulière de penser le droit qui ne serait pas formelle ou mécanique. C'est la conclusion à laquelle arrive Reinsch : « [w]hen the courts come to analyze the nature of the law actually brought over by the colonist they find it a method of reasoning, "a system of legal logic, rather than a code of rules" » (*Id.*, aux pages 8-9). L'auteur cite également l'arrêt : *Morgan v. King*, 30 Barbour 13.

l'argument qu'avance le professeur Glenn lorsqu'il souligne l'indépendance institutionnelle des tribunaux canadiens à l'égard des pouvoirs législatifs et exécutifs⁵¹⁸. Selon l'esprit de ce système, le pouvoir judiciaire n'est pas au service du pouvoir législatif dans la mesure où sa fonction est inhérente à la primauté du droit, ce qui fait dire au professeur que :

the common law and its judges precede legislative authority and retain ultimate authority over its divisions in the confederation or federation [and that] [t]he structure which emerged [in Canada] was, however, remarkably consistent with the declaratory theory of the common law – as practised in the Commonwealth – and even with the original common law tradition.⁵¹⁹

Selon le professeur Glenn, une autre manifestation de cette conception de la *common law* se trouverait dans la portée des décisions de la Cour suprême. Une décision rendue en appel d'une juridiction d'une province est considérée comme obligatoire dans les autres provinces⁵²⁰. Cette valorisation des arrêts de la Cour suprême est conforme à l'idée selon laquelle il n'existe qu'une seule *common law* pour l'ensemble des provinces canadiennes⁵²¹ et

⁵¹⁸ Le système judiciaire canadien est dit « unitaire » étant donné que les juridictions judiciaires traitent à la fois des questions de droit privé et de droit public.

⁵¹⁹ P. H. GLENN, *loc. cit.*, note 407, aux pp. 272-273. Le pouvoir des tribunaux est, à plusieurs égards, le résultat d'une série d'hypothèses assumées par les juristes sans qu'elles soient véritablement exprimées par les autorités compétentes. Par exemple, la capacité pour les juridictions d'annuler des lois inconstitutionnelles n'a pas été reconnue par une norme écrite et ce, jusqu'à très récemment. Voir, par exemple : Vincent MACDONALD, « The Privy Council and the Canadian Constitution », (1951) 29 *R. du B. can.* 1021, à la p. 1024 :

It is a remarkable circumstance that the courts of Canada, both before and since the union, have exercised the power to review and declare the invalidity of legislation, when found repugnant to an imperial statute, as if that power had been expressly conferred to them. No such power was conferred in terms upon Canadian courts, or upon the Privy Council. The basis for the assumption of power is to be found in the inherent nature of the judiciary and in the principle that all legislatures are subordinate to the Imperial Parliament.

⁵²⁰ P. H. GLENN, *loc. cit.*, note 407, à la p. 274; voir : *Woods Manufacturing Co. v. The King*, [1951] S.C.R. 504, à la p. 515 : « [n]othing is more important than that the law as pronounced, including the interpretation by this Court of the decisions of the Judicial Committee, should be accepted and applied as our tradition requires. » Ce mécanisme unificateur de la jurisprudence joue aussi à l'égard des juridictions qui prévoient un appel au Conseil privé, car elles sont toutes soumises aux mêmes règles de *common law* et, pour cette raison, une décision rendue en appel d'une colonie doit être suivie dans les autres : R. CROSS et J.W. HARRIS, *op. cit.*, note 464, aux pages 24-25. Voir, aussi : J. L. MONTROSE, « The Ratio Decidendi and the House of Lords », (1957) 20 *M.L.R.* 124, à la p. 126.

⁵²¹ Dans la mesure où la *common law* s'applique à chacune d'elles. Toutefois, les décisions des juridictions provinciales ne lient pas les juridictions des autres provinces : Dr. George F. CURTIS, « *Stare decisis* at Common Law in Canada », (1978) 12 *U. B. C. L. R.* 1, à la p. 13 : « As between the courts of the various provinces, the situation is one of comity. The decisions of the courts of one province are not binding on the courts of another. This is so even though the former may be a decision of a court of higher rank. » De plus, l'existence d'une *common law* fédérale a déjà été invoquée par la Cour suprême : *Québec North Shore Paper c. C.P. Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, à la p. 1066.

elle se distingue de la conception qui prévaut aux États-Unis, où chacun des États possède une *common law* distincte⁵²².

Enfin, on peut reconnaître dans l'effet rétroactif des décisions judiciaires l'une des manifestations du caractère déclaratoire de la *common law*⁵²³. L'effet rétroactif des décisions judiciaires repose sur l'idée que dès le moment où la règle est énoncée par le juge, celle-ci est supposée avoir existé dans le système juridique. Un exemple de l'effet rétroactif se trouve dans l'affaire *R. c. Dunn*⁵²⁴, où un homme a été arrêté un 20 mars 1976, six semaines avant que soit rendu un arrêt de la Cour suprême qui est venu modifier l'état du droit. Le juge MacDonald, rejetant l'argument selon lequel le droit en vigueur *au moment des faits* devait être appliqué, précisa : « [traduction] Le droit à la vie privé dans ce type de cas tel qu'il a été énoncé par la Cour suprême dans *Jumaga* établit non seulement le droit à la date du jugement mais il définit le droit tel qu'il a toujours été. »⁵²⁵ Le fondement théorique de cette opinion repose sans doute sur la conception déclaratoire du rôle du juge à l'égard de la *common law*⁵²⁶.

À l'évidence, plusieurs aspects de la méthodologie juridique canadienne sont fondés sur la théorie déclaratoire de la *common law*. Leur admission en droit canadien et leur présence

⁵²² L'arrêt qui est généralement reconnu pour avoir formulé ce principe est : *Erie Railroad v. Tompkins*, (1938) 304 U.S. 64, qui a fait un revirement de l'opinion exprimée dans l'arrêt *Swift v. Tyson*, (1842) 12 Pet. 1.

⁵²³ Pour une reconnaissance du lien qui unit la théorie déclaratoire et l'effet rétroactif des décisions judiciaires, voir Lord Simon dans *Jones v. Secretary of State for Social Services*, [1972] A.C. 944, aux pp. 1026-27 :

The theory was that every case was governed by a relevant rule of law, existing somewhere and discoverable somehow, provided sufficient learning and intellectual rigour were brought to bear. But once such a rule had been discovered, frequently the pretence was tacitly dropped that the rule was preexisting.

Même si le juge parle de la théorie au passé, il refuse d'admettre que la House of Lords puisse recourir à la technique du revirement de jurisprudence à effet prospectif, même s'il en suggère l'utilisation dans certains cas particuliers.

⁵²⁴ [1977] 21 N.S.R. (2d) 334 (C.A.N.-É.), exemple tiré de A. MOREL, *op. cit.*, note 505, p. 251; *Edward v. Edward*, (1987) 39 D.L.R. (4th) 654 (Sask. C.A.), à la p. 661.

⁵²⁵ *R. v. Dunn*, précité, note 524 : « [version originale] The law in relation to privacy in this type of case as enunciated by the Supreme Court of Canada in *Jumaga* states not only the law as of the date of such judgement but defines what it always has been. » Cette affaire est surprenante car l'arrêt de la Cour suprême limitait le droit d'un accusé à l'assistance de son avocat. Sur la reconnaissance des juges de l'effet rétroactif d'un revirement, voir : *Sellers c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527, à la p. 531; *R. v. Kennedy*, [1980] 4 W.W.R. 577 (Alb.Q.B.); *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, à la p. 861.

⁵²⁶ *Edward v. Edward Estate*, [1987] 5 W.W.R. 289 (C.A. Sask.), à la p. 297 tel que l'a affirmé le juge Bayda : « This retrospective application is part of the declaratory theory of law and precedent [...] It appears the principle has become so elementary that most courts now readily apply it without making reference to it and

continuelle traduisent un niveau d'adhésion active ou simplement tacite à la conception qui leur sert de fondement. Sur le plan historique cependant, il est probable que la théorie déclaratoire de la *common law* ait été surtout retenue avant l'avènement de la conception institutionnelle qui l'a remplacée, c'est-à-dire jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Reste alors à examiner à quel point ce constat se reflète par une réception *intellectuelle* de la théorie déclaratoire.

B. Réception intellectuelle de la théorie déclaratoire

Il serait forcément téméraire de prétendre situer le degré exact d'adhésion qu'a pu avoir la théorie déclaratoire auprès des juristes canadiens. Pour des raisons liées principalement à la rareté des sources documentaires⁵²⁷, les tableaux esquissés par les études historiques dressent une image quelque peu impressionniste des valeurs et des conceptions dominantes chez les juristes. La méthode d'investigation historique procède généralement selon une recension des quelques publications portant sur des questions théoriques ou des rares *dicta* judiciaires sur le sujet. Au regard de la *common law* et de la méthodologie relative à la jurisprudence, certains constats reviennent de façon constante dans les recherches historiques : celui de la popularité des idées de Blackstone et celui de la relative souplesse qui entourait l'utilisation des arrêts. Ces deux points sur lesquels convergent la plupart des analyses permettent d'induire, avec les précautions qui s'imposent, que la perception de la jurisprudence devait être fidèle à celle qui a prévalu en Angleterre à la même époque, c'est pourquoi il convient de les aborder.

En premier lieu, le rôle primordial des idées de Blackstone dans l'apprentissage et dans la systématisation du droit est souligné à maintes reprises par les historiens du droit. Plusieurs faits tendent, en effet, à appuyer cette conclusion. Par exemple, en 1833, trois livres étaient imposés pour l'examen d'entrée dans la « Trinity Class » et l'un d'eux était l'ouvrage de

perhaps without even recognizing that they are using it. »

⁵²⁷ La difficile modélisation des idées défendues par les juristes s'explique lorsqu'on prend en compte leur évolution démographique. En effet, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, les juristes canadiens étaient fort peu nombreux. Par exemple, en Ontario, l'ancien Haut-Canada, on pouvait compter un vingtaine d'avocats au début du XIX^e siècle, nombre qui s'est accru à 147 en 1840, pour atteindre 1100 en 1880. Voir à ce sujet : G. B. BAKER, *loc. cit.*, note 431, à la p. 222.

Blackstone⁵²⁸. De même, le premier professeur de droit à Queen's College, Charles Rann Kennedy, structurait son cours selon le plan des *Commentaries*⁵²⁹ et cette tradition s'est poursuivie jusqu'à la fin du XIX^e siècle⁵³⁰. Cette popularité s'explique dans la mesure où l'ouvrage a été conçu dans un objectif pédagogique. Outre cet aspect, la théorie de Blackstone devait avoir un certain intérêt pour les juristes canadiens étant donné le nombre de traités qui reprenaient le *Commentaries* en l'adaptant au contexte canadien⁵³¹. Ainsi, on peut présumer que ce livre a fortement influencé la théorie générale du droit ou du droit constitutionnel (entendu ici dans un sens large, incluant la théorie des sources du droit)⁵³² en droit canadien, sans que l'on puisse étendre cette conclusion à l'ensemble des domaines juridiques. C'est l'hypothèse qui a été formulée par le professeur Risk :

The *Commentaries* gave the general outlines of much of the common law and much useful learning about the English constitution, and they were a major symbol of the English legal traditions, but the record of the law reports and journals demonstrate that during this period they were rarely used for deciding specific problems about the law that governed the economy.⁵³³

Pour sa part, le professeur Knafla a également pu constater que les juges de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan se référaient plus à Blackstone en matière constitutionnelle qu'aux autres sources du droit⁵³⁴. Enfin, sans que Blackstone ne soit directement mentionné, l'on peut observer que les juristes entretenaient une théorie

⁵²⁸ G. Blaine BAKER, « Legal Education in Upper-Canada 1785-1889 : The Law Society as Educator », dans David H. FLAHERTY, dir., *Essays in the History of Canadian Law*, v. II, Toronto-Buffalo-London, U. of T. Press, 1981, p. 49, à la p. 112. La « Trinity Class » était une association privée qui avait pour objectif de favoriser l'apprentissage du droit au moyen d'échanges, de débats et d'analyse d'ouvrages de droit : voir les pages 94 et s. de l'article du professeur Baker.

⁵²⁹ W. Wesley PUE, « Guild Training vs. Professional Education : the Law Department of Queen's College, Birmingham in the 1850's », dans *Canadian Law in History Conference*, vol. II, 1987, p. 239, aux pages 288-289.

⁵³⁰ Voir aussi, G. B. BAKER, *loc. cit.*, note 431, aux pages 66, 94, 99, 112, 114 et 116.

⁵³¹ B. MURDOCH, *Epitome of the Laws of Nova Scotia*, vol. 1, Halifax, Joseph Howe, 1832, à la p. v, tel que cité par Patrick GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *McGill L. J.* 261, à la p. 272; Alexander LEITH, *Commentaries on the laws of England applicable to Real Property by Sir W. Blackstone. Adapted to the Present State of the Law in Upper Canada*, Toronto, 1864; John S. EWART, *Examination Questions on Blackstone's Commentaries on Real Property*, Toronto, Leith and Smith's edition, 1883, tels que cités par G. B. BAKER, *loc. cit.*, note 431, à la p. 238.

⁵³² G. B. BAKER, *loc. cit.*, note 431, à la p. 255. Le professeur cite : Brian CUTHBERTSON, *The Old Attorney General – A Biography of Richard John Uniacke*, Halifax, 1980; D. G. BELL, « Slavery and the Judges of Loyalist New Brunswick », (1982) 31 *U. of N. B. L. J.* 9; W.N.T. WYLIE, « Instruments of Commerce and Authority : The Civil Courts in Upper Canada » 1789-1812 », dans D. FLAHERTY, *op. cit.*, note 528, à la p. 7.

⁵³³ R. RISK, *loc. cit.*, note 431, à la p. 108; voir aussi, David H. FLAHERTY, « Writing Canadian History », dans D. H. FLAHERTY, *op. cit.*, note 431, à la p. 32.

⁵³⁴ L. A. KNAFLA, *loc. cit.*, note 516, aux pp. 61-62.

métaphysique de la *common law* en la décrivant parfois comme un ensemble de règles générales immuables fondées sur la raison⁵³⁵. C'est le cas, notamment, dans l'affaire *Uniacke v. Dickson*⁵³⁶ où le tribunal a affirmé que : « [traduction] La common law trouve son fondement dans ces principes généraux et immuables de justice qui peuvent réguler les relations entre les Hommes, quels que soient le lieu où ils résident. »

En second lieu, plusieurs indices permettent d'induire qu'à l'image du droit anglais, la jurisprudence n'a pas été perçue ni utilisée comme une source de norme obligatoire. D'abord, par le simple jeu de la filiation intellectuelle qui a uni la doctrine canadienne à la doctrine anglaise⁵³⁷, on peut présumer que les juristes ont suivi l'évolution qu'a connue le droit anglais sur cette question⁵³⁸. Ensuite, tout comme en Angleterre, les conditions essentielles au système du *stare decisis* n'étaient pas en place avant la fin du siècle, que ce soit sur les plans de l'unité des juridictions ou de la publication des arrêts. D'une part, la hiérarchie judiciaire n'a été dominée que tardivement par une Cour suprême de compétence nationale. Avant l'établissement de cette Cour en 1875, les cours d'appel provinciales formaient la juridiction ultime pour la plupart des litiges. Seul un nombre minime de cas étaient tranchés par le Comité judiciaire du Conseil privé. Ainsi, il existait, à toutes fins utiles, une série de juridictions séparées, et le nombre limité de citations extrajuridictionnelles semble indiquer une certaine indépendance d'esprit entre elles⁵³⁹. D'autre part, en 1875, on s'indignait du coût des recueils

⁵³⁵ Le professeur Risk explique la portée théorique de ce type d'affirmation : « During the middle of the century the Ontario Courts occasionally invoked principle and reason, but principle was abstract generalization from the accumulation of decided cases, and reason was the process of making these generalizations and determining whether any particular case was included in them. » (R. RISK, *loc. cit.*, note 431, à la p. 96).

⁵³⁶ (1848) 2 N.S.R. 287, aux pp. 289-290 : « [version originale] The common law has its foundations in those general and immutable principles of justice, which should regulate the intercourse of men with men, wherever they may reside. »

⁵³⁷ G. B. BAKER, *loc. cit.*, note 431, à la p. 235.

⁵³⁸ Ils auraient donc suivi la marche décrite par Jim Evans, voir : J. EVANS, *loc. cit.*, note 416. D'ailleurs, l'étude des décisions judiciaires de Sir John Beverley Robinson, celui dont on a écrit qu'il fut « the greatest canadian jurist of the nineteenth century » et qui a siégé de 1829 jusqu'en 1862 dans le Haut-Canada, permet de constater la souplesse du recours aux précédents : Bernard J. HIBBITS, « Progress and Principle : The Legal Thought of Sir John Beverley Robinson », (1989) 34 *McGill L. J.* 454, aux pp. 465-466.

⁵³⁹ Par exemple, Bernard Hibbits, lors d'une étude des décisions de John Beverley Robinson, souligne que les sources externes les moins utilisées étaient celles des juridictions du reste du Dominion (B. HIBBITS, *loc. cit.*, note 420, à la p. 465). Il est probable, souligne l'auteur, que cette situation puisse s'expliquer par les lacunes que présentaient les recueils judiciaires.

de jurisprudence⁵⁴⁰ et de l'accès difficile aux ouvrages de droit⁵⁴¹, situation qui rend difficilement viable toute approche systématique du recours aux précédents.

Enfin, ces observations concordent avec les conclusions du professeur Baker selon lesquelles le début du XX^e siècle aurait été marqué par un renouvellement de l'intérêt des juristes canadiens pour les théories formalistes et positivistes en droit⁵⁴². Avant l'avènement de cette philosophie, ils semblaient entretenir une conception particulièrement « ouverte » des sources du droit, notamment lorsqu'on examine leurs habitudes de lecture et les acquisitions dans les bibliothèques de droit⁵⁴³. En retour, dès 1909, la Cour suprême adoptera les règles du *stare decisis*. Avec elles, la conception de la *common law* se modifiera. Elle deviendra une source de droit étatique⁵⁴⁴, faite de règles obligatoires et dont les tribunaux seront les artisans avoués et officiels. Mais comme toute transformation de cette nature, si celle-ci est vraisemblablement plus complexe que laisserait croire l'exposé qui suit, elle est néanmoins réelle, il convient donc d'en situer les manifestations diverses en droit canadien.

Section 2 - La théorie institutionnelle de la common law en droit canadien

Le passage d'une théorie déclaratoire à une théorie institutionnelle de la *common law* s'est déroulé progressivement dans les pays partageant la même tradition juridique. Comme la plupart des phénomènes liées aux théories en droit, elle n'a pas été expressément *décidée* par les membres de la communauté juridique. Néanmoins, cette évolution se manifeste à l'intérieur

⁵⁴⁰ Par exemple, telles que le révèlent les études du professeur Baker, jusqu'en 1835, les acquisitions de la bibliothèque du « Law Society » du Haut-Canada étaient presque exclusivement tirées du droit anglais. De plus, un nombre important de juristes a été formé en Angleterre : G. B. BAKER, *loc. cit.*, note 431, à la p. 226.

⁵⁴¹ G. B. BAKER, *loc. cit.*, note 431, à la p. 225. Dans le Haut-Canada, il n'y avait qu'une seule grande bibliothèque, celle à Osgoode Hall (*Id.*, p. 224). Quoiqu'il y avait des *Digestes* qui résumaient le droit local, le professeur Baker souligne que « the Upper Canadian Legal scholarship responded to a perceived scarcity of legal literature, and that the size and location of the Bar being served render this provincial tradition striking in qualitative and quantitative terms » (*Id.*, p. 228).

⁵⁴² Le professeur situe ce passage au formalisme entre les années 1890 et 1920 : G. B. BAKER, *loc. cit.*, note 431, à la p. 234 : « Twentieth-century Canadian common lawyers have tended to be decidedly formalistic and Anglican in outlook, even when English patterns are not especially relevant »

⁵⁴³ Les professeurs Baker et Risk ont pu signaler le goût éclectique pour la littérature juridique étrangère chez les juristes canadiens entre les années 1840 et 1890, ce qui inclut surtout la doctrine américaine : *Id.*, aux pp. 236-237. Voir aussi : R. RISK, *loc. cit.*, note 435.

des différents discours juridiques dans lesquels on peut observer une espèce de glissement sémantique au sujet de la *common law*. À un certain moment donné de leur histoire, les juristes se sont référés à la « judge-made law » et n'ont presque plus fait d'allusions aux conceptions coutumières ou métaphysiques décrites plus haut. Cela n'implique pas que la théorie déclaratoire ait été complètement abandonnée : la nouvelle conception s'est simplement *superposée* à celle-ci, en *l'écrasant* quelque peu. Par exemple, en 1867 on pouvait lire l'extrait suivant du « *Digest of Law Commission. First report of the Commissioners* » qui permet de situer à quel point l'ancienne théorie était en partie préservée et en partie remise en question par les juristes :

Law derived from three distinct sources :

1. The first source is the Common Law, which consists of customs and principles, handed down from remote times, and accepted from age to age, as furnishing rules of legal right. [...]

3. The third source is the Law embodied in, and to a great extent created by Judicial Decisions and Dicta. These, indeed, as far as they have relation to the Common Law and Statute Law, are not so much a source law, as authoritative expositions of it; but, with respect to doctrines of Equity and rules of procedure and evidence, they may often be regarded as an original source of Law.⁵⁴⁵

Le fait qu'une commission officielle puisse à la fois préserver l'aspect déclaratoire de la *common law* et reconnaître, timidement certes, le rôle créateur des tribunaux, est remarquable. C'est que les juristes semblent avoir voulu préserver la théorie déclaratoire, qui rend compte d'un certain nombre de règles dont les origines sont immémoriales, en même temps qu'ils admettent que d'autres créations remontent à des décisions précises, affichant, par le fait même, une façon de concevoir le rôle du juge qui n'est pas exempt d'ambiguïtés⁵⁴⁶ : les deux théories étant inconciliables⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ P. H. GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *R. D. McGill* 261, à la p. 280.

⁵⁴⁵ Tel que reproduit dans : *The Canada Law Journal*, vol. III, august 1867, n. 2, p. 45.

⁵⁴⁶ Notamment, dans la distinction incertaine entre « the Law embodied in, and to a great extent created by Judicial Decisions » et l'affirmation suivante qui veut que ces décisions sont des « authoritative expositions of it [the common law and statute law] ». Les juges aussi se permettaient de briser le mythe d'une *common law* découverte par les juges : « The whole of the rules of equity and nine-tenths of the common law have in fact been made by judges » (*Allen v. Jackson*, (1875) 1 Ch. D. 399, à la p. 405).

⁵⁴⁷ En effet, la théorie institutionnelle de la *common law* s'appuie sur un constat, celui que les juges sont à la source de règles de droit et, pour cette raison, elle qualifie d'obligatoire les précédents judiciaires. La conception selon laquelle la décision judiciaire ne serait qu'une preuve du droit est niée et, de cette façon, la théorie institutionnelle se distingue catégoriquement de la théorie déclaratoire. La raison de cet équivoque dans la perception de la *common law* provient peut-être du fait que les deux théories partagent certains traits communs.

En ce sens, les juristes canadiens n'ont pas toujours exposé les fondements philosophiques de leurs propres conceptions de la *common law*, ce qui explique la présence de contradictions internes dans le système juridique. L'amalgame d'opinions qui en résulte fait en sorte qu'il est difficile de procéder à la modélisation de leur pensée. La dualité de la pensée juridique canadienne a été décrite et expliquée par Horace Read, en ces termes :

Until recently most lawyers of common law Canada have been nurtured with the juristic thought of nineteenth-century England. From Hobbes and Bentham through Austin, they have regarded law as positive commands of the sovereign to be found more and more in the laws promulgated by an omnipresent legislature; less and less, but still chiefly, in the past decisions of the courts. At the same time, from Maine*, many are professed believers in the declaratory theory of law, and in the ancient Blackstonian fiction that the rules applied in those decisions were not made by the judges but were merely derived from custom discovered and declared. These seemingly inconsistent doctrines – which, however, unite in teaching that judges should not be lawmakers, that the proper function of the judge is only to expound the law, not to change it – have been expressed and acted upon again and again during the past fifty years by Canadian judges.⁵⁴⁸

Ainsi, la transition d'une théorie déclaratoire à la théorie institutionnelle en droit canadien a probablement été plus graduelle que subite. Néanmoins, au tournant du siècle, une conception de la *common law* a été admise par la Cour suprême. Car, lorsque celle-ci s'est déclarée liée par ses arrêts antérieurs, elle accordait un traitement similaire à la jurisprudence et à la loi : toutes deux étaient à la source de règles obligatoires. Dès lors, la décision judiciaire n'est plus simplement « une preuve » du droit, et la « fiction » de Blackstone est abolie. Et bien que cette transformation de la pensée juridique ait aussi touché les juristes anglais, l'accent sera mis presque exclusivement sur les raisons qui en expliquent le déroulement en droit canadien. Il convient donc de montrer en quoi l'admission du *stare decisis* en droit canadien (§ 1) aura des conséquences importantes à l'égard de la *common law* : elle préparera l'émergence de la conception institutionnelle (§ 2).

La théorie institutionnelle a engendré la règle du *stare decisis* dans le but avoué d'empêcher les juges de revenir sur leurs propres décisions. Voir : *Beamish v. Beamish*, (1861) 9 H.L.C. 274, à la p. 338 (Lord Campbell) : « The law laid down as your *ratio decidendi*, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding upon your Lordships, this House would be arrogating to itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority. » La théorie déclaratoire et la théorie institutionnelle partagent donc cette volonté de restreindre ou de refuser aux juges la capacité à *faire* du droit.

* Sir Henri Summer Maine.

⁵⁴⁸ H. E. READ, *loc. cit.*, note 516, aux pp. 274-275.

§ 1 - Émergence du principe du *stare decisis* en droit canadien

[I]t is undoubted true that it is even better that some slight degree of injustice should be done in an individual case than that the Courts should abandon the anchorage of a dependable rule.
Viscount Birkenhead⁵⁴⁹

L'attitude des juges canadiens à l'égard de leurs décisions judiciaires ne pourrait être, *a priori*, qualifiée d'originale, si on la compare à celle qui fut développée en Angleterre⁵⁵⁰. On pourrait expliquer l'influence du droit anglais et de sa méthodologie sur les juridictions canadiennes par le statut de colonie qui caractérise l'histoire du droit canadien⁵⁵¹. La théorie des précédents ne fait pas exception, et la montée du formalisme à l'égard de la jurisprudence fait partie vraisemblablement d'un mouvement plus large d'adoption des théories anglaises, au dépend du développement d'une théorie locale⁵⁵². Ce mouvement a été décrit par le professeur Baker, en ces termes :

During the decades straddling the turn of the century the provincial bar quickly was being transformed into a pillar of Empire characterized by zealous transcription of English legal literature, mechanical jurisprudence which was embraced on the basis of its perceived historical necessity, and an apparently rudderless 'search for authority'.⁵⁵³

⁵⁴⁹ *Rutherford v. Richardson*, [1923] A.C. 1 (H. L.), à la p. 5.

⁵⁵⁰ L'émergence du principe du *stare decisis* en Angleterre a été étudié de façon approfondie dans de nombreuses études, voir entre autres : R. CROSS et J.W. HARRIS, *op. cit.*, note 464, aux pp. 24-36.

⁵⁵¹ Jusqu'au rapatriement de la constitution canadienne (et de l'adoption de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11), le Parlement britannique était l'auteur des lois constitutionnelles canadiennes. La suprématie des lois britanniques sur les lois canadiennes, fédérales ou provinciales, est donc restée la même jusqu'à cette date (en vertu de l'article 2 de la *Colonial Laws Validities Act*, 28 & 29 Vict., R.-U., c. 63, 1865). Néanmoins, depuis la *Colonial Laws Validities Act*, le Parlement britannique a graduellement atténué son emprise juridique et politique sur les colonies. Après l'adoption du *Statute of Westminster*, 1931, le Parlement s'est engagé à ne légiférer qu'à la demande de l'ancienne colonie, entérinant le statut de personnalité internationale qu'a pu gagner le Dominion à la suite de la première guerre mondiale.

⁵⁵² Pour une critique de ce manque d'originalité, voir : H. E. READ, *loc. cit.*, note 516, aux pp. 267-268.

⁵⁵³ G. B. BAKER, *loc. cit.*, note 431, aux pages 274-275. Il écrit plus loin : « One might also hypothesize that this emergent celebration of precedent and particulars, and the elevation of case law over principle by which it was necessarily accompanied, was closely linked to the late-nineteenth-century decline of natural law and civilian influences in Ontario. Legal reasoning and scholarship came to consist of systemizing case law, and the general principles of the pre-Confederation era were no longer capable of 'trumping' individual judicial precedents » (*Id.*, p. 275). Pour des illustrations de la méthode qu'implique cette « search for authority »,

On décrit généralement les principes du *stare decisis* comme une systématisation du droit jurisprudentiel qui comporte deux volets distincts. Le premier, que l'on pourrait qualifier de « vertical », consiste à exiger d'un tribunal qu'il respecte les décisions rendues par les juridictions qui lui sont hiérarchiquement supérieures. Le second, « horizontal » cette fois, prévoit qu'une cour supérieure doit respecter ses décisions antérieures : il s'agit de la dimension temporelle du *stare decisis*. Dans le cas du droit canadien, cette obligation s'étendrait à la Cour supérieure, à la Cour d'appel et à la Cour suprême. La réception du *stare decisis* n'a pas, toutefois, été uniforme selon ces deux principaux aspects et, pour cette raison, il convient de les aborder séparément.

A. Dimension hiérarchique du stare decisis

On pourrait tenir pour acquis le premier volet du *stare decisis*, tant il est naturel pour un juriste de se sentir lié par un droit qui vient d'en haut. Or il est curieux de constater qu'en *common law*, les juges des juridictions suprêmes, anglaises ou canadiennes, ont souvent insisté sur la réalité inverse, celle qui veut qu'une jurisprudence constante des cours inférieures doit être respectée : le volet « vertical » n'a pas toujours été à *sens unique*.

Traditionnellement, en effet, les juges de *common law* ont accordé une grande importance aux décisions multiples des tribunaux de première instance. Cette réminiscence du caractère coutumier de la *common law* était fondée sur l'idée qu'un nombre important d'arrêts provoque une modification des comportements et crée des attentes, notamment dans le cadre des activités économiques. Cet aspect a souvent été pris en considération par les juridictions d'appel et de dernière instance, car les juges se disaient réfractaires à remettre en cause une telle jurisprudence quitte parfois à se sentir *obligés* de la suivre⁵⁵⁴, surtout lorsqu'elle portait

voir : R. RISK, *loc. cit.*, note 435, aux pages 719, 721 et 723.

⁵⁵⁴ Par exemple, dans *Stuart c. Bank of Montreal*, précité, note 561, à la p. 540, le juge Anglin souligne l'existence de la « règle » : « *Cox v. Adams* was decided in the year 1904. The rule against interference with a decision which has stood unchallenged and has been acted upon in transactions of daily life throughout the country for many years, especially if titles to property depend upon it has no application in this instance. » L'on retrouve la même préoccupation à la Chambre des Lords, voir : *Bourne v. Keane*, [1919] A.C. 815, à la p. 858, Lord Birkenhead relève une série de *dicta* qui portent sur la valeur des interprétations jurisprudentielles d'une

sur une interprétation de la loi⁵⁵⁵. Le juge devait donc soupeser l'effet perturbateur d'une remise en question d'une jurisprudence en rapport avec l'avantage qu'il y aurait de la maintenir.

Without questioning our right to review and, if proper, to overrule even a long series of provincial decisions based on an erroneous construction of a statute [...] having regard to the nature of the subject and to practical results [...] I should probably have thought it the better course not to interfere with a uniform and unquestioned line of decisions which people had considered as having settled the law on a particular subject and had acted on for a long period⁵⁵⁶.

Malgré certains extraits qui qualifient d'obligatoires ce type de production jurisprudentielle⁵⁵⁷, les règles du *stare decisis* ne lui reconnaissent aucun statut *officiel* et, pour cette raison, il n'est pas nécessaire d'approfondir la portée historique qu'a pu avoir cette pratique.

La dimension hiérarchique du *stare decisis* consiste à reconnaître un ordre aux décisions judiciaires, ordre qui, contrairement à celui qui vient d'être décrit, va de haut en bas : il oblige donc les cours inférieures à respecter les décisions des cours qui leurs sont hiérarchiquement supérieures. Par conséquent, l'effet premier de cette règle est de donner un pouvoir « absolu »

loi : « The judge.... must not allow any number of dicta, or even decision which are not binding on him, to affect his judgement, except in one particular case.... Where a series of decisions of inferior Courts have put a construction on an Act of Parliament, and have thus made a law which men follow in their daily dealings, it has been held, even by the House of Lords, that it is better to adhere to the course of the decisions than to reverse them, because of the mischief which would result from such a proceeding. » : *Ex parte Willey*, 23 Ch. D. 127, Lord Jessel; *Hebbert v. Purchas*, L. R. 3 P. C. 605, 650; *The Attorney-General v. Mayor of Bristol*, (1820) 2 Jac. & W. 294, 321; *Morgan v. Crawshay*, L. R. 5 H. L. 320, Lord Westbury : « If we find a uniform interpretation of a statute upon a question materially affecting property, and perpetually recurring, and which has been adhered to without interruption, it would be impossible for us to introduce the precedent of disregarding that interpretation »; *Tancreld, Arrol & Co. v. Steel Co. of Scotland*, 15 App. Cas. 125 (C. L.), 141; *West Ham Union v. Edmonton Union*, [1908] A. C. 1, aux pp. 4 et 5. Pour une application plus récente de ce principe : *Ace Holding Corp. v. Catholic School Commission of Montreal*, (1971) 23 D.L.R. (3d) 498 (Cour suprême), à la p. 504 de l'opinion du juge Pigeon : « the meaning of the provision has been fixed by a century-long series of cases. It is impossible to depart from such case law especially when the statutory provision on which it rests has recently been reproduced without appreciable change in a new Code [...] ».

⁵⁵⁵ *National Trust Co. v. Miller, Schmidt v. Miller*, (1912) 3 D.L.R. 69 (C. sup.), à la p. 74, le juge Anglin écrit : « [...] we should in my opinion, if necessary, apply the doctrine of *stare decisis* and decline to disturb the legal rights which Crown Patentees were declared to possess under language substantially the same by a judicial decision rendered so long ago and which has been acquiesced in and never questioned until the present time. »

⁵⁵⁶ *Harvey v. the Dominion Textile Co.*, (1920) 50 D.L.R. 746 (C. sup.), aux pages 763-764.

⁵⁵⁷ Selon John Salmond, il existe deux catégories de décisions, celles qui sont « absolutely authoritative » et celles qui sont « conditionally authoritative ». Une décision qui provient des cours supérieures était considérée comme « conditionally authoritative » à l'égard des tribunaux qui lui sont hiérarchiquement supérieurs. Dans ce cas, écrit l'auteur, les juges « doivent » appliquer la décision sauf si elle manifestement erronée (qu'il distingue de simplement erronée) et que la maintenir irait à l'encontre de la bonne administration de la justice : John A. SALMOND, « The Theory of Judicial Precedent », (1900) 17 *L.Q.R.* 375, aux pp. 380-381.

ou suprême à l'organe juridictionnel le plus élevé dans la hiérarchie. Cette affirmation doit, toutefois, être atténuée dans la mesure où seule une partie de la décision judiciaire détient cette portée obligatoire, la *ratio decidendi*. Sans aborder ce dernier aspect, qui sera traité plus loin, il est utile de souligner à quel point le respect de la hiérarchie judiciaire s'est intégré spontanément en droit canadien.

Un des aspects les plus originaux du système jurisprudentiel canadien est peut-être la rapidité avec laquelle les tribunaux ont été contraints de suivre les décisions des juridictions anglaises, considérées comme plus élevées sur le plan hiérarchique, et la relative facilité avec laquelle ils ont accepté de l'être. Bien avant que la Cour suprême se déclare liée par ses propres précédents et que le système du *stare decisis* ne soit officiellement proclamé, le Conseil privé déclara, dans *Trimble v. Hill*⁵⁵⁸ (1879), que les décisions de la Cour d'appel d'Angleterre et de la Chambre des Lords étaient *obligatoires*⁵⁵⁹ lorsqu'elles portaient sur l'interprétation de lois anglaises également adoptées dans les colonies. Quoique l'arrêt en question se limite à l'interprétation des lois, il a eu un effet plus important et une portée plus large auprès des juridictions canadiennes⁵⁶⁰. Selon le professeur Bushnell :

⁵⁵⁸ *Trimble v. Hill*, (1879) 5 A. C. 342 (C.P.).

⁵⁵⁹ L'obligation pour les cours coloniales de suivre les arrêts de la Cour d'appel et de la Chambre des Lords anglaises a été formulée par Sir Montague Smith, aux pages 344-345 de *Trimble v. Hill*, précité, note 558 :

It is the judgement of the Court of Appeal, by which all the Courts in *England* are bound, until a contrary determination has been arrived at by the House of Lords. Their Lordships think that in colonies where a like enactment has been passed by the Legislation, the Colonial Courts should also govern themselves by it... [and] it is the utmost importance that in all parts of the empire where the English law prevails, the interpretation of that law by the Courts should be as nearly as possible the same.

Le terme « should » laisse penser, toutefois, qu'il s'agit d'une recommandation plus qu'une obligation, mais la réception de l'arrêt auprès des tribunaux coloniaux a été d'en dégager une obligation.

⁵⁶⁰ *Mason v. Johnson*, (1893) 20 A.R. 412 (C.A. Ont.); *Rex v. Gartshore*, (1919) 49 D.L.R. 276 (B.C. Sur. Ct.). Il est important, néanmoins, de souligner la présence de décision qui se situent en sens contraire de cette tendance. Par exemple, plusieurs juges ont « limité » la portée de *Trimble v. Hill*, aux seules interprétations de la loi : *Rodowith v. Parsons*, (1914) 19 D.L.R. 8 (Alb. Sp. Ct.), à la p. 12; *Re Western Canada Fire Insurance Co.*, (1915) 22 D.L.R. 19 (Alb. Spr. Ct.); *Pacific Lumber Co. v. Imperial Timber & Trading Co.*, (1916) 31 D.L.R. 748 (C.A.C.-B.), à la p. 749, le juge Martin limite la portée de l'arrêt *Trimble* à la seule Nouvelle-Zélande et prétend qu'il ne s'applique pas dans le reste du Dominion; *Manitoba Bridge and Iron Works v. The Minnesota Power Company et al.*, (1917) 1 W.W.R. 731 (C.A. Man.), à la p. 738, le juge Metcalfe réduit la portée de l'arrêt *Trimble* en se fondant sur les faits à la base du litige; *McMillan v. Wallace*, (1929) 64 O.L.R. 4, [1929] 3 D.L.R. 367 (Ont. Sup. Ct. App. Div.), à la p. 369; Voir aussi A.H. F. LEFROY, *op. cit.*, note 518, à la p. 51, qui souligne l'existence d'un courant jurisprudentiel ontarien qui consiste à préférer les décisions de la Cour d'appel de l'Ontario de celles de la *Court of Appeal* d'Angleterre.

While the rule in *Trimble v. Hill* was concerned with the interpretation of a colonial statute taken from an English Act, in Canada a rule was operating that had a far greater impact on the question of the authority of English decisions of our courts. This rule could be expressed in the form of an equation: THE LAW OF CANADA = THE LAW OF ENGLAND... [t]he effect of the equation was that Canadians occasionally attributed to *Trimble v. Hill* an expanded meaning, namely, the proposition that Canadian courts were bound by the decisions of the Court of Appeal in England, without any reference to the interpretation of a statute.⁵⁶¹

Ainsi, le mécanisme qui oblige une cour inférieure à obéir à une décision d'une cour « hiérarchiquement »⁵⁶² supérieure était déjà conceptuellement en place vingt ans avant même que le *stare decisis* soit reconnu officiellement par la Chambre des Lords. Et depuis, il est probable qu'il n'ait jamais été démenti⁵⁶³. Toutefois, ce germe d'un principe des décisions obligatoires a fourni une récolte somme toute tardive, et plusieurs indices tendent à montrer qu'avant que la Cour suprême se prononce directement sur la question en 1909, la méthode relative à la jurisprudence était encore empreinte de pragmatisme, surtout à l'égard de la dimension temporelle du *stare decisis*.

B. Dimension temporelle du *stare decisis*

La directive qui prévoit qu'un juge devrait suivre les décisions antérieures de son tribunal a souvent été qualifiée de règle de courtoisie entre juges⁵⁶⁴ par ceux-là même auxquels elle était destinée⁵⁶⁵. Elle était fondée sur le respect que devait manifester un juge à l'égard des

⁵⁶¹ I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 422, aux pp. 291-292. Voir l'opinion du juge Anglin dans *Stuart c. Bank of Montreal*, (1909) 41 S.C.R. 516, à la p. 548 : « if the Privy Council should determine that the law is not what the court has declared it to be, the view of this court must be deemed to be overruled. A decision of the House of Lords should, likewise, be respected and followed thought inconsistent with a previous judgement of this court ». Voir aussi : Lord ANGLIN, « Some Differences Between the Law of Quebec and the Law as Administered in the Other Provinces of Canada », (1921) 1 *R. du B. can.* 33, à la p. 38 : « At all events, at the present day a decision of the House of Lords in England, or of the Privy Council in this Dominion, carries authority almost equal to that of an act of Parliament ».

⁵⁶² Il est essentiel de nuancer cette proposition dans la mesure où les deux cours mentionnées ne sont pas, à strictement parler, *hiérarchiquement* supérieure.

⁵⁶³ Sauf dans les cas de *résistance* des juges du fond bien sûr. Voir par exemple, un cas de résistance qui a porté fruit : *R. c. Daviault*, [1991] R.J.Q. 1794 (C.Q., ch. cr. et pén.), j. Grenier, confirmé par la Cour suprême dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63. Il est surprenant de constater le peu d'intérêt qu'a posé cette domination verticale des cours entre elles. Les regrets exprimés par les juges en rappellent le caractère inéluctable : *Re Robinson, Little & Co. Ltd.*, (1987) 44 D.L.R. (4th) 10 (Sask. Crt. Q.B.), à la p. 14.

⁵⁶⁴ Les juges utilisent l'expression « judicial comity ».

⁵⁶⁵ *The Vera Cruz (No 2)*, (1884) 9 P.D. 96, à la p. 98 (Lord Brett) : « The point about the authority of this court has never been decided by the House of Lords [...] Nor does it depend upon any statutory or *common law* rule.

opinions formulées par ses pairs. Avec le principe du *stare decisis*, cette pratique devient obligatoire et la règle de politesse devient règle de droit. En droit anglais, la reconnaissance du principe de *stare decisis* a été reconnu par la Chambre des Lords en 1898 dans un arrêt célèbre⁵⁶⁶ et, en droit canadien, l'adoption de la même théorie a été associée à l'arrêt *Stuart*⁵⁶⁷ de la Cour suprême. Bien que cet arrêt marque une étape importante dans la transformation du poids des précédents en droit canadien, il s'inscrit vraisemblablement dans un processus qui fut plus graduel que subit. Il est donc pertinent de montrer en quoi il le fut, et dans quelle mesure⁵⁶⁸.

Avant l'arrêt de principe de 1909⁵⁶⁹ et sur un plan strictement terminologique, l'expression « *stare decisis* » n'apparaît qu'à trois reprises dans les recueils de jurisprudence de la Cour suprême du Canada⁵⁷⁰, dont une seule dans les motifs d'une décision. La première mention de la formule se trouve dans l'arrêt *Fréchette c. Goulet*⁵⁷¹, dans lequel la Cour devait déterminer si un juge de la Cour supérieure du Québec avait erré en suivant une décision antérieure qui était, cela va de soi, qualifiée d'erronée par l'appelant. Le raisonnement du juge Gwynne, seul juge à faire référence au concept, traduit l'incertitude de l'état du droit sur la question, car il affirme la chose suivante : « [traduction] [le] *stare decisis* est une bonne règle dans tous les cas, mais spécialement sur les points reliés à la pratique qui n'impliquent aucune question de mérite quelle qu'elle soit »⁵⁷². Par la suite, le même juge insiste à deux reprises sur le fait que la décision porte sur une question procédurale qui n'a aucune incidence sur le droit substantiel. Ainsi, afin d'éviter des appels frivoles, il valait mieux ne pas accorder de recours dans ce cas : ce qui sous-entend que le respect d'une décision antérieure, même si elle est très

This practice of ours apparently rests solely upon a concept of judicial comity laid down many years ago and automatically followed ever since », cité avec approbation par le juge Anglin dans *Stuart c. Bank of Montreal*, précité, note 561, à la p. 549; *Vancouver (City) v. McPhelan*, (1910) 15 B.C.R. 367 (C.A.C.-B.); *Norris v. Hamilton*, [1943] O.W.N. 566 (Ont.Co.Ct.); l'expression est toujours utilisée : *Spark Estate v. Wenham*, [1994] 2 W.W.R. 636 (Man. Q.B.), à la p. 655.

⁵⁶⁶ *London Tramways v. London County Council*, [1898] A.C. 375.

⁵⁶⁷ *Stuart c. Bank of Montreal*, précité, note 561; sur le sujet, voir : David J. MURPHY et Robert RUETER, *Stare decisis in Commonwealth Appellate Courts*, Toronto, Butterworths, 1981, aux pp. 20 et s.

⁵⁶⁸ À ce titre, il est important de souligner que l'étude ne porte que sur la pratique de la Cour suprême.

⁵⁶⁹ *Stuart c. Bank of Montreal*, précité, note 561.

⁵⁷⁰ La banque de données Quick Law contient l'intégralité des arrêts publiés de la Cour suprême du Canada.

⁵⁷¹ (1883) 8 R.C.S. 169.

⁵⁷² *Fréchette c. Goulet*, précité, note 572, à la p. 183 (j. Gwynne) : « [version originale] *stare decisis* is a good

discutable, ne doit pas être un motif d'appel si elle porte sur une question procédurale sans conséquence. Ce raisonnement reflète, à lui seul, le peu d'intérêt et le contenu incertain qu'avait la notion même de *stare decisis*⁵⁷³ au moment où l'arrêt fut rendu.

Outre ces cas précis où l'on trouve une référence à la notion « *stare decisis* », certains arrêts de la Cour suprême témoignent de l'attitude prudente des juges lorsqu'ils doivent déterminer l'autorité des décisions antérieures. Dans l'affaire *Stanstead Election Case* (1891)⁵⁷⁴, la Cour suprême devait déterminer si la décision d'une formation également divisée (3-3) liait ou non la Cour. L'intérêt de cet arrêt repose sur les arguments qui ont été soulevés, car le procureur de l'appelant a évoqué, entre autres⁵⁷⁵, la décision de la Chambre des Lords *Beamish v. Beamish*⁵⁷⁶ qui, par la similarité de la situation⁵⁷⁷, aurait pu déterminer l'issue du litige. Mais tel ne fut pas le cas. Et bien que les motifs soient plutôt concis sur ce point, aucun des juges formant la majorité ne retint que l'arrêt rendu précédemment puisse les lier⁵⁷⁸. Plus

rule in all cases, but especially in points of practice involving no substance of merit whatever. »

⁵⁷³ Les références ultérieures au concept du *stare decisis* se trouvent évoquées dans l'argumentation des parties : *Macdonell c. Purcell*, (1894) 23 R.C.S. 101, à la p. 102 : « The doctrine of *stare decisis* will not prevent this court from holding it [the statute of Mortmain] not in force notwithstanding the decision of the Ontario courts to the contrary »; *Reference Re : Canadian Pacific Railway Co. Act (Canada)*, (1905) 36 R.C.S. 42, ce dernier comporte une référence à la notion de *stare decisis* comme étant « a wider term than *res judicata* ». La première série des recueils de jurisprudence de la Cour suprême intégrait les arguments des parties entre le résumé de l'arrêt et la motivation des juges.

⁵⁷⁴ (1891) 20 S.C.R. 12.

⁵⁷⁵ Il y a aussi une référence à la section 528 de l'ouvrage « Black on Judgements » : *Stanstead Election Case*, précité, note 574, à la p. 14.

⁵⁷⁶ (1861) 9 H.L.C. 274. Cet arrêt est important, car les motifs catégoriques de Lord Campbell au sujet du caractère obligatoire des décisions antérieures (surtout aux pp. 338-339) constituent une étape cruciale dans la reconnaissance du *stare decisis* en Angleterre. En effet, malgré son désaccord avec le précédent de la Chambre, Lord Campbell souligne que ne pas le respecter équivaldrait à prendre le rôle du législateur et de faire reposer sur soi la possibilité de modifier le droit. Néanmoins, la question précise de l'obligation de la Chambre des Lords de suivre ses précédents n'était pas directement posée et, par conséquent, cette opinion est considérée comme un *obiter dictum*, voir : R. CROSS et J.W. HARRIS, *op. cit.*, note 464, aux pp. 7-8 et 25; J. EVANS, *loc. cit.*, note 416, à la p. 58.

⁵⁷⁷ Dans l'affaire *Beamish*, la Chambre des Lords a dû déterminer, entre autres, si elle était liée par l'arrêt *R. v. Millis* ((1844) 10 Cl. & F. 534). Or, l'opinion de Lord Campbell est fondée sur l'idée qu'une telle décision est obligatoire même si elle est le fruit d'une formation également divisée : « it is my duty to say that your Lordships are bound by the decision as much as if it had been pronounced *nemine dissitiente* ».

⁵⁷⁸ Le juge Taschereau formule l'opinion suivante qui traduit peut-être celle de la majorité : « I will add that we are of opinion that such a decision is not binding » (*Stanstead Election Case*, précité, note 574, à la p. 20). L'opinion dissidente du juge Fournier est intéressante, car il conclut qu'il est désirable de suivre la décision antérieure même s'« il ne s'agit ici que d'une règle de jurisprudence, tout à fait indifférente en elle-même, qui pourrait tout aussi bien adopter l'affirmative que la négative [et non pas] de revenir sur une décision qui aurait violé un principe de droit [dans quel cas] ce serait notre devoir de le faire » (*Id.*, p. 19).

surprenant est l'arrêt *Ross v. The Queen*⁵⁷⁹ (1895) où la Cour devait trancher une question dont les faits étaient, à toutes fins utiles, identiques à une décision qu'elle avait rendue quelques années plus tôt. Malgré cette similarité, un seul des cinq juges formant la majorité s'est dit expressément lié par l'arrêt antérieur⁵⁸⁰. Deux autres ont préféré prétendre qu'il était de leur *devoir* de respecter l'arrêt et les derniers ont écarté simplement cette question méthodologique pour étudier à nouveau la question en litige. Ainsi, il paraît quelque peu exagéré de prétendre que la Cour suprême désirait souligner l'importance de respecter ses propres précédents⁵⁸¹ : plus de trente ans se sont écoulés depuis sa création avant qu'elle ne mentionne clairement qu'elle allait dorénavant être liée par une de ses décisions⁵⁸². En ce sens, l'arrêt *Stuart* prend une dimension importante en droit canadien, car il constitue un des rares moments où la Cour suprême a discuté de façon approfondie sur la valeur de ses précédents; pour cette raison, il convient de l'analyser en détail.

L'arrêt *Stuart v. Bank of Montreal*⁵⁸³ portait sur la validité d'un cautionnement qu'une femme a donné en faveur de son mari et qui fut conclu sans qu'elle ne requière un avis

⁵⁷⁹ (1895) 25 S.C.R. 564.

⁵⁸⁰ Voir l'opinion du juge Taschereau : *Ross v. The Queen*, précité, note 579, à la p. 566. Le juge Gwynne considère que, parce que les motifs individuels ne s'appuyaient pas sur les mêmes raisons, la question était toujours ouverte. En cela, il est d'accord avec Sir Henry Strong, juge en chef, qui est dissident. Les juges Sedgewick et King affirment qu'ils *devraient* suivre l'arrêt antérieur.

⁵⁸¹ Voir, notamment, Mark R. MacGUGAN, « Precedent and Policy in the Supreme Court », (1967) 45 *R. du B. can.* 627, à la p. 638 : « even at an earlier date, the Supreme Court of Canada had been so impressed by the importance of the doctrine of precedent that in the case of *Ross v. The Queen* (1895) 25 S.C.R. 564, a majority of the court held itself bound by a majority decision in *McGreevy v. The Queen* (1890) 18 R.C.S. 371 even though no single decision could be found in *McGreevy* which was concurred in by a majority of the court. » Si la majorité s'est véritablement cru *obligée* de suivre l'arrêt antérieure, un seul des juges le spécifie expressément. Certains juges critiquaient ouvertement certaines décisions antérieures au motif qu'elles étaient erronées : *Burrard Election Case*, (1901) 31 R.C.S. 459, j. Gwynne, dissident, la p. 462 : « This court is not invested with the prerogative of finality as is the House of Lords whose judgements are the law until and unless varied by Parliament. Nor is this court invested with the prerogative of infallibility so as to prevent it seeing error in one of its own judgement. »; *The Queen c. Grenier*, (1899) 30 R.C.S. 42, à la p. 53 des motifs du juge Strong, juge en chef : « Since the case of *Robertson v. The Grand Trunk Railway Co.*, it would seem that *Vogel's Case* can scarcely be considered as a binding authority and, at all events, I should not hesitate to reconsider it if a similar question arose »; *Stephens c. McArthur*, (1891) 19 R.C.S. 446, j. Patterson, dissident, à la p. 459.

⁵⁸² D. H. LAIRD, « The Doctrine of *Stare decisis* », (1935) 13 *R. du B. can.* 1; à la p. 12, l'auteur souligne qu'avant que la Cour ne se prononce directement sur la question, dans l'affaire *Stuart*, la portée des décisions antérieures faisait encore l'objet de débats : « The decisions of our Supreme Court of Canada until reversed are also binding on all Canadian Courts. Whether this Court was bound by its own decisions was a question of considerable difference of opinion, but in *Stuart*..., it was laid down that it was so bound. »

⁵⁸³ Précité, note 569.

indépendant. Selon la majorité de la Cour, la question avait déjà été tranchée dans l'affaire *Cox v. Adams*⁵⁸⁴ (1904), dont les circonstances étaient similaires, quoique non identiques : dans ce second cas, la femme avait été victime de manœuvres frauduleuses de la part de son mari, ce qui a vraisemblablement motivé l'annulation du cautionnement. Mais plutôt que d'opérer une distinction entre les deux cas, comme l'ont fait les juges de la Cour d'appel et le juge dissident⁵⁸⁵, la majorité s'est estimée liée par la décision antérieure, le terme « binding » revenant à plusieurs reprises dans leurs motifs. Voici leur raisonnement.

Le juge Duff étudie directement la question de savoir si la Cour peut s'écarter d'une « décision qui formule une règle de droit substantiel »⁵⁸⁶. Pour y répondre, il évoque la situation particulière de la Cour suprême qui n'est pas, à strictement parler, une cour de dernière instance. Or en droit anglais, l'*Exchequer Chamber of the Lords Justices, sitting in appeal*⁵⁸⁷ et la *Court of appeal* auraient formulé un principe selon lequel ils ne s'écarteraient de leurs décisions antérieures que dans des cas exceptionnels et le juge Duff considère que toute cour d'appel devrait également se soumettre à cette pratique⁵⁸⁸. Le juge Anglin, pour sa part, s'appuie principalement sur des arguments d'autorité, c'est-à-dire qu'il se fonde sur des décisions anglaises⁵⁸⁹, pour justifier l'obligation qui incombe à la Cour de suivre ses décisions antérieures. Malgré l'injustice qu'une telle conclusion pourrait engendrer, le juge conclut à

⁵⁸⁴ (1904) 35 R.C.S. 393.

⁵⁸⁵ Voir l'opinion du juge Idington : *Stuart c. Bank of Montreal*, précité, note 561, à la p. 527.

⁵⁸⁶ *Stuart c. Bank of Montreal*, précité, note 561, à la p. 535. Expression traduite de : « decision laying down a substantive rule of law ».

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ *Ibid.* Et il ajoute : « and the Court of Appeal, in any province where the basis of the law is the common law of England, would act upon the same view. » Cette analyse du juge Duff est sujette à critique. Selon Rupert Cross et Harris : « The rule that the Court of Appeal is, in general, absolutely bound by its past decisions is the product of this century. As late as 1903 the Court acted on the contrary view and that view was repeated in the course of judgement in the Court of Appeal as recently as 1938 » (R. CROSS et J.W. HARRIS, *op. cit.*, note 464, à la p. 25).

⁵⁸⁹ L'exposé du juge Anglin est, par moments, un peu répétitif, car il reprend l'ensemble des opinions émises par les cours anglaises sur la question, ce qui l'amène à formuler le constat suivant : « In the House of Lords, in the English Court of Appeal and in this court the recent judgements have all been in the direction of holding previous decisions of these respective courts to be binding on themselves » (*Id.*, à la p. 548). Pour arriver à cette conclusion, il doit « interpréter » quelque peu la jurisprudence antérieure de sa propre Cour, ce qu'il fait, notamment, en affirmant que la décision *Stanstead Election Case* a pour *ratio decidendi* qu'une décision antérieure de la Cour suprême dont la formation est également divisée ne doit pas être considérée comme une décision de la Cour ! Néanmoins, le juge Anglin relève l'existence de *dicta* qui prévoient que l'on peut s'écarter d'une décision antérieure si celle-ci est erronée (*Id.*, aux pages 541-542).

l'annulation du cautionnement : « [traduction] Seulement parce que je suis convaincu que le présent cas est régi par la principe tiré de la décision *Cox v. Adams*, et parce que je considère que cette décision lie cette Cour »⁵⁹⁰.

Cet arrêt marquera la méthode à venir dans la mesure où il pose le principe du respect obligatoire des décisions individuelles. Le principe général est clairement formulé, mais les juges refusent toutefois de se prononcer sur la nature des *circonstances exceptionnelles* qui permettraient à la Cour d'écarter une décision qui la lie⁵⁹¹. À cette époque déjà, la Chambre des Lords avait affirmé que seule une loi pouvait justifier que l'on s'écarte d'une décision antérieure⁵⁹². Or il est probable que cette conception draconienne du poids des précédents n'ait pas été complètement admise par les juges de la Cour suprême, du moins, à la suite de la déclaration de 1909⁵⁹³. Néanmoins, les signes d'application à regret de décisions antérieures se sont manifestés dans certaines décisions qui ont suivi l'arrêt *Stuart*⁵⁹⁴. À l'aune de la rigidité de la méthode anglaise et de l'attrait qu'elle exerçait chez les juges de la Cour suprême, l'on peut considérer que la moitié du XX^e siècle fut essentiellement celle d'une adhésion à une conception stricte du *stare decisis*⁵⁹⁵.

⁵⁹⁰ *Id.*, à la p. 550 : « [version originale] Solely because I am convinced that the present case falls within the principle of the decision in *Cox v. Adams*, and because I consider that that decision binds this court ». Le Conseil privé annula la décision *Cox v. Adams* de la Cour suprême, voir : *Bank of Montreal v. Stuart*, [1911] A.C. 120 (P.C.).

⁵⁹¹ *Id.*, à la p. 535 (j. Duff) : « What exceptional circumstances would justify a departure from the general rule, we need not consider. »

⁵⁹² *London Tramways v. London County Council*, [1898] A.C. 375.

⁵⁹³ David Murphy et Robert Rueter soulignent que seulement six mois après avoir entendu la cause de l'arrêt *Stuart*, la Cour suprême a infirmé une de ses décisions antérieures dans l'affaire *Peters v. Perras*, (1908) 41 R.C.S. 244 : D. MURPHY et R. RUETER, *op. cit.*, note 567, à la p. 21. Dans *Shawinigan Hydro-Electric Co. c. Shawinigan Water and Power*, (1910) 43 R.C.S. 650, à la p. 656, le juge Fitzpatrick, dissident, affirme qu'il aurait écarté un précédent au motif qu'il était erroné; la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a parfois tenu un langage similaire : *Marshall v. Canadian Pacific Lumber Co. and Dominion Bank*, (1922) 69 D.L.R. 521 (C.A.C.-B.), à la p. 523 : « This Court on more than one occasion has intimated that the rule of *stare decisis* is not an inflexible one, that where a decision had been given contrary to a distinct line of authorities which had not been cited, the Court might reconsider the matter. »

⁵⁹⁴ Voir, *Canadian Pacific Railway Co. c. McDonald*, (1913) 49 S.C.R. 163, à la p. 174 : « Although it is on the authority of such cases that the Lapointe [...] decision is based, under the doctrine of *stare decisis* I bow to its authority, but, if free to do so, I would respectfully decline to follow it. »

⁵⁹⁵ Selon D. H. Laird, la Cour suprême n'aurait pas dérogée une seule fois au principe dans les vingt-cinq années qui ont suivi la décision, voir : D. H. LAIRD, *loc. cit.*, note 582, à la p. 13. Voir : *Gale v. Bureau*, (1911) 44 R.C.S. 305; *Grant v. Scott*, (1920) 59 R.C.S. 227; *Daoust v. Ferland*, [1932] 2 D.L.R. 642.

Saluée au départ par les juges comme un moyen d'instaurer une ère de certitude et de stabilité en droit, les règles du *stare decisis* furent rapidement critiquées par la doctrine⁵⁹⁶. Leur caractère absolu et les applications aveugles dont elles firent l'objet justifiaient un bon nombre d'attaques qui ont aujourd'hui porté fruit. En retour, l'adhésion à la théorie du *stare decisis* a vraisemblablement eu d'autres effets qui méritent aussi d'être relevés, car ils ont peut-être modifié la façon de penser la *common law* chez les juristes canadiens.

§ 2 - Émergence d'une conception institutionnelle de la *common law*

La réaction de la doctrine à l'égard du *stare decisis* a été d'en souligner les caractères artificiel et formel. Aussi, loin de promouvoir la certitude en droit⁵⁹⁷, la théorie du *stare decisis* prévoyait des dérogations qui pouvaient, lorsqu'elles étaient évoquées, donner l'impression que les juges faisaient *ce qu'ils voulaient*. La pratique de la distinction (« distinguishing »), du refus de suivre une décision rendue *per incuriam* ou la division d'un jugement entre l'*obiter dictum* et la *ratio decidendi* étaient des techniques qui permettaient de s'écarter de l'emprise d'un arrêt antérieur, mais leur usage dégageait un parfum d'arbitraire et, pour cette raison, elles furent vertement dénoncées. Wolfgang Friedmann les qualifie de « subterfuges » et écrit :

worse than the self-inflicted disability of the highest court to correct itself is the devious effect of forcing the highest as well as the lower courts into subterfuges. The many qualifications of *stare decisis* which have been outlined in this paper provide some scope for judicial law reform. But the uncertainties as well as the inevitable hypocrisies of this method of evading rather than departing from precedent scarcely increase the respect for law.⁵⁹⁸

La théorie du *stare decisis* a donc fait l'objet d'une critique fondamentale dans les pays de *common law*, critique qui a trouvé un certain écho chez les juristes canadiens, surtout auprès

⁵⁹⁶ Tel que le résume A. L. Goodhart : « the English judge is a slave to the past and a despot for the future, bound by the decisions of his dead predecessors and binding for generations to come the judgements of those who will succeed him. » (A. L. GOODHART, *loc. cit.*, note 501, à la p. 61).

⁵⁹⁷ Andrew Joanes relève que même si la doctrine du *stare decisis* avait été énoncée avant l'arrêt *Stuart*, il aurait été pratiquement impossible de prévoir l'issue du litige en question : les faits de l'affaire *Cox v. Adams* rendaient facile la distinction entre les deux situations (Andrew JOANES, « *Stare decisis* in the Supreme Court of Canada », (1958) 36 *R. du B. can.* 175, p. 182). Cette question sera abordée plus loin.

⁵⁹⁸ Wolfgang FRIEDMANN, « *Stare decisis* at Common Law and under the Civil code of Quebec », (1953) 31 *R. du B. can.* 723, à la p. 748.

de la doctrine universitaire. Toutefois, au Canada, ce débat a pris un tour particulier dans la mesure où il a été lié à un autre, celui de l'indépendance des cours canadiennes à l'égard de leurs homologues anglais. La remise en question de la théorie avait donc un double aspect. D'abord, elle cherchait à réduire l'asservissement des tribunaux canadiens aux décisions anglaises, considéré comme un vestige désuet de la colonisation; ensuite, elle visait à libérer les juges de leurs propres oeuvres, dans le but souvent évoqué de permettre l'évolution du droit dans ses rapports avec les faits sociaux. Ces objectifs, une fois atteints, ont créé l'impression, souvent exprimée, que les juges peuvent dorénavant façonner la *common law* comme ils l'entendent, surtout au regard de la Cour suprême. En fait, cette double émancipation, l'une à l'égard des décisions anglaises et l'autre à l'égard des règles du *stare decisis*, a surtout été présentée et défendue comme étant un objectif à atteindre pour la Cour suprême. Tout se passe comme si les autres juridictions devaient jouer un rôle secondaire, voire subordonné, dans l'évolution du droit. Pour cette raison, la présente étude porte essentiellement sur l'évolution de la *common law* en mettant l'accent sur la plus haute juridiction du pays.

À la suite de cette double émancipation des tribunaux canadiens, et surtout de la Cour suprême, la *common law* a été perçue comme un produit des institutions étatiques que sont les juridictions judiciaires. Par conséquent, l'émancipation du droit jurisprudentiel canadien (A.) a vraisemblablement été à l'origine de l'apparition d'une conception institutionnelle de la *common law* (B.).

A. Émancipation du droit jurisprudentiel canadien

Au début du siècle, la relation juridique qui unissait le *Dominion* canadien à l'Empire britannique était encore largement marquée par le passé colonial. Malgré la présence d'un système politique parlementaire indépendant et d'un gouvernement responsable, un état général de subordination persistait entre les institutions canadiennes et anglaises, et celui-ci s'étendait tout naturellement aux organes judiciaires. Après l'arrêt *Stuart*⁵⁹⁹, dans lequel la Cour suprême

⁵⁹⁹ *Stuart v. Bank of Montreal*, précité, note 569.

a réaffirmé qu'elle était liée par les décisions de la Chambre des Lords et du Conseil privé, le statut du Canada au sein du Commonwealth s'est quelque peu transformé. Sur le plan législatif et exécutif, le rapport colonial s'est érodé *avec le temps*, et l'Angleterre a graduellement accordé un espace de souveraineté plus large au jeune État fédéral. Selon cette perspective, le *Statut de Westminster*, adopté en 1931, marque une étape importante dans la lente acquisition de l'autonomie du Canada. À la suite de son adoption, un mouvement doctrinal prôna une évolution semblable à l'égard des tribunaux⁶⁰⁰. Mais cette revendication n'a pas fait l'unanimité et, par voie de conséquence, le cordon ombilical s'est maintenu plus longtemps, que ce soit à l'égard des rapports institutionnels ou intellectuels des tribunaux canadiens avec le système juridique anglais; il convient de les examiner tour à tour.

1. L'indépendance institutionnelle des tribunaux canadiens

Sur le plan juridictionnel, le statut de Dominion, qui perdura jusqu'en 1949, était lourd symboliquement. Le pouvoir judiciaire était entièrement subordonné à une quasi-juridiction⁶⁰¹ constituée par un État étranger : le Comité judiciaire du Conseil privé. De plus, les décisions de cette juridiction avaient, lorsqu'elles portaient sur le sens de la Constitution canadienne, une portée politique très importante à laquelle aucune institution canadienne ne pouvait échapper.

⁶⁰⁰ Le plus important combat fut sans conteste celui de l'abolition du recours au Conseil privé : W. G. HOW, « The Too Limited Jurisdiction of the Supreme Court of Canada », (1947) 25 *R. du B. can.* 573; F.R. SCOTT, « Abolition of Appeals to the Privy Council [:] A Symposium », (1947) 25 *R. du B. can.* 557; et ensuite, le débat s'est centré sur l'importance de maintenir une distance critique avec les décisions des cours anglaises : B. LASKIN, « The Supreme Court of Canada : A Final Court of and for Canadians », (1951) 29 *R. du B. can.* 1038 (article qui porte surtout sur la pertinence du maintien de la doctrine du *stare decisis* en matière constitutionnelle, voir les pp. 1069 et 1073); G. D. KENNEDY, « Supreme Court of Canada - *Stare decisis* - Rôle of Canada's Final Court - Unsatisfactory Nature of Reasons for Judgement », (1955) 33 *R. du B. can.* 340, du même auteur, « Supreme Court of Canada : Canada's final Court », (1955) 33 *R. du B. can.* 630; M. R. MacGUIGAN, *loc. cit.*, note 581.

⁶⁰¹ Le Comité judiciaire du conseil privé ne joue pas un rôle proprement juridictionnel, dans la mesure où il ne fait que formuler des « conseils » à la Reine (*Act for the better Administration of Justice in his Majesty's Privy Council*, Act of 3 & 4 Will. 4, c. 41, 1833) qui, par coutume (ou par convention constitutionnelle : *British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500 (C. P.), aux pp. 510-512, Viscount Sankey), sont scrupuleusement suivis. Les juges du Conseil privé ont parfois exprimé le caractère international de leur juridiction, voir, sur ce point, l'opinion de Lord Haldane, dans *Hull v. McKenna and Others*, [1926] I.R. 402 (C.P.) : « The Judicial Committee of the Privy Council is not an English body in any exclusive sense. It is no more an English body, than it is an Indian body, or a Canadian body, or a South African body, or, for the future, an Irish Free State body. » Tel que cité dans Edward McWHINNEY, « Judicial Concurrences and Dissents : A Comparative View of Opinion-Writing in Final Appellate Tribunals », (1953) 31 *R. du B. can.* 595, aux pages 597-598, note 6.

Àu regard de l'indépendance acquise par le Canada, grâce au *Statut de Westminster*, cette situation était perçue comme une aberration par la communauté juridique, surtout lorsque l'on considère que le Parlement fédéral a tenté à plusieurs reprises de limiter l'accès au Conseil privé⁶⁰².

En droit criminel, le Parlement a utilisé les pouvoirs que lui reconnaissait le *Statut de Westminster*⁶⁰³ pour empêcher tout recours en appel d'une décision de la Cour suprême. Comme pour les tentatives précédentes, celle-ci fut contestée devant le Conseil privé qui, soulignant la conformité de la mesure avec le *Statut de Westminster*, renversa sa jurisprudence antérieure⁶⁰⁴ et reconnut la validité de la loi fédérale. Par la suite, en 1939, le Parlement voulut étendre l'interdiction d'en appeler à l'ensemble des litiges, mais la rupture avec le Conseil privé en matière de droit constitutionnel soulevait un malaise un peu plus profond. En effet, le débat prit une tournure politique et s'inscrivit à l'intérieur d'une question plus ancienne⁶⁰⁵, celle de la préservation de l'autonomie des provinces⁶⁰⁶ à l'intérieur de la fédération. Donner à la Cour

⁶⁰² Une disposition dans la loi constitutive de la Cour suprême fut insérée afin de restreindre la totalité des recours en appel au Conseil privé. Une exception demeurerait, celle qui était liée à la prérogative royale. Le Conseil privé l'interpréta de telle sorte que la règle de restriction était sans effet. La seconde tentative fut celle de 1888 où une modification du *Code criminel* interdisait les appels au Conseil privé en matière criminelle. Cette disposition fut annulée par un arrêt du Conseil privé en 1926 (*Nadan c. The King*, [1926] A.C. 482 (C.P.)). Tel que l'explique Viscount Sankey, dans *British Coal Corporation v. The King*, précité, note 601, la prérogative royale qui attribuait un droit d'appel (qui fut à l'origine de la création de la Chambre des Lords et de la Cour du Chancelier) n'était pas éteinte à l'égard des colonies, et les sujets de l'Empire pouvaient réclamer justice au « King in Council » (Roi en conseil) en appel d'une décision d'une juridiction locale. La loi de 1833 (*Act for the better Administration of Justice...*, précitée, note 601) a reconnu la validité du recours et l'a encadré juridiquement en créant le Comité judiciaire du Conseil privé. Sur les étapes multiples de la rupture avec le Conseil privé, voir : M. R. MacGUIGAN, *loc. cit.*, note 581, aux pp. 628 et s.

⁶⁰³ *Statute of Westminster*, 1931, 22 Geo. V, c. 4, art. 4.

⁶⁰⁴ Voir l'arrêt *British Coal Corporation v. The King*, précité, note 601.

⁶⁰⁵ Pour un rappel des principales idées défendues lors de cette controverse, voir : Frank MACKINNON, « The Establishment of The Supreme Court of Canada », (1946) 27 *Can. Hist. Rev.* 258 tiré de W. R. LEDERMAN, dir., *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stuart, 1967, à la p. 106 (les références ultérieures seront tirées de cet ouvrage collectif).

⁶⁰⁶ Le principe de l'autonomie des provinces avait été ardemment défendu par le Conseil privé dans son interprétation de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* (devenu la *Loi constitutionnelle de 1867*). Voir, entre autres, les arrêts suivants : *Hodge c. R.*, (1883-84) 9 App. Cas. 117 (sur la reconnaissance du statut autonome des provinces); *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348, à la p. 361 (interprétation stricte des domaines de compétence fédérale liées aux questions de dimensions nationales); *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (interprétation stricte du pouvoir de mettre en vigueur des traités, prévu à l'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Les constitutionnalistes canadiens ont eu une attitude ambivalente à l'égard de ces interprétations. Certains déploraient qu'elle limitait la capacité du Parlement fédéral à instaurer des programmes sociaux (surtout après

suprême le « droit du dernier mot », reviendrait à reconnaître à une institution fédérale, composée de juges des différentes provinces certes, le droit d'interpréter et, par conséquent, de modifier une Constitution établissant le délicat partage des compétences⁶⁰⁷; un certain équilibre semblait pouvoir se rompre entre les provinces et le Parlement fédéral, et la crainte d'une centralisation excessive de la Confédération canadienne a été évoquée⁶⁰⁸. En retour, tel que l'affirma Lord Sankey⁶⁰⁹, la réglementation du droit d'appel est un élément au coeur de la souveraineté d'un État, qu'il soit fédéral ou unitaire. Malgré ces appréhensions et à la suite de nombreux débats, le 23 décembre 1949⁶¹⁰, la Cour suprême devint la plus haute Cour de l'organisation judiciaire canadienne. Cependant, une autre étape devait être franchie avant que n'émerge un droit *canadien*, celle de l'affranchissement intellectuel des juridictions canadiennes à l'égard de leurs homologues anglais et, pour la Cour suprême, l'affranchissement à l'égard de ses propres décisions.

2. L'indépendance intellectuelle des tribunaux canadiens

Les tribunaux canadiens ont affiché une attitude ambivalente au sujet de leur rapport avec la jurisprudence anglaise. Parfois, ils ont fait montre d'un très grand attachement aux institutions de l'Empire et, parfois, ils ont été audacieux dans leur revendication d'un droit indépendant. La théorie du caractère approprié des règles de *common law* participait à cette seconde tendance; Or, pendant la première moitié du XX^e, le sentiment général était plutôt que les tribunaux manquaient de cette ferveur nationaliste, et qu'il était dorénavant nécessaire que

l'arrêt de 1937), d'autres ont reconnu l'importance politique de la préservation d'un espace juridique provincial qui soit autonome, notamment à l'égard de la Province de Québec; Pierre Elliot TRUDEAU, *Federalism and the French Canadians*, (1968), à la p. 198 : « if the law lords had not leaned in that [provincial] direction, Quebec seperation might not be a threat today; it might be an accomplished fact », tel que cité dans P. HOGG, *op. cit.*, note 510, à la p. 111.

⁶⁰⁷ F. MACKINNON, *loc. cit.*, note 605; aux pp. 113 et s., F. MacKinnon souligne la pérennité du débat en décrivant ses premières manifestations, c'est-à-dire dès la création de la Cour suprême.

⁶⁰⁸ Les provinces canadiennes craignaient que l'on porte atteinte à leur compétence législative en matière de propriété et de droit civil ou que l'on remette en question les décisions du Conseil privé favorables à une interprétation large de celle-ci. À son tour, le Parlement fédéral désirait développer une série de mesures politiques à caractère social (afin de contrer les problèmes liés au chômage, entre autres) difficiles, sinon impossibles, à implanter étant donné les décisions du Conseil privé. Là-dessus, voir le poème de F. R. SCOTT, « Some Privy Counsel », (1950) 28 *Can. B. Rev.* 780.

⁶⁰⁹ *British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500, à la p. 520.

la communauté juridique se débarrasse du réflexe de s'en remettre au droit anglais, attitude considérée comme un des vestiges sournois de la colonisation. Mais la simple volonté de modifier l'inclination vers le droit anglais ne suffisait pas toutefois, car sans une remise en cause du *stare decisis*, la Cour suprême ne pourrait parvenir à se défaire des arrêts du Conseil privé, surtout en matière constitutionnelle⁶¹¹. Tel que l'explique Vincent MacDonald :

Indeed, unless something is done to free the final court of interpretation from the shackles of previous decisions, it is likely that judicial interpretation will prove a very doubtful source of adaptation [of constitutional law]. It may be that the Supreme Court of Canada [...] would be a better agency of constitutional adaptation than the Privy Council [...] [but] it would be necessary to emancipate the former from the necessity of following the past decisions of the latter. Direct constitutional amendment, therefore, seems the only practical means to change [...].⁶¹²

Ainsi, le débat sur le rôle de la jurisprudence porta à la fois sur la recherche d'une plus grande indépendance pour les juridictions nationales, en même temps qu'il prit la forme d'une *lutte* contre le système jurisprudentiel rigide imposé par le *stare decisis*. C'est donc au rythme d'arrêts et de notes critiques que la doctrine et les juges ont graduellement manifesté leur désir de modifier la méthode en droit canadien.

Imprégnés de la théorie réaliste américaine⁶¹³, les *nouveaux* professeurs d'université ont fortement reproché l'attitude des tribunaux canadiens à l'égard des décisions anglaises. En effet, il était devenu un lieu commun que de dénoncer la « soumission » des juridictions

⁶¹⁰ *Supreme Court Amendment Act of 1949*, S.C. 1949 (2^e sess.), c. 37, s. 3.

⁶¹¹ A. JOANES, *loc. cit.*, note 597, à la p. 200 : « This [the development of a Canadian jurisprudence] is clearly the aspiration of many Canadian lawyers, and one important way in which this end can be achieved will be by the critical examination by the Supreme Court of all decisions handed down under the old Privy Council regime. This critical examination will be severely hindered if such decisions are technically binding [...] ».

⁶¹² Vincent C. MACDONALD, « The Constitution in a Changing World », (1948) 26 *R. du B. can.* 21, à la p. 45.

⁶¹³ E. McWHINNEY, *loc. cit.*, note 425, à la p. 11. Selon Edward McWhinney, il y a eu une absorption de la théorie réaliste par l'effet d'une formation universitaire aux États-Unis :

In its *best* form, this "reception" of American legal ideas involved an acceptance of the proposition that judges can, and do, and should, make law in the process of decision-making. Concomitantly, this involved the recognition of the purely instrumental character of legal rules and doctrine, and the abandonment of any quest for an absolute meaning in the words of the constitutional text or for the historical intentions of the Founding Fathers, as governing rules of constitutional interpretation. It also involved a conception of society as being in a state of flux, and of the criterion of "good"-ness in law as being the extent to which it reflected and fulfilled the changing aspirations, demands, and interests, pressed in society – an essentially relativistic philosophy of law which (...), gave a certain dynamism and impetus to legal change. (*Id.*, aux pp. 11-12)

canadiennes aux théories juridiques anglaises et leur manque d'originalité⁶¹⁴. La tendance pour les juges canadiens à reprendre le droit anglais a été soulignée en matière de droit des *torts* (responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle)⁶¹⁵, des contrats⁶¹⁶ et en droit international privé⁶¹⁷. On pouvait lire alors que les théories américaines, en droit des *torts*, étaient plus progressistes, mais que les tribunaux canadiens n'avaient pas saisi l'occasion de les adopter, leur attitude générale étant décrite comme « non-créative et non-réceptive »⁶¹⁸. L'interprétation jurisprudentielle de *Trimble v. Hill*⁶¹⁹ illustre bien cette déférence, car les juges ont délibérément étendu la portée de l'arrêt pour en faire un principe général de soumission aux décisions des juridictions anglaises d'appel⁶²⁰. Paradoxalement, c'est sous l'impulsion du Conseil privé⁶²¹ que la Cour suprême a atténué la portée de ce principe lorsqu'elle affirma que les décisions de la *Court of Appeal* ne liaient plus les juridictions coloniales⁶²². Outre cette affirmation solennelle, qui semble traduire une volonté de se dégager de l'emprise des juridictions *étrangères*, une poignée d'arrêts invoquait des arguments astucieux pour écarter un précédent anglais encombrant. Par exemple, dans l'arrêt *Negro v. Pietro's Bread Co.*⁶²³, la Cour d'appel d'Ontario a refusé de suivre une décision du Conseil privé au motif qu'elle

⁶¹⁴ Les titres de l'ouvrage de Ian Bushnell sont particulièrement révélateurs, il utilise le terme « stérile » pour qualifier la production de la Cour suprême, entre les années 1903-1929 : I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 422, aux pp. 169 et s.

⁶¹⁵ Cecil A. WRIGHT, « The Law of Torts : 1923-1947 », (1948) 26 *R. du B. can.* 46.

⁶¹⁶ J. B. MILNER, « The Law of Contracts : 1923-1947 », (1948) 26 *R. du B. can.* 117.

⁶¹⁷ John D. FALCONBRIDGE, « Conflict of Laws : 1923-1947 », (1948) 26 *R. du B. can.* 334, aux pp. 337 et 351.

⁶¹⁸ C. A. WRIGHT, *loc. cit.*, note 615, à la p. 54.

⁶¹⁹ Précité, note 558. Voir les propos du juge Anglin dans l'arrêt *Stuart v. Bank of Montréal*, à la note 561

⁶²⁰ Voir les commentaires du professeur Bushnell, à la note 561.

⁶²¹ *Robins v. National Trust Company Ltd.*, [1927] A.C. 515 (C.P.) à la p. 519 (Viscount Dunedin) :

When an appellate Court in a colony which is regulated by English Law differs from an appellate Court in England, it is not right to assume that the Colonial Court is wrong. It is otherwise if the authority in England is that of the House of Lords. That is the supreme tribunal to settle English law, and that being settled, the colonial Court, which is bound by English law, is bound to follow it.

Voir aussi : I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 422, à la p. 294.

⁶²² Tout en réaffirmant le caractère obligatoire des décisions de la Chambre des Lords : *City of London v. Holeproof Hosiery Co. of Canada Ltd.*, [1933] R.C.S. 349, à la p. 354 (j. Duff) :

It is now, perhaps, permissible to say that the observations of Sir Montague Smith in *Trimble v. Hill* in the Judicial Committee (1879) 5 App. Cas. 342, at 344-345, as to the authority which in this Court should be ascribed to the decisions of the Court of Appeal upon the construction and effect of an English statutory enactment which has been reproduced in a Canadian statute are a little absolute.

⁶²³ [1933] 1 D.L.R. 490, à la p. 496 (C.A.Ont.).

provenait d'un appel d'une autre colonie⁶²⁴. Ces gestes suscitèrent des espoirs auprès de la « jeune » doctrine canadienne, mais ils furent vite déçus. De façon générale, l'évolution du droit provenait de l'Angleterre et les juges canadiens semblaient simplement emboîter le pas. D'où ce constat d'Horace Read :

There has undoubtedly been a slow but steady development of much of the private common law in general in Canada during the past half-century; but, as in the law of torts and contracts, Canadian courts have sought all but a negligible number of their authorities in the English law reports. With a few exceptions they have purported to apply them without question and with little modification. Indeed, a perusal of Canadian law reports not only verifies an absence of creative approach, but conveys the impression that most of the opinions reported there are those of Canadian judges developing Canadian law to meet Canadian needs with guidance of English precedent.⁶²⁵

Ce n'est donc qu'à la suite de la réforme de 1949 qu'un débat véritable a pu voir le jour sur l'intérêt de maintenir le principe du *stare decisis*, notamment à l'égard des décisions antérieures du Conseil privé. La doctrine, sur ce point, s'est montrée très engagée. Dans un article critique, sinon caustique, Bora Laskin décrit la Cour suprême comme une cour « captive »⁶²⁶ dénuée de toute originalité. Il souligne, entre autres, le caractère foncièrement absurde d'une Cour qui serait liée par des décisions à portée constitutionnelle, alors même que ni le législateur ni aucune autre institution canadienne n'auraient le pouvoir de les attaquer⁶²⁷.

⁶²⁴ Il est utile, toutefois, de préciser que la Cour d'appel a eu recours, plutôt, à une décision de la Chambre des Lords (*Coyle v. Watson*, [1915 A.C. 1 (C.L.)] qui entraine en contradiction avec celle du Conseil privé (*Victoria Railway Commissioners v. Coultas*, (1888) 13 App. cas. 222 (C.P.)). Selon MacGuigan, la Cour suprême n'est jamais allée aussi loin : M. R. MacGUIGAN, *loc. cit.*, note 581, à la p. 641.

⁶²⁵ H. E. READ, *loc. cit.*, note 516, aux pp. 267-268. Horace Read donne un autre exemple (*McLean v. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62) où la Cour suprême a appliqué, sans discussion de sa valeur, une règle de conflit de lois en matière de Torts qui avait été établie par la Cour d'appel anglaise et qui avait été fortement critiquée par la doctrine.

⁶²⁶ Bora LASKIN, « The Supreme Court of Canada : A Final Court of and for Canadians », [1951] 29 *R. du B. can.* 1038, à la p. 1075, l'ancien juge en chef de la Cour suprême qualifie de la façon suivante le rapport entretenu à l'égard des décisions anglaises après 1949 : « [a] habit of obedience and uncritical deference to English decisions, regardless of the removal of the compulsion to that end. » Il souligne l'absence d'originalité de la Cour dans le développement du droit : « It has for too long been a captive court so that it is difficult, indeed, to ascribe any body of doctrine to it which is distinctively its own, save, perhaps, in the field of criminal law. » (*Id.*)

⁶²⁷ B. LASKIN, *loc. cit.*, note 626, à la p. 1073. La situation canadienne diffère de celle qui prévaut en Angleterre, car la Chambre des Lords peut, en toutes matières, invoquer la possibilité pour le Parlement de réformer l'état du droit. À l'égard des décisions de la Chambre des Lords, il ajoute : « Since the House of Lords, as such, was not part of the Canadian judicial hierarchy, its authority could be binding in Canada only through the link of the Privy Council or the dictate of a competent legislative authority. The link is now gone and the Parliament of Canada, the competent legislative authority, has directed that final appellate authority should reside in the Supreme Court of Canada » (*Id.*, à la p. 1071). Laskin décrit l'apathie des juristes canadiens à

Bora Laskin ne limite pas ses observations aux seuls cas relevant du droit constitutionnel : il brandit la possibilité pour la Cour suprême de modeler le droit privé selon ses propres aspirations⁶²⁸. Certains, comme William Lederman, ont prétendu qu'il était dorénavant inconstitutionnel pour un tribunal de se sentir lié par une décision anglaise rendue après le 22 décembre 1949⁶²⁹; d'autres, poursuivant sans doute les mêmes objectifs, ont vu dans le « Supreme Court Amendment Act of 1949 » l'expression de la volonté parlementaire de transformer les décisions du Conseil privé en décisions non obligatoires⁶³⁰. Même si on a pu contester la véracité « historique » de cette dernière interprétation⁶³¹, ces interventions traduisent une volonté de profiter des réformes récentes pour « libérer » les juges canadiens. Il est intéressant de constater que cet enthousiasme doctrinal ne s'est pas communiqué aux corporations professionnelles, qui ont rapidement fait état de leurs appréhensions relatives à toute remise en question du *stare decisis*, notamment à l'égard de la jurisprudence du Conseil privé⁶³². Les réactions jurisprudentielles suivront.

Graduellement, les juges semblèrent accepter les critiques de la doctrine⁶³³. Si bien qu'on a pu écrire qu'il y avait « [traduction] un sens grandissant d'indépendance des tribunaux canadiens dans leur façon d'aborder les décisions anglaises »⁶³⁴ ce qui suggère le caractère

l'égard de la Cour suprême : « the legal profession cannot escape some of the responsibility for public neglect of the Court. It is a fact that hardly anything has been written about its doctrine, and only recently has there been any professional curiosity manifested about its jurisdiction. » (*Id.*, à la p. 1040).

⁶²⁸ B. LASKIN, *loc. cit.*, note 626, à la p. 1074 : « Not only the pressure of time and events but good sense dictates that in the area of so-called private law the legislature should expect the Supreme Court to discharge a creative rôle of law-making through constant re-examination of previously accepted doctrine. »

⁶²⁹ Selon William Lederman, le retrait d'un appel au Conseil privé enlevait toute portée obligatoire aux décisions du Conseil privé : William R. LEDERMAN, « The Common Law System in Canada », dans Edward McWHINNEY, dir., *Canadian Jurisprudence*, Toronto, Carswell, 1958, p. 34, à la p. 37. Voir aussi, William R. LEDERMAN, « Correspondance : The Authority of English Decision », (1952) 30 *R. du B. can.* 1083, à la p. 1084.

⁶³⁰ Andrew JOANES, « *Stare decisis* in the Supreme Court of Canada », (1958) 36 *R. du B. can.* 175, p. 197

⁶³¹ M. R. MacGUIGAN, *loc. cit.*, note 581, à la p. 638.

⁶³² L'Association du Barreau Canadien a adopté une résolution exigeant que « the rule of *stare decisis* ought to continue to be applied with respect to past decisions of the court, as well as with respect to past decisions of the judicial committee », texte repris dans : M. R. MacGUIGAN, *loc. cit.*, note 581, à la p. 632, n. 29.

⁶³³ Voir, *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526, à la p. 538 de l'opinion du juge Rinfret : « decisions of the House of Lords in criminal causes or matters, are entitled of the greatest weight, it can no longer be said, as was affirmed by Viscount Dunedin [...] that the House of Lords, being 'the supreme tribunal to settle English law,... the Colonial Court, which is bound by English law, is bound to follow it.' »

⁶³⁴ Wolfgang FRIEDMAN, « *Stare decisis* at Common Law and Under the Civil code of Quebec », (1953) 31 *R. du B. can.* 723, à la p. 727 : « [version originale] a growing sense of independence of the Canadian courts, in

récent du phénomène⁶³⁵. Et fragile aussi, car cette marche en avant fut entrecoupée de reculs ponctuels. En 1954, par exemple, la Cour suprême fut sévèrement critiquée pour avoir écrit, sous la plume du juge Rand, que : « the authorities in England have pronounced »⁶³⁶, à titre d'unique raison justifiant les conclusions de la Cour. Pour un certain nombre de juristes universitaires, cette phrase malheureuse incarnait les réflexes qu'ils espéraient voir disparaître du droit canadien⁶³⁷. Toutefois, ce même juge a répondu aux critiques citées plus haut dans l'affaire *Hog Marketing Reference* :

The powers of this Court in the exercise of its jurisdiction are no less in scope than those formerly exercised in relation to Canada by the Judicial Committee. From time to time the Committee has modified the language used by it in the attribution of legislation to the various heads of ss. 91 and 92, and its general interpretive formulation, and that incident of judicial power must, now in the same manner and with the same authority, wherever deemed necessary, be exercised in revising or re-stating those formalities that have come down to us.⁶³⁸

En écrivant que la Cour suprême entendait exercer le rôle d'une juridiction de dernière instance « de la même manière et avec la même autorité » que le Conseil privé, le juge Rand répondait aux souhaits formulés par la doctrine. Étant donné que cette juridiction anglaise pouvait revenir sur ses propres précédents⁶³⁹, la « petite phrase », selon laquelle la Cour

their approach to English decisions ».

⁶³⁵ Wolfgang Friedman cite des cas où la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas suivi une décision de la Cour d'appel d'Angleterre (*R. v. Zielinski*, (1950) 34 Cr. App. R. 193) et une autre où la Cour d'appel du Manitoba a préféré une ancienne décision de la Chambre des Lords à celle qui lui avait succédé (*Anderson v. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (C.A.Man.)). Il reconnaît toutefois que le sentiment d'attachement au droit anglais est encore très fort (W. FRIEDMAN, *loc. cit.*, note 634, à la p. 728), évoquant le cas d'un juge qui s'est prétendu lié par une décision de la Cour d'appel anglaise (*Re Cox*, [1950] 2 D.L.R. 449 (Ont. H. Ct.), à la p. 468). Il existe d'autres affirmations audacieuses des juridictions canadiennes, voir : *Kerr v. Kerr*, [1952] 4 D.L.R. 578, 584 (C.A.Man.) : « We are not, of course, bound by English cases, and with all deference, I am not prepared to follow the observation in the cases referred to. The sound view in my opinion is that of the High Court of Australia. »

⁶³⁶ *Brewer v. McCauley*, [1954] R.C.S. 645, à la p. 647 (j. Rand); voir la note critique de Gilbert D. KENNEDY, « Supreme Court of Canada – *Stare decisis* – Rôle of Canada's Final Court – Unsatisfactory Nature of Reasons for Judgement », (1955) 33 *R. du B. can.* 340; voir aussi la note du même auteur : « *Stare decisis* – Are Decisions of English Court of Appeal Binding on Canadian Trial Judge? », (1948) 46 *R. du B. can.* 581.

⁶³⁷ Sentiment exacerbé par l'absence de discussion sur le caractère approprié de la règle formulée par les cours anglaises, à ce titre, un juge de la Cour d'appel d'Angleterre avait montré son désaccord avec celle-ci : « I cannot feel any enthusiasm for this rule (...) I regard it with some distaste (...) That was described by the Master of the Rolls in the recent case of *In re Horrocks* as a trap into which the unskilled draughtsman not infrequently falls » (*Wintle v. Diplock*, [1941] Ch. 253, aux pp. 266-267).

⁶³⁸ (1957) 7 D.L.R. (2d) 257, à la p. 271.

⁶³⁹ Le *stare decisis* ne joue pas à l'égard du Conseil privé : *Tooth v. Power*, [1891] A.C. 284, à la p. 292. La

suprême se substituerait à celle-ci, prenait une dimension importante. Comme le souligne Andrew Joanes, il était possible d'interpréter cette affirmation comme laissant une marge de liberté aux juges de la Cour suprême, que ce soit en matière constitutionnelle ou en droit privé⁶⁴⁰ et ce, au regard des arrêts du Conseil privé, de la Chambre des Lords ou même de ceux de la Cour suprême. Toutefois, l'étendue de cette faculté de s'écarter des arrêts autrefois « obligatoires » était encore mal définie⁶⁴¹. En ce qui a trait aux arrêts de la Chambre des Lords et ceux du Conseil privé rendus *après* le 22 décembre 1949, le sentiment était que ces arrêts étaient purement facultatifs et ne liaient plus les juges canadiens. Les arrêts du Conseil privé qui ont tranché des questions de droit canadien *avant* que la Cour suprême devienne la cour de dernière instance avaient, quant à eux, un statut incertain⁶⁴². Encore plus incertaine était l'affirmation selon laquelle la Cour suprême, désormais titulaire du rôle du Conseil privé, pouvait, comme son prédécesseur, écarter ses arrêts antérieurs⁶⁴³.

raison de cette exception, qui peut être perçue comme étant quelque peu artificielle, repose sur le fait que le Conseil privé ne donne que des « conseils » et ne rend pas des *décisions*. De plus, le Conseil privé a tenu un langage particulièrement ambigu sur le statut de ces décisions, surtout en matière constitutionnelle, voir : *Attorney-General of Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] 2 D.L.R. 1 (C.P.), à la p.6.

⁶⁴⁰ A. JOANES, *loc. cit.*, note 630, aux pp. 176-177.

⁶⁴¹ L'opinion du juge Iacobucci selon laquelle « Depuis 1949 [...] elle [la Cour] s'est montrée prête à infirmer ses propres arrêts quand les circonstances le permettaient » (*R. v. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 665) semble entrer en contradiction avec l'opinion des juristes qui, à l'époque, avaient une perspective un peu plus pessimiste sur la capacité de la Cour suprême de revenir sur ses propres précédents, voir surtout : A. JOANES, *loc. cit.*, note 630. Au regard des cours d'appel et de première instance, les arrêts du Conseil privé rendus avant 1949 sont considérés comme obligatoires : *Bank of Montreal v. Butler*, (1990) 66 D.L.R. (4th) 664 (B.C.C.A.), à la p. 676, lire par contre la dissidence virulente du juge Wood, à la p. 687.

⁶⁴² G. P. BROWNE, *The Judicial Committee and the British North American Act*, Toronto, University of Toronto Press, 1967, à la p. 18.

⁶⁴³ D'ailleurs, dans l'affaire *Robert v. Marquis* ([1958] R.C.S. 20), la majorité de la Cour suprême a réaffirmé sa fidélité au *stare decisis* de la façon suivante : « [t]he Court is bound by its own previous decision. This has never been doubted. » (nos soulignements) Toutefois, Bora Laskin avait proposé cette option comme faisant partie des trois approches générales qui pouvaient être adoptées depuis que la Cour suprême est devenue la cour finale d'appel en droit canadien (B. LASKIN, *loc. cit.*, note 626, à la p. 1073). La première approche consistait à reprendre l'idée dégagée plus haut à l'effet que la Cour suprême remplace le Conseil privé et pourrait, comme lui, revenir sur ses propres décisions. Il écarte néanmoins cette idée au motif qu'elle ne tient pas compte de la raison institutionnelle propre au Conseil privé qui justifiait qu'il puisse se dégager de ses précédents. La seconde approche consistait à faire une analogie entre la Cour suprême et la Chambre des Lords qui est liée par ses décisions antérieures à moins que le Parlement britannique ne les écarte à l'aide d'une loi. Mais encore, il souligne qu'il s'agit d'un *luxu* que peut se permettre la Chambre des Lords parce que le Parlement peut modifier la Constitution comme il lui plaît (avec quelques nuances, toutefois), alors que la Constitution canadienne, elle, ne peut pas être modifiée. Par conséquent, il défend une troisième approche, celle qui relèverait d'un « comportement d'adulte » et qui consisterait pour la Cour suprême de s'éloigner de la théorie du *stare decisis* afin d'envisager chacune des questions posées selon ses propres mérites.

Curieusement, la Cour a mis quelque temps avant d'exercer ses *nouveaux* pouvoirs et de préciser exactement la mesure de sa liberté⁶⁴⁴. En fait, le processus d'affranchissement de la Cour suprême a été précipité par la déclaration de la Chambre des Lords en 1966, à l'effet qu'elle pouvait revenir sur ses décisions antérieures si les circonstances le justifiaient⁶⁴⁵. À la suite de cette déclaration, la Cour a été remarquablement candide à propos du pouvoir de revenir sur ses propres décisions, elle a procédé à coups d'affirmations *ex cathedra*, faisant *comme si* la chose allait de soi⁶⁴⁶.

La première mention qui a suivi la règle de pratique de 1966 a été celle du juge Cartwright, dissident, et qui, tout en refusant de se prononcer sur la question, souligna néanmoins qu'il n'aurait pas suivi la décision antérieure parce qu'elle était rendue *per incuriam*⁶⁴⁷. Un an plus tard, écrivant un jugement majoritaire cette fois, il formula un principe plus généreux :

I do not doubt the power of this court to depart from a previous judgement of its own but, where the earlier decision has not been made *per incuriam*, and especially in cases in which Parliament or the Legislatures is free to alter the law on the point decided, I think that such a departure should be made only for compelling reasons.⁶⁴⁸

Le critère des « raisons impérieuses », qui a connu plusieurs formulations⁶⁴⁹, aura un certain succès et sera effectivement appliqué pour écarter des décisions antérieures⁶⁵⁰, mais seulement quelques années plus tard. Entre-temps, un nouveau membre de la Cour bouscula un peu le

⁶⁴⁴ « After the abolition of appeals from any Canadian court to the Privy Council almost thirty years elapsed before the Supreme Court of Canada was prepared to announce that it was no longer bound by Privy Council decisions rendered on appeal from Canada » : Gordon BALE, « Casting Off the Mooring Ropes of Binding Precedent », (1980) 58 *R. du B. can.* 256, à la p. 257.

⁶⁴⁵ *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234.

⁶⁴⁶ L'absence de « raisonnements » sur les questions méthodologiques est une des caractéristiques du discours de la Cour suprême. Par contre, depuis le début des années 1990, cette carence a tendance à s'estomper.

⁶⁴⁷ « I do not propose to enter on the question [...] whether this court now that it has become the final Court of Appeal for Canada is, as in the case of the House of Lords, bound by its own previous decisions on the question of law or whether, [...] it is free under certain circumstances to reconsider them. Assuming for the purpose of this appeal that we are governed by the rule of *stare decisis*, it appears to me that the judgement in *Sikyeai* falls within one of the exceptions to that rule in that it was given *per incuriam*. » : *R. c. Georges*, [1966] R.C.S. 267, à la p. 278.

⁶⁴⁸ *Binus v. The Queen*, [1967] R.C.S. 594, à la p. 601; reprise dans : *Peda c. The Queen*, [1969] R.C.S. 905, à la p. 911.

⁶⁴⁹ Pour une variante : *Barnett c. Harrison*, [1976] 2 R.C.S. 531, au pp. 559-560 du jugement de Dickson, majoritaire (critère de la « nécessité »). *Ministre des affaires indiennes c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, à la p. 527, le juge Dickson précise que la chose semble acquise auprès de la Cour : « cette Cour s'est dite prête à renverser un arrêt antérieur, lorsqu'il y a des motifs sérieux de le faire ».

style du tribunal, notamment dans sa façon d'aborder les questions méthodologiques. En effet, le juge Laskin, dès sa nomination à la Cour suprême en tant que juge en chef⁶⁵¹, annonça, par son expérience universitaire et par les idées qu'il avait ardemment défendues, un nouveau *style judiciaire* au sein du tribunal⁶⁵² - qui n'allèrent pas sans tensions internes. Dans une dissidence, il déclara que « Cette Cour, plus que tout autre dans ce pays, ne peut pas appliquer simplement de façon automatique la jurisprudence antérieure, quel que soit le respect qu'elle lui porte »⁶⁵³. Au regard des décisions du Conseil privé, l'affirmation suivante évacuera tout doute sur la position de la Cour :

Bien que cette Cour ne soit pas plus liée par les jugements du Conseil privé que par ses propres jugements, je suis d'avis que la décision rendue dans l'affaire de la *Radiocommunication* est bien fondée [...]⁶⁵⁴

La même année, la Cour suprême écarta un arrêt du Conseil privé⁶⁵⁵ démontrant qu'elle entendait exercer les pouvoirs qu'elle s'était reconnue. Ainsi, sans que la chose ne provoque réellement de remous parmi la communauté juridique, la Cour suprême a mis fin au principe rigide du *stare decisis* qu'elle s'était imposé dans l'arrêt *Stuart*.

En s'appropriant le droit de revenir sur ses propres précédents, la Cour s'accorde un privilège, celui de ne pas être lié par des décisions autrement considérées comme obligatoires⁶⁵⁶. D'aucune façon, la relation hiérarchique établie par le *stare decisis* n'est, quant à elle, abandonnée, voire même atténuée : la « souplesse » annoncée par certains auteurs⁶⁵⁷, en

⁶⁵⁰ Voir : P. HOGG, *op. cit.*, note 510, à la p. 220 et les références citées à la note 103.

⁶⁵¹ I. BUSHNELL, *op. cit.*, note 422, aux pp. 400 et s.

⁶⁵² Entre autres, il voulait promouvoir une conception évolutive de la *common law*, en contact avec les faits sociaux. Une déclaration parmi d'autres : « À mon avis, il faut en l'espèce chercher un cadre juridique adapté à des faits sociaux nouveaux qui révèlent la caducité d'une ancienne doctrine qui a évolué à partir d'une base sociale tout à fait différente » : *Harrisson c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200, à la p. 209.

⁶⁵³ *Id.*, p. 205. Cette affirmation constitue une description de l'opinion générale de la Cour ainsi qu'une critique à peine voilée de l'approche des juges majoritaires.

⁶⁵⁴ *Capital Cities Communication Inc. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141, à la p. 161 de l'opinion du juge Laskin, majoritaire. En 1979, on pouvait lire, sous la plume du juge Laskin, « cette Cour s'est déclarée libre non seulement d'écarter ses propres décisions mais également les décisions canadiennes du Conseil privé » : *A.V.G. Management Science Ltd. v. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 43, à la p. 57.

⁶⁵⁵ En 1978, la Cour avait déjà écarté un arrêt du Conseil privé : *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 R.C.S. 1198, aux pp. 1257 et 1290; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. Voir, sur le sujet, Gordon BALE, « Casting Off the Mooring Ropes of Binding Precedent », (1980) 58 *R. du B. can.* 256.

⁶⁵⁶ Les cours d'appel ont suivi l'exemple donné par la Cour suprême et la plupart reconnaissent qu'elles peuvent, dans certaines circonstances, écarter leurs propres précédents, voir *infra*, note 689.

⁶⁵⁷ Certains juristes ont interprété cette évolution jurisprudentielle comme entérinant le passage d'une

matière de *stare decisis*, a donc bien profité à la Cour suprême. Ce qui implique qu'en droit canadien, le droit jurisprudentiel dispose d'un maître d'oeuvre situé au sommet de la hiérarchie judiciaire. À remarquer, également, le silence du législateur dans la définition des pouvoirs de la Cour suprême. Formellement, son intervention s'est limitée à faire de la Cour suprême la juridiction ultime pour le droit national. Nul texte n'est venu préciser, confirmer ou infirmer la portée juridique de ses décisions⁶⁵⁸. En fait, c'est le discours de la Cour qui a dirigé, en grande partie, l'évolution de l'utilisation des arrêts en droit canadien, et c'est à l'intérieur de ses arrêts que l'on peut déceler la présence d'une conception institutionnelle de la *common law*.

B. Expression de la conception institutionnelle de la common law

Dans les pays de *common law*, on peut estimer que l'admission du principe du *stare decisis* a modifié la façon de concevoir le rôle de la jurisprudence. En faisant de la *common law* l'expression d'un acte de volonté, celui des juges, la *common law* épousera, dans l'esprit des juristes, une forme similaire à celle des lois. C'est alors qu'on peut lire que « [grâce au *case-law*] la décision acquiert [...] une autorité de portée générale, semblable à celle de la loi : elle est applicable à tous [...] le juge, en quelque sorte, fait la loi »⁶⁵⁹. La représentation du discours des juges s'en trouve manifestement modifiée. Avant, on pouvait le considérer comme une preuve du droit ou comme un discours ayant une valeur doctrinale, hautement persuasif peut-être, mais non obligatoire. Après, la jurisprudence se confond avec la *common law*, et cette dernière est faite de règles semblables à celles que formulent les lois. Tel que le résume Brian

conception « stricte » à une conception « souple » des règles du *stare decisis* : selon Alison Harvison Young, dans « *Stare decisis* - Quebec Court of Appeal - Authority V. Persuasiveness » (1993) 72 *R. du B. can.* 91, à la p. 101, « [t]his change may be said to mark a shift [...] in the role that previous decisions play : decided cases are the most likely and important source of persuasive authority, but are to be accorded something less than blind obedience ». Néanmoins, cet auteur reconnaît que « [of] course, lower courts are bound by upper courts » (*Id.*, p. 101, n. 49).

⁶⁵⁸ Seul l'article 52 de la *Loi sur la Cour suprême* (précitée, note 428) souligne la juridiction nationale de la Cour suprême. Il s'agit d'une caractéristique du droit canadien qui le rend difficile à catégoriser selon le modèle positiviste tel qu'élaboré par Kelsen. Les sources du droit jurisprudentiel et le mode d'élaboration des règles de *common law* n'ont pas été déterminés par une norme positive.

⁶⁵⁹ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Yvons Blais, 1990, aux pp. 24-25.

Simpson, l'approche actuelle « [traduction] assimile tout le droit aux lois »⁶⁶⁰. Les préoccupations relatives au caractère coutumier ou métaphysique de la théorie déclaratoire sont donc évacuées : dorénavant, une règle de *common law* est une règle de droit « [traduction] parce qu'elle a été élaborée par un juge, non pas parce qu'elle émane d'un usage, ou de l'opinion du juge à l'égard de la justice ou de l'intérêt public »⁶⁶¹.

En droit canadien, après l'abandon ostensible de la théorie de Blackstone par la Cour suprême, le discours des juges sur la *common law* s'en trouvera transformé. Elle ne sera plus cette entité faite de principes immuables et de coutumes immémoriales, elle deviendra une source autonome de droit dont la destinée dépend des juridictions qui ont un pouvoir de vie ou de mort sur les *common law rules*. C'est, du moins, ce qu'a pu prétendre la Cour, de façon non équivoque :

[la common law] est le produit des travaux judiciaires fondés sur des questions justiciables des tribunaux et dont la formulation est juridique; les tribunaux qui en sont les auteurs peuvent les modifier et même les renverser dans l'exercice de leur rôle dans l'État conformément aux lois ou aux directives constitutionnelles.⁶⁶²

Ainsi, les juges, et surtout ceux de la Cour suprême, se posent comme de véritables *jurislators*. Par la différence évidente dans leur mise en oeuvre, on aurait pu croire que l'analogie entre la loi et la *common law* demeurerait une vue de l'esprit dont la portée explicative serait forcément limitée⁶⁶³. Mais en s'attardant au discours de la Cour suprême, l'on peut constater que l'écart entre ces deux sources traditionnelles de droit tend à s'estomper. D'une part, à la manière d'un pouvoir fixant son propre champ de compétence, la Cour s'est posée elle-même comme une agente de la réforme de la *common law*⁶⁶⁴ (1.), déterminant les limites du pouvoir des tribunaux de modifier la *common law*. D'autre part, dans la présentation

⁶⁶⁰ « [Version originale] assimilates all law to statute law » (B. SIMPSON, *loc. cit.*, note 406, à la p. 12).

⁶⁶¹ « [Version originale] because it was made by the judges, not because it originated in common usage, or the judges' idea of justice and public convenience » (R. CROSS et J.W. HARRIS, *op. cit.*, note 464, à la p. 28).

⁶⁶² Renvoi : *résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la p. 775; voir aussi les pp. 876, 877 et 880.

⁶⁶³ « It has been said to be 'merely misleading' to speak of judicial legislation, and it must be admitted that to do so is to use highly metaphorical language. » : R. CROSS et J.W. HARRIS, *op. cit.*, note 464, à la p. 34.

⁶⁶⁴ Il est important de mentionner qu'elle a quand même été aidée par la doctrine. Voir entre autres, l'affirmation surprenante de William Lederman : « The only source of binding precedents for all the Common Law Canadian provinces is now the Supreme Court of Canada. In these circumstances, as Dean Read implies, Canadian judges ought to take a fresh look at the nature of the Common Law judicial process, and emphasize the creative and flexible elements that have always been there. » : W. R. LEDERMAN, *loc. cit.*, note 629, à la

formelle des décisions judiciaires et dans le traitement qui est réservé aux règles de *common law*, on peut déceler une propension à assimiler les règles de droit à celles tirées de la *common law* et de la loi (2.).

1. La réforme de la *common law*

Dans le discours judiciaire, le mythe de la théorie déclaratoire s'est effondré pour être remplacé par une conception *réaliste* de la *common law*, celle qui reconnaît l'origine judiciaire des règles de *common law*. En caricaturant, involontairement sans doute, la théorie de Blackstone, le juge Iacobucci de la Cour suprême a souligné que la théorie déclaratoire était liée à une époque, aujourd'hui révolue, pendant laquelle « il était convenu que le rôle des juges consistait à découvrir la *common law*, et non à la modifier »⁶⁶⁵. La théorie déclaratoire, qualifiée de « statique », est donc d'un autre temps, car une « conception plus dynamique [...] a graduellement supplanté le modèle statique proposé par Blackstone »⁶⁶⁶. Mais la théorie de Blackstone n'est pas la seule qui a dû être rejetée pour que naisse le modèle dynamique : la Cour suprême a dû aussi se débarrasser de certains aspects du *stare decisis* qui gênaient ses velléités législatrices. Ce qu'elle fit, et avec l'appui de la doctrine. Ainsi, le modèle dynamique est né lorsque les juges de la Cour suprême ont admis créer de nouvelles règles, et lorsque les entraves à sa liberté, par elle-même fixées, ont été remplacées par des principes plus souples. Pour saisir l'importance de ces changements, il convient de rappeler le rôle et la fonction du *stare decisis*.

L'une des raisons d'être du *stare decisis*, illustrée par l'interdiction de revenir sur les décisions antérieures, est de contenir le pouvoir judiciaire de manière à ce qu'il ne puisse agir *comme un législateur*⁶⁶⁷ : la reconnaissance du caractère obligatoire des décisions judiciaires était à ce prix. Ce système vise donc à instaurer un équilibre entre le besoin de stabilité en droit et la possibilité de répondre à des situations nouvelles. Cette conception du rôle du juge,

p. 37 (nos soulignements).

⁶⁶⁵ R. c. *Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 665.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ Voir la citation du juge Campbell de la Chambre des Lords, à la note 547.

soumis à ses paroles passées, mais capable d'en adapter le sens aux nouvelles réalités, constitue une limite du pouvoir de « légiférer » des tribunaux. Ce sentiment se trouve résumé dans la formule suivante :

There is ample scope for judicial creativity in adapting old principles to new situations, but to give too flexible an application of *stare decisis* would be to substitute the individual will and judgement of Judges for the well understood, certain and defined law which is a bulwark of liberty for citizens who have the right to know what the law is.⁶⁶⁸

Cette conception a été ébranlée par la Cour suprême lorsque, depuis les arrêts *Watkins c. Olafson*⁶⁶⁹ et surtout *R. v. Salituro*⁶⁷⁰, celle-ci a développé une série de principes auxquels doivent obéir les tribunaux quand ils appliquent le droit jurisprudentiel. C'est que la volonté d'adopter un « modèle dynamique » n'a pas été sans conséquences : en prenant acte de leur pouvoir de modifier la *common law*, les juges ont pu aussi mesurer l'étendue de la responsabilité qui leur incombait. En effet, la reconnaissance du rôle quasi législatif des tribunaux a été l'occasion – et peut-être la cause –, pour la juridiction suprême, de définir une politique encadrant le recours à cette source de droit, surtout lorsqu'un juge constate qu'une

⁶⁶⁸ *Holub v. Holub*, (1976) 71 D.L.R. (3d) 698 (C.A. Man.), j. O'Sullivan, dissident, à la p. 704; pour des affirmations similaires : *Subsurface Surveys Ltd. v. John Burrows Ltd.*, (1967) 62 D.L.R. (2d) 700 (N.B.Sup.Crt. App.Div.), à la p. 723 : « It is the duty of the Court to see that the law expands with the growth and development of the country and changing conditions should lead to coextensive changes in the application of the law ». Par contre, d'autres juges ont fait montre d'un certain conservatisme : *Harten v. Boutillier*, (1965) 52 D.L.R. (2d) 629 (N.Sc.Sup. Crt), à la p. 638 : « It may be that the winds of change are stirring in the area of the cost allocation of fault liability. However, we must accept the law as we find it. » Voir aussi : H. READ, *loc. cit.*, note 516, à la p. 285 :

Canadian law reports afford ample proof that judges now on the bench possess a high degree of law-making capability. In the rare cases of first impression, Canadian courts have of necessity avowedly made new rules of law [...] In such cases the judges have usually created their new rules in harmony with what they have believed to be "the contemporary common sense and needs of the nation". In the last decade they have also shown in those cases a quickening tendency to seek illumination in the United States decisions and writings [...]

Le processus généralement invoqué pour adapter les règles de *common law* était celui du procédé de l'analogie qui sera étudié plus loin.

⁶⁶⁹ *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750. Dans cet arrêt, la Cour avait repris le critère exigeant qu'il faille des « circonstances impérieuses » pour qu'elle puisse revenir sur ses propres décisions. Dans les décisions qui ont suivi l'arrêt *Salituro* et impliquaient un renversement d'une décision antérieure de la Cour suprême, les juges n'ont plus invoqué ce critère. Il est permis de croire qu'il s'est confondu dans celui de l'inadéquation de la règle de *common law* avec les valeurs sociales. Il est possible aussi que ce critère soit graduellement abandonné. Dans *Tolofson c. Jensen* ([1994] 3 R.C.S. 1022), le juge La Forest, au nom de la Cour, infirme une décision ancienne sans faire référence au critère des « circonstances impérieuses » et ce, à l'égard d'une question technique de droit international privé.

⁶⁷⁰ *R. c. Salituro*, précité, note 665.

règle n'est plus adaptée à la réalité sociale⁶⁷¹. Ainsi, les juges de la Cour suprême ont cru utile de baliser la méthode avec laquelle les juridictions doivent modifier la *common law* dans ces cas. Cette particularité du droit canadien reflète le rôle normatif qu'entendent jouer les tribunaux, et surtout la Cour suprême.

Dans l'affaire *R. v. Salituro*⁶⁷², la Cour suprême, sous la plume du juge Iacobucci, a précisé les critères de modification des règles de *common law* lorsque le fondement de celles-ci se trouve en décalage par rapport aux valeurs dominantes dans la société. Dans ces cas, écrit le juge, le pouvoir « des tribunaux de modifier la *common law* »⁶⁷³ doit s'exercer en vue « d'adapter et de développer des règles de *common law* de manière à refléter les changements survenus dans la société en général »⁶⁷⁴. Devant appliquer une règle qui traduit, par exemple, des préjugés désuets⁶⁷⁵, le juge doit évaluer l'opportunité de la modifier en suivant un test à deux étapes. Il doit d'abord vérifier si les changements envisagés sont fondés sur une quelconque nécessité sociale⁶⁷⁶. Sont incluses dans cette catégorie, les règles qui portent atteinte aux valeurs⁶⁷⁷ ou aux droits⁶⁷⁸ défendus par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁷⁹, ou celles qui entravent la marche vers la justice ou qui sont contraires à l'équité⁶⁸⁰.

⁶⁷¹ Cette formule est volontairement très vague.

⁶⁷² *R. c. Salituro*, précité, note 665.

⁶⁷³ *Id.*, à la p. 666.

⁶⁷⁴ *Ibid.* La formule n'est pas nouvelle. Elle avait déjà été énoncée à la Chambre des Lords : « it is an important function of this House to develop and adapt the common law to meet the changing needs of time [but] [i]n the present case [...] the proposed development constitutes such a radical and far-reaching departure from accepted principle that it seems to me to smack of naked legislation [...] » : *Morgan v. Launchbury*, [1973] A.C. 127, Lord Simon; *Myers v. D. P. P.*, [1965] A.C. 1001, l'opinion de Lord Reid.

⁶⁷⁵ *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Dans ce cas, il s'agissait d'une règle de preuve qui permettait d'attaquer la crédibilité de la victime de viol en invoquant son comportement sexuel passé. Le juge McLachlin a souligné que cette règle de preuve était fondée sur un « mythe » qui n'avait pas sa place dans un système « rationnel et juste » (*Id.*, à la p. 630).

⁶⁷⁶ *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint-John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, à la p. 1262, par. 93 : « Les tribunaux peuvent changer le droit en étendant les principes existants à de nouveaux domaines du droit lorsque le changement est clairement nécessaire pour que le droit suive " l'évolution et le dynamisme de la société " et lorsqu'il n'est pas impossible d'évaluer les conséquences du changement. »

⁶⁷⁷ *R. v. Salituro*, précité, note 670, à la p. 675. Si la règle de *common law* porte atteinte aux valeurs de la *Charte*, « les valeurs de la *Charte* devraient être pondérées en regard des principes qui inspirent la *common law* » avant de justifier toute modification de la *common law* : *Hill c. Église de scientologie*, [1995] 2 R.C.S. 1130, à la p. 1171, J. Cory (maj.).

⁶⁷⁸ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

⁶⁷⁹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [ci-après : la *Charte canadienne* ou la *Charte*].

⁶⁸⁰ *Porto Seguro c. Belcan S. A.*, précité, note 676, à la p. 1292, par. 26, la Cour formule le critère

Si tel est le cas, le juge doit, ensuite, envisager si « la modification n'entraînera pas de conséquences complexes et imprévisibles »⁶⁸¹. Car le pouvoir de modifier la *common law* n'est pas illimité. En cette matière, « il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines. »⁶⁸² Ainsi, dans le cas où la modification proposée entraînerait des conséquences « incertaines », le juge devrait s'abstenir d'y procéder afin de laisser au législateur le soin de changer la règle de *common law*.

Malgré l'importance de la question, la Cour ne précise pas si ces directives s'adressent à l'ensemble des tribunaux ou seulement à sa propre juridiction. La position de la Cour sur ce point est, pour le moins, ambiguë. Car, bien qu'elle formule le principe voulant que « les tribunaux peuvent et doivent modifier peu à peu la *common law* de façon à l'adapter aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays »⁶⁸³, elle ne dit pas si ce devoir permet de relever un tribunal de son obligation de suivre une règle de *common law* qui aurait été élaborée par un tribunal hiérarchiquement supérieur⁶⁸⁴. Question particulièrement épineuse dans l'hypothèse où la règle de *common law*, fondée par une décision de la Cour suprême ou d'une cour d'appel, contrevient à une disposition de la *Charte* : le juge

suivant : « Les tribunaux peuvent modifier les règles de *common law* lorsque cela est nécessaire pour rendre justice et respecter l'équité en harmonisant le droit avec les changements sociaux, moraux et économiques qui se produisent dans la société et lorsque la modification n'entraînera pas de conséquences complexes et imprévisibles. » Les critères évoluent selon les contextes : *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, au par. 79 : « [dans un contexte de droit maritime] le tribunal doit s'assurer de tenir compte non seulement du tissu social, moral et économique de la société canadienne, mais aussi du tissu de la collectivité internationale plus large que constituent les États maritimes et notamment de l'opportunité d'uniformiser les règles appliquées par les différentes autorités législatives aux affaires relevant du droit maritime » (nos soulignements).

⁶⁸¹ *Porto Seguro c. Belcan S. A.*, précité, note 676, à la p. 1292, par. 26.

⁶⁸² *R. v. Salituro*, précité, note 665, à la p. 670. Voir, sur cette question : *Watkins c. Olafson*, précité, note 669, aux pp. 760-761; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Hill c. Église de scientologie*, [1995] 2 R.C.S. 1130, à la p. 1166; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, à la p. 940, par. 18; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint-John Shipbuilding Ltd.*, précité, note 676; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371.

⁶⁸³ *R. v. Salituro*, précité, note 670, à la p. 670, plus loin, à la même page, il ajoute : « Ils ne doivent pas perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. » (nos soulignements).

⁶⁸⁴ On peut regretter cette absence d'indication à cet égard. En fait, lorsque la Cour suprême réfléchit à la *common law*, elle semble oublier que celle-ci est parfois composée de règles qui ont été établies à l'intérieur de ses décisions. Les cours inférieures doivent donc tenter de concilier le principe formulé dans l'arrêt *Salituro*, selon lequel les tribunaux « doivent » adapter la *common law* aux changements sociaux, et le principe, jamais démenti, qui veut que les cours inférieures doivent aussi respecter les décisions de la Cour suprême ou des cours d'appels de même juridiction, quel que soit l'« âge » ou la sagesse de ces décisions.

doit-il privilégier les règles du *stare decisis* ou le principe de la suprématie de la *Constitution*⁶⁸⁵ ?

Outre les problèmes d'application que risquent d'entraîner ces principes⁶⁸⁶, ceux-ci trahissent une certaine fonction des juges. En prétendant adapter et modifier la *common law* aux faits sociaux⁶⁸⁷, les juges, surtout ceux de la Cour suprême, se posent en législateurs

⁶⁸⁵ Un exemple : *Leroux v. Co-operators General Insurance Co.*, (1990) 65 D.L.R. (4th) 702. Dans son jugement, le juge Arbour, maintenant juge à la Cour suprême, a préféré revenir sur une interprétation jurisprudentielle d'une loi, fondée sur un arrêt de la Cour suprême, au motif que cette interprétation portait atteinte au principe d'égalité posé par l'article 15 de la *Charte*. La décision a été infirmée en appel, car selon cette Cour, le juge Arbour donnait un effet rétroactif aux dispositions de la *Charte*, les faits étant survenus avant son entrée en vigueur, voir : (1991) 83 D.L.R. (4th) 694 (C.A.O.); sur la question de la légitimité du procédé du juge Arbour au regard de l'arrêt de la Cour suprême, à la p. 701 : « If the section were in force at the relevant time [...] and its proper application would have resulted in a different decision, then the failure of the court to apply it would have meant that its decision was rendered *per incuriam*. This however, with respect, is something that only this court, and not a court of first instance, could take into account to enable it to refuse to follow it [...] ». Voir aussi : *Lee v. Board of Examiners in Optometry*, (1998) 157 D.L.R. (4th) 725 (B.C. Sup. Ct.), à la p. 737, par. 25; dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, la Cour suprême devait évaluer la validité constitutionnelle d'une loi qui traitait différemment les conjoints de même sexe que les autres. Dans un affaire antérieure, l'arrêt *Egan*, la Cour avait déjà jugé de la validité d'une loi similaire. Or, dans l'arrêt *M. c. H.*, la Cour a écarté la pertinence de la décision antérieure sans se prononcer sur le rôle du *stare decisis* en matière constitutionnelle. Aux États-Unis, Le professeur Lawson a défendu l'idée que le *stare decisis* était incompatible avec la primauté de la Constitution, voir : Gary LAWSON, « The Constitutional Case Against Precedent », (1994) 1 *Harv. J. of Law & Pub. Pol.* 23, à la p. 27 : « Suppose now that a court is faced with a conflict between the Constitution on the one hand and a prior judicial decision on the other. Is there any doubt that, under the reasoning of *Marbury* [5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)], the court must choose the Constitution over prior decision ? » L'auteur souligne que, malgré l'aspect logique de son raisonnement, aucun auteur n'a vraiment tenté de le pousser à un tel résultat. Mais cette façon de concevoir les choses implique que la Constitution a un sens objectif auquel on pourrait opposer le sens livré par l'arrêt antérieur (*Id.*, p. 31) et il reconnaît que « [t]he doctrine of precedent is too deeply ingrained in the legal system to permit serious inquiry into its own legitimacy » (*Id.*, p. 33).

⁶⁸⁶ Le juge de *common law* se trouve confronté à un choix difficile lorsqu'il doit appliquer une règle dont les fondements contredisent les valeurs communément admises dans la société. Il doit, en premier lieu, avoir recours à un critère vague pour justifier son intervention (que sont et comment identifier ces « changements sociaux, moraux et économiques qui se produisent dans la société » ?) pour, ensuite, tenter d'évaluer l'effet de la modification envisagée, soulevant ainsi les problèmes de la prévisibilité et l'effectivité des normes juridiques.

⁶⁸⁷ Il y aurait là une critique fondamentale à livrer sur le caractère rhétorique d'une telle politique, voir, à ce sujet : Christian ATIAS et Didier LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977.chr.251. Et sur la perception qu'elle risque de modifier sur l'apparence d'impartialité des juges; à ce sujet, voir : Lord DEVLIN, « Judges and Lawmakers », (1976) 39 *M.L.R.* 1, à la p. 5 :

Let me repeat the distinction [...] between activist and dynamic lawmaking. In activist lawmaking the idea is taken from the consensus and demands at most sympathy from the lawmaker. In dynamic lawmaking the idea is created outside the consensus and, before it is formulated, it has to be propagated. This needs more than sympathy; it needs enthusiasm. Enthusiasm is not and cannot be a judicial virtue. It means taking sides and, if a judge takes side on such issues as homosexuality and capital punishment, he loses the appearance of impartiality and quite possibly impartiality itself [...];

et à la p. 16 :

capables de créer et de modifier l'état du droit selon leur propre volonté⁶⁸⁸. En d'autres termes, ils ont fixé l'étendue de leur propre compétence. Toutefois, cette dernière proposition doit recevoir certains tempéraments. D'une part, il est vrai que les juridictions d'appel provinciales ont maintenu une conception souple du caractère *obligatoire* de leurs propres décisions⁶⁸⁹. Le

Why is it, I ask in conclusion, that the denunciators of judicial inactivity so rarely pause to throw even a passing curve at the legislators who ought really to be doing the job. [...] Progressives of course are in a hurry to get things done and judges with their plenitude of powers could apparently get them done so quickly; there seems to be no limit to what they could do if only they would unshackle themselves from their precedents. It is a great temptation to cast the judiciary as an elite which will bypass the traffic-laden ways of the democratic process. But it would only apparently be a bypass. In truth it would be a road that would never rejoin the highway but would lead inevitably, however long and winding path, to the totalitarian state.

⁶⁸⁸ *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N.*, [1999] 1 R.C.S. 10, au par. 150 :

En l'absence de réforme législative, les tribunaux canadiens doivent composer avec la difficulté de veiller à l'« évolution » du droit relatif aux organismes de bienfaisance d'une manière qui soit compatible avec la nature de la *common law* [et] [...] “[citant Salituro] le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la *common law* suive l'évolution et le dynamisme de la société.” Les tribunaux sont donc assujettis à certaines limites en matière de réforme du droit.

Pour une analyse critique de l'importance qu'a pu avoir la Cour suprême des États-Unis dans l'évolution de la société américaine, voir : Gerald N. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago, U. of C. U. Press, 1991, à la p. 169.

⁶⁸⁹ À la différence de la Chambre des Lords, la Cour suprême du Canada ne s'est pas immiscée dans les affaires internes de chaque juridiction d'appel. Ainsi, les Cours d'appel canadiennes ont élargi quelque peu les règles du *stare decisis* qui s'appliquaient à l'égard de leurs propres décisions. La plupart envisagent l'obligation de suivre un précédent de leur juridiction comme étant une règle de pratique ou de politesse, le qualificatif « binding » étant utilisé de façon aléatoire. Voir les arrêts suivants : pour la **Cour d'appel de l'Alberta** : *Nova v. Guelph engineering Co.*, (1984) 5 D.L.R. (4th) 755, à la p. 763, la Cour a refusé de revenir sur une décision antérieure au motif qu'elle n'était pas rendue *per incuriam*; *Mire et al. v. Northwestern Mutual Ins. Co.*, (1971) 23 D.L.R. (3d) 722, à la p. 763 (la Cour a infirmé une question liée à la pratique judiciaire); pour la **Cour d'appel fédérale** : *Armstrong Cork Can. Ltd. v. Domco*, (1980) 118 D.L.R. (3d) 48, j. Urie, à la p. 54 : « whether or not the principle of *stare decisis* applies to this Court, sound judicial administration requires that recent earlier decisions of this Court should be followed »; pour la **Cour d'appel du Manitoba** : le principe a été formulé dans l'arrêt *General Brake and Clutch Services Ltd. v. W.A. Scott and Sons Ltd.*, (1975) 59 D.L.R. (3d) 741, aux pp. 742-743 : « we can depart, but only in rare circumstances [...] if the earlier decision was incorrect we should be guided by the principle that it is no part of the function of any Court to make error perpetual »; un exemple récent : *Sparks Estate v. Wenham*, (1994) 116 D.L.R. (4th) 308; pour la **Cour d'appel de l'Ontario** : *Murphy v. Welsh*, (1991) 81 D.L.R. (4th) 475, à la p. 480 (décision unanime) : « While this court adheres to the rule of *stare decisis*, it no longer considers itself rigidly bound by all its previous decisions. Its practice is to convene five-member panels where it appears it may be necessary to depart from its previous decisions which are found to be wrongly decided or in serious conflict with other judgements. »; *R. v. Jobidon*, (1988) 45 C.C.C. (3d) 176; *Fenn v. City of Peterborough*, (1979) 104 D.L.R. (3d) 174; **Cour d'appel de la Colombie-Britannique** : *Reekie v. Messervey*, (1989) 59 D.L.R. (4th) 481, à la p. 509, j. Lambert, majoritaire (décision antérieure « binding »); *Bell v. Cessna Aircraft Co.*, (1997) 149 D.L.R. (4th) 509, à la p. 512 : j. Craig, majoritaire : on peut écarter une décision antérieure, en présence de circonstances exceptionnelles, mais la pratique de la Cour consiste, en principe, à exiger qu'une formation de cinq juges soit constitué pour procéder à un tel revirement. Selon George F. Curtis, les cours d'appel, à l'exception de la Cour d'appel d'Ontario, ont toujours maintenu une conception souple du *stare decisis*, voir : G. F. CURTIS, *loc. cit.*, note 521, à la p. 7. La

vocabulaire utilisé est hésitant : lorsqu'ils décrivent le poids qu'il convient d'attribuer à leurs propres précédents, il oscille entre les qualificatifs « obligatoires » (*binding*), qui est de moins en moins utilisé, et « facultatifs » (*should follow*). D'autre part, cette relative liberté est à peu près inexistante en ce qui a trait au caractère obligatoire des décisions de la Cour suprême⁶⁹⁰ à l'égard des juridictions inférieures. Pour des raisons qui seront étudiées plus loin, les juridictions d'appel ont fait montre de leur volonté de respecter les opinions des juges de la Cour suprême au point d'en étendre la portée obligatoire à certains de leurs *obiter dicta*⁶⁹¹.

Malgré ces nuances, l'abandon du caractère obligatoire du *stare decisis* a été déterminant dans cette évolution, car il a fait des juges de la Cour suprême, et dans une moindre mesure, les juges des différentes cours d'appel, des juges « libres »⁶⁹² d'imposer leurs conceptions du droit aux juges qui leur sont subordonnés et, par ricochet, à l'ensemble de la société. L'objet de leur discours s'en trouvera probablement transformé : la confusion des règles de *common law* avec les règles tirées de la loi modifiera peut-être même la forme de la *common law*.

2. La forme de la *common law*

réalité serait un peu plus nuancée, et pour une étude approfondie de la question, voir : D. MURPHY et R. RUETER, *op. cit.*, note 567, aux pp. 24 et s.

⁶⁹⁰ Dans l'affaire *R. v. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, à la p. 724 des motifs du juge L'Heureux-Dubé, au par. 79, on peut lire : « [d]ans notre système de droit, les tribunaux d'instance inférieure sont tenus de suivre les arrêts de [la] Cour [suprême], et s'ils ne le font pas, ils peuvent être dans l'erreur ». De plus, on a pu lire qu'« [a]u Canada, [...] notre Cour joue un rôle de surveillance en matière d'interprétation de l'ensemble des lois fédérales et provinciales, et est donc ainsi en mesure de garantir l'harmonie que seule la courtoisie permet d'atteindre au niveau international. » : *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, à la p. 1048, j. La Forest au nom de la Cour. Le droit canadien n'a pas connu réellement de contestations ouvertes de l'autorité de la Cour suprême, du moins, pas comme a pu le faire Lord Denning dans *Broome v. Cassell & Co*, [1971] 2 Q.B. 354, et la réponse de Lord Hailsham ([1972] A.C. 1027, à la p. 1054) : « it is not open to the Court of Appeal to gratuitous advice the judges of first instance to ignore decisions of the House of Lords in this way [...] the fact is, and I hope it will never be necessary to say so again, that, in the hierarchical system of courts which exists in this country, it is necessary for each lower tier, including the Court of Appeal, to accept loyally the decisions of the higher tiers. »

⁶⁹¹ Cet aspect sera envisagé plus loin, voir *infra*, aux pp. 289 et s.

⁶⁹² Ce n'est pas que l'effet des décisions de la Cour suprême ait véritablement changé, les décisions de la Cour suprême, ou celles du Conseil privé avant elle, avaient déjà cette « portée » hautement politique, mais ce qui est novateur en droit canadien, et qui le caractérise en quelque sorte, réside dans la définition explicite que la Cour s'est attribuée de sa fonction.

Jusqu'à très récemment, il était commun d'affirmer le caractère spécifique de la *common law* comme source de droit. Tel que l'a résumé le professeur André Morel :

[L]a *Common law* est un droit non écrit, un droit d'origine entièrement judiciaire et qui est en état de création continue par l'action des tribunaux qui disent le droit en même temps qu'ils l'interprètent et qu'ils l'appliquent. Les règles de la *Common law* ne sont donc jamais exprimées en des formulations arrêtées à la manière d'un texte législatif. Disséminées dans des milliers de décisions judiciaires, on ne peut concevoir de les codifier, car ce serait en changer non seulement la forme, mais la nature même.⁶⁹³

Ainsi, lorsqu'un juge tente de définir l'état de la *common law* sur une question donnée, il est significatif qu'il recourt à une foule de sources jurisprudentielles, doctrinales ou autres qui ne correspondent pas nécessairement à la recherche de la *ratio decidendi* d'un arrêt antérieur obligatoire⁶⁹⁴. Certains, comme le professeur Birks, ont tiré de ce constat des conclusions quant à la nature de la *common law* :

[...] the self-image of the common law as judge made is incomplete. It is judge-and-jurist-made. The common law is to be found in its library, and the law library is nowadays not written only by its judge but also by its jurist. The juristic function is to analyse, criticise, sift, and synthesise, and thus play back to the judges the meaning and direction of their own daily work, now conducted under ever increasing pressure. Everyone who writes even so much as a case-note in a journal joins in the law-making function.⁶⁹⁵

Même si tous les juristes de *common law* ne partageraient peut-être pas entièrement cette opinion, ceux-ci ont souvent mis l'accent sur la difficulté qu'il y avait de la résumer en termes de règles écrites⁶⁹⁶. Ce tableau de cette source de droit, quoique fondé sur une tradition doctrinale et jurisprudentielle reconnue, est-il toujours représentatif du droit canadien ? Le discours de la Cour suprême, lorsqu'il traite des règles de *common law* ou qu'il tente de décrire la *common law* elle-même, donne des indications manifestement ambivalentes du sens qu'elle entend accorder à cette source du droit. Deux conceptions contradictoires semblent dominer

⁶⁹³ André MOREL, « La langue d'acculturation juridique au Québec depuis 1970 », (1990) 24 *R.J.T.* 99, à la p. 100.

⁶⁹⁴ Voir : R. CROSS et J.W. HARRIS, *op. cit.*, note 464, à la p. 33.

⁶⁹⁵ Peter BIRKS, « The Academic and the Practitioner », (1998) 18-4 *L.S.* 397, à la p. 399.

⁶⁹⁶ Cette opinion est généralement admise. Lord Reid en a fait un principe d'interprétation : « I would say that in dealing with precedents the most dangerous pitfall is to treat the words of eminent judges as if they were provisions in an Act of Parliament. » : Lord REID, *loc. cit.*, note 437, à la p. 24. Pollock a été un ardent défenseur de cette façon de concevoir la *common law*. Voir l'analyse du professeur Simpson : « the general position in the common law is that it lacks an authoritative authentic text; as Pollock put it, the common law 'professes ... to develop and apply principles that have never been committed to any authentic form of words' » : B. SIMPSON, *loc. cit.*, note 406, à la p. 16 (il cite : POLLOCK, *A first book of Jurisprudence*, 3rd ed., 1911, p. 249) (nos soulignements).

son discours : l'une consiste à traiter et à formuler les règles de *common law* de manière similaire aux règles légales; l'autre consiste à faire référence à la *common law* au lieu et à la place de la notion « société », renvoyant ainsi une image plus coutumière de son contenu.

C'est un aspect récent du droit canadien, qui complète cette analyse de la perception du rôle des juges, que celui qui consiste à accorder aux règles de *common law* un traitement similaire à celui des lois, notamment dans le cadre de l'examen de leur constitutionnalité⁶⁹⁷. En effet, dans les cas où une telle règle porte atteinte aux droits et aux libertés protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁹⁸, elle doit soit être modifiée afin de préserver ces droits, soit être annulée⁶⁹⁹. À quelques nuances près, les règles de *common law* subissent le même traitement que les règles législatives. Non sans soulever certains problèmes théoriques

⁶⁹⁷ En matière de droit privé, il est possible que la Cour évite de procéder de cette façon, voir l'opinion du juge McLachlin, maintenant juge en chef, dans *C.N. c. Norsk Pacific Steamships*, [1992] 1 R.C.S. 1021, à la p. 1148 b :

la *common law* réside le plus essentiellement non pas dans un ensemble de principes rationnels mais dans les décisions des tribunaux. La doctrine a pour tâche d'identifier les facteurs qui unissent les différentes applications en vue de formuler les principes qui en émergent, tout en reconnaissant que les formulations logiques absolues ne sont peut-être pas possibles ou pratiques dans tous les cas.

⁶⁹⁸ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [ci-après : la *Charte canadienne* ou la *Charte*]. Cette situation a été rendue possible en vertu de la prédominance de la *Charte* sur toute autre règle de droit (voir le par. 52 (1) de la *Charte* qui dispose que : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérante les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »). Les règles tirées des précédents étant des « règles de droit », elles sont soumises aux dispositions de la *Charte* et peuvent donc être annulées. Pour évaluer la constitutionnalité des règles de droit, les tribunaux procèdent en deux étapes. La première consiste à examiner si la règle de droit porte atteinte à l'un ou l'autre des droits et libertés protégés par la *Charte*. Si l'atteinte est confirmée, l'analyse suit une seconde étape, celle de déterminer si cette atteinte est justifiable au sens de l'article premier de la *Charte* (l'article premier de la *Charte* dispose que : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »).

⁶⁹⁹ Un premier principe d'interprétation a été formulé dans l'arrêt *SGDMR c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 603, dans lequel le juge McIntyre a précisé que les règles de *common law* devaient refléter les valeurs protégées par la *Charte*. Un second principe a été formulé dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 675, dans lequel le juge Iacobucci précise que « Lorsque les principes sous-tendant une règle de *common law* ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée. » Un troisième principe pose que si la règle de *common law* ne peut pas être modifiée, alors il est possible d'évaluer si sa constitutionnalité peut être maintenue grâce à l'article premier de la *Charte* : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 978-979. Dans ces derniers cas, « [v]u que la règle de *common law* a été créée par des juges et non par le législateur, l'égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes élus n'est pas en cause. » (*Id.*, p. 978 i). Un exemple d'application de ces principes : *R. v. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683.

d'ailleurs, car en l'absence de critères ou de définitions formelles des règles de *common law*, il est difficile de situer exactement les conditions d'existence de celles-ci. Par exemple, la règle attaquée dans l'affaire *Swain*⁷⁰⁰ était une règle de preuve énoncée par le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario⁷⁰¹. Cela suffit-il pour en faire une *règle de droit* ? Si oui, comment en déterminer le contenu ? En vertu de quel critère⁷⁰² ? En fait, l'intérêt premier de cette méthode réside dans sa portée symbolique. Même si aucune règle de droit constitutionnel n'en prévoit le mode d'édiction, les règles de *common law*, comme les règles législatives et réglementaires, peuvent être modifiées et faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

À côté du traitement qui est réservé aux règles de *common law*, se trouve un style de rédaction qui a fait son apparition dans les motifs de la Cour suprême au cours des vingt dernières années et qui est très révélateur du rapprochement conceptuel qui s'est établi entre la *common law* et la loi. Par moments, la Cour formule des propositions de droit sous une forme analogue à un texte de loi. Par exemple, dans *R. c. Seaboyer*⁷⁰³, le juge McLachlin a exposé quelles seront les nouvelles règles de recevabilité et d'utilisation de preuves reliées au comportement sexuel du plaignant en matière de viol. Voici comment elle formule la nouvelle « règle »⁷⁰⁴ :

1. Dans un procès relatif à une infraction d'ordre sexuel, la preuve que, à d'autres occasions, le plaignant a consenti à des rapports sexuels (y compris des rapports sexuels antérieurs avec l'accusé) n'est pas admissible si elle vise uniquement à appuyer l'inférence que le plaignant est de ce fait:
 - a) plus susceptible d'avoir consenti aux actes sexuels à l'origine du procès;
 - b) moins digne de foi comme témoin.
2. La preuve d'un consentement du plaignant à des rapports sexuels peut être admissible à des fins autres qu'une inférence relative au consentement ou à la crédibilité du plaignant si

⁷⁰⁰ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

⁷⁰¹ *R. v. Simpson*, (1977) 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell*, (1980) 59 C.C.C. (2d) 176.

⁷⁰² Avant que la Cour n'adopte ces principes précis à l'égard de la *Charte*, elle aurait simplement affirmé qu'elle infirmait la décision du juge ontarien. Mais dans l'affaire *Swain*, elle insiste sur l'expression « règle de *common law* » pour désigner l'élément dont elle évalue la constitutionnalité.

⁷⁰³ [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 634 et s.

⁷⁰⁴ Plus précisément, le juge McLachlin les qualifie une fois de « lignes directrices » qui « doivent être considérées comme une tentative de décrire les conséquences de l'application des règles générales en matière de pertinence et de recevabilité de la preuve, sans plus, et non comme du droit prétorien immuable » (*R. c. Seaboyer*, précité, note 703, aux pp. 633-634). Par contre, le juge les qualifie ensuite de « principes applicables » (*Id.* à la p. 634) en la matière et annonce que les anciennes règles de *common law* ne sont plus applicables, elles n'ont « pas leur place dans notre droit » (*Id.* à la p. 630).

elle possède une valeur probante à l'égard d'un point en litige et si le danger d'effet préjudiciable ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante [...]⁷⁰⁵

Tel que l'illustre cet exemple, la formulation du droit tend à prendre des allures de propositions générales qui dépassent le cadre factuel des litiges. Dans ces cas, la Cour expose le droit en adoptant une terminologie ayant une portée générale, phénomène qui est peut-être accentué par l'influence des « clercs » juridiques⁷⁰⁶. L'effet premier que ce style cherche à produire consiste à rapprocher la détermination de la *ratio decidendi* d'un arrêt à une formule écrite précise. Il faut savoir que, traditionnellement, la formulation d'un arrêt prenait une place secondaire dans la détermination de la *ratio decidendi*⁷⁰⁷. Avec le style de formulation souligné ci-haut, la tentation est grande pour le juriste de s'en tenir à la lettre de l'arrêt et de confondre la proposition générale énoncée par le juge avec une règle de droit écrit⁷⁰⁸.

Par conséquent, les pratiques et les théories développées par la Cour suprême tendent à rapprocher les sources jurisprudentielles et législatives, tant dans leur présentation que dans

⁷⁰⁵ *Id.* aux pp. 634-636. Seuls deux des quatre critères sont retranscrits. La Cour suprême a eu recours à cette technique de rédaction des règles de *common law* dans plusieurs arrêts : *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, aux pp. 893-894 de l'opinion du juge Wilson :

Vu l'analyse qui précède, je résumerais ainsi les principes qui président à l'admission régulière du témoignage expert dans des cas comme celui qui se présente en l'espèce :

1. Le témoignage d'expert est admissible pour aider le juge des faits à faire des inférences dans des domaines où l'expert possède des connaissances ou une expérience pertinentes qui dépassent celles du profane.
2. Il est difficile pour le profane de comprendre le syndrome de la femme battue. [...]
3. La preuve d'expert peut aider le jury en détruisant ces mythes.
4. [...]

Voir, aussi : *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, à la p. 259; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, à la p. 165; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, aux pp. 893 et s.; *R. c. Robinson*, précité, note 699, à la p. 713; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, à la p. 99; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, aux pp. 890-891; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, à la p. 537; *C.U.Q. c. Corporation Notre-Dame de Bon-secours*, [1994] 3 R.C.S. 2, à la p. 20.

⁷⁰⁶ Lorne SOSSIN, « The Sounds of Silence : Law Clerks, Policy Making and the Supreme Court of Canada », (1996) 30 *U.B.C.L. Rev.* 279, à la p. 299 : « [...] most clerks tend to write lengthy judgements [...] [and] tend to have their legal education more influenced by law reviews [...] they write more in the style of law reviews [and] academic style ». Pour une étude générale du rôle des clercs à la Cour suprême, voir : M. McINNES, J. BOLTON et N. DERZKO, « Clerking at the Supreme Court of Canada », (1995) 33 *Alta. L. R.* 58.

⁷⁰⁷ L'expression classique de cette approche des décisions judiciaires se trouve exprimée par Lord Mansfield, lorsqu'il a écrit que : « The reason and spirit of cases make law; not the letter of particular precedents. » : *Fisher v. Prince*, (1763) 3 *Burr.* 1363, à la p. 1364. Voir aussi : B. SIMPSON, *loc. cit.*, note 406, à la p. 17 : « Nor does the common law system admit even the theoretical possibility of a court, however elevated, reaching a final, authoritative statement of what the law is in a general abstract sense. »

⁷⁰⁸ Ce phénomène a été observé auprès des juridictions canadiennes et il se manifeste dans l'affirmation du

leur mise en oeuvre⁷⁰⁹. Mais ce constat serait partiel, toutefois, si on ne soulignait pas la présence de certains vestiges de la théorie déclaratoire au sein du discours jurisprudentiel. Ainsi, lorsque les juges *décrivent* la *common law* ou lorsqu'ils utilisent l'expression, celle-ci n'est pas toujours ce bassin de règles prétoriennes décrit plus haut. En effet, la version traditionnelle de la *common law*, faite de pratique sociale et de principes immuables, revient de temps à autre lorsque les juges font une description de son contenu : chassez le naturel...

Un cas type d'une utilisation de l'expression « *common law* » se trouve dans l'arrêt *Evans* où les juges ont dû évaluer jusqu'à quel point il était loisible pour un policier de venir cogner à la porte d'une résidence. Le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité et en traitant d'une *common law rule*, écrit ceci : « la *common law* reconnaît depuis longtemps que tous les membres du public, y compris les policiers, sont implicitement autorisés à s'approcher d'une porte d'une résidence et à y frapper »⁷¹⁰. Mais, à la lecture de l'arrêt, cette règle semble plutôt provenir d'une description d'une certaine coutume, d'un *habitus* partagé par les membres d'une même communauté et non pas d'une conclusion tirée de l'analyse d'une série d'arrêts⁷¹¹. Par la suite, la Cour précise que cette autorisation, qui implique une renonciation implicite au droit à la vie privée, comporte des limites, car « cela ne signifie pas que toute personne est libre de s'approcher de la maison, quel que soit le but de sa visite »⁷¹² : « l'invitation implicite [...] ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il y ait communication convenable avec l'occupant de la maison »⁷¹³. Encore une fois, le juge ne justifie pas cet ajout en ayant recours à des sources juridiques précises. Ainsi, il est difficile de

caractère obligatoire des *obiter dicta* de la Cour suprême. Cette jurisprudence sera étudiée plus loin.

⁷⁰⁹ D'ailleurs, les juges dissidents dans l'affaire *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, ont invoqué les principes d'évolution de la *common law* formulés dans l'arrêt *Salituro* dans le cadre de l'interprétation d'une règle législative. Aussi, il ne semble pas y avoir une théorie du caractère désuet des arrêts de la Cour suprême, qui permettrait d'en nier la portée obligatoire : *Rintoul (Litigation Guardian of) v. St-Joseph's Health Care*, (1998) 166 D.L.R. (4th) 158 (Ont.Crt.Gen.div.), à la p. 163, par. 25, au sujet d'un arrêt de 1895 de la Cour suprême : « there is no best before or not good after date » qui permettrait de se dégager du principe posé par l'arrêt; pour une approche *contra* : *Clark c. Les chemins de fer nationaux du Canada et du Nouveau-Brunswick*, (1985) 62 N.B.R. (2^e) 276 (C.A.N.-B.); 17 D.L.R. (4th) 58, à la p. 67, j. LaForest.

⁷¹⁰ *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, à la p. 17.

⁷¹¹ C'est cette observation que semble faire le juge Major lorsqu'il écrit que : « [d]e nos jours, le droit de frapper à la porte d'une résidence est un droit implicite qui émane de la *common law* et qui continue d'exister à moins que l'occupant n'agisse de manière à en interdire l'exercice » (*R. c. Evans*, précité, note 710, à la p. 33, par. 49) ou que « [p]ersonne ne peut, de nos jours, se couper complètement du monde extérieur » (*Id.*, p. 30, par. 41).

⁷¹² *Id.*, p. 17, par. 14.

qualifier ce type de règle : s'agit-il d'une règle qui relève d'une pratique sociale, du sens commun⁷¹⁴ ? ou est-elle tirée d'une *ratio decidendi* d'un ou de plusieurs arrêts ?

Aussi, il est relativement fréquent que les juges utilisent l'expression *common law* de façon interchangeable avec la « société ». Par exemple, on peut lire que : « [l]a *common law* et la société canadienne reconnaissent traditionnellement l'importance fondamentale de la dignité innée de la personne »⁷¹⁵. Ou encore que : « [l]a *common law* reconnaît depuis longtemps que les parents sont les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre toutes les décisions nécessaires à leur bien-être »⁷¹⁶. Ces affirmations sont intéressantes, car la Cour prend la peine de les faire reposer sur la *common law* : dans ce cas, quel sens doit prendre l'expression « *common law* » ? Dans les deux derniers cas, malgré le fait qu'elle soit « reconnue depuis longtemps », aucun précédent de la Cour suprême n'est invoqué pour l'appuyer⁷¹⁷. Il n'y a aucune discussion sur la portée des arrêts antérieurs des tribunaux ni sur leur *ratio decidendi*. À connaître l'état du droit antérieur, il est probable qu'il n'y en ait aucun.

Par conséquent, bien que la théorie dominante de la Cour suprême consiste à prétendre que la *common law* est faite de règles élaborées par les tribunaux, la notion est parfois utilisée dans un sens qui la rapproche, sans s'y confondre, à sa conception coutumière défendue par Blackstone.

⁷¹³ *Id.*, p. 18, par. 15.

⁷¹⁴ Il y a là, de toute évidence, un rapprochement avec le phénomène de la connaissance d'office des faits sociaux, sur ce sujet, voir : Danielle PINARD, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *R.J.T.* 315.

⁷¹⁵ *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, au par. 88.

⁷¹⁶ *B. (R.) c. Children's Aid*, [1995] 1 R.C.S. 315, aux pp. 370-371; le juge LaForest. Pourtant, comme le juge LaForest le rappelle dans ses motifs, « l'ancienne conception juridique [voulait que] les enfants étaient les biens de leurs parents » (*Id.*, p. 372). Si la *common law* a évolué dans le sens indiqué plus haut, c'est peut-être malgré le droit jurisprudentiel antérieur. La véritable cause de cette évolution se trouve probablement dans la perception du juge des valeurs sociales contemporaines; c'est, du moins, ce qu'on peut conclure lorsqu'il avance, sans s'appuyer sur des statistiques ou sur des études sociologiques, que : « notre société présume que [les] parents exerceront leur liberté de choix d'une manière qui ne violera pas les droits de leurs enfants » (*Id.*, p. 373). On peut donc, à notre avis, remplacer avantageusement l'expression « *common law* », dans la première citation, par l'expression « la société ».

⁷¹⁷ Et dans l'affaire *Evans*, le juge cite seulement un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui fait référence à une décision de la *Court of appeal* d'Angleterre : *R. v. Tricker* (1995), 21 O.R. (3d) 575; *Robson v. Hallett*, [1967] 2 All.E.R. 407 (Q.B.).

En conclusion, le discours des tribunaux, et plus particulièrement celui de la Cour suprême, lorsqu'il porte sur la *common law*, est difficile à résumer, car il contient une part descriptive et une part prescriptive qui se complètent, sans toutefois fournir une image cohérente de la chose décrite. La *common law* peut désigner cet ensemble de règles de droit qui ont été créées par les juges, en même temps qu'elle peut englober un certain nombre de valeurs entretenues par le système juridique ou, comme l'indiquent les exemples plus haut, des valeurs communément admises en société. Sur le plan prescriptif, il ressort nettement du discours de la Cour suprême que le rôle des tribunaux est celui d'adapter la *common law* aux faits sociaux, ce qui semble impliquer qu'ils doivent tenir une fonction qui s'apparente à celle du législateur, sans toutefois se substituer à celui-ci⁷¹⁸.

Conclusion du Titre I

Comme cela a pu être relevé en droit français et en droit canadien, le discours des juristes sur la production des juges a connu des étapes qui, curieusement, se *ressemblent*. En insistant sur les idées défendues au cours des deux derniers siècles, dans un tableau brossé à grands traits certes, on peut observer qu'à un certain moment de leur histoire, la « jurisprudence » et la « common law » étaient associées à une conception métaphysique ou rationaliste du droit, et elles se dissociaient conceptuellement des décisions judiciaires. En même temps, le caractère obligatoire de la jurisprudence était formellement nié, même si les juristes reconnaissaient son importance dans la pratique. Cet écart entre la pratique et la théorie, volontairement maintenu et parfois encore défendu, n'a pas pu tenir au tournant du XIX^e siècle devant l'assaut répété des analyses *réalistes* du droit : l'oeuvre des juges a été reconnue pour ce qu'elle était, et non pour ce qu'elle devait être. Et avec ce constat, les juristes ont ressenti le besoin d'en systématiser le recours. C'est grâce à cette dernière réaction qu'a pu

⁷¹⁸ Par exemple, les tribunaux ont refusé de procéder à la technique du « prospective overruling » au motif que ce serait là usurper la fonction du législateur, voir *infra* à la p. 435.

émerger une conception stable de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule*; elles méritent donc d'être présentées à leur tour.

Titre II – Présentation de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule*

The legal standard is, in fact, nothing else than the objective side of the legal habit of mind itself, when considered as independent of the particular individuals in whom the habit is formed. It cannot be found in any one book or in any one lawyer, but only in the collective opinion of legal experts.
Sir Frederick Pollock⁷¹⁹

Étudier un système juridique à partir des règles issues d'une source de droit implique une certaine préconception de celui-ci⁷²⁰. Ce ne sont pas toutes les traditions juridiques qui ont entretenu des rapports étroits avec les règles de droit; les juristes romains, par exemple,

travaillent à l'aide d'une méthode casuistique [...] cherchant à chaque fois la sentence non pas tellement que dictent les lois, mais qu'impose la nature des choses⁷²¹ [et, même] s'ils connaissaient ces axiomes de moralité [...] en fin de compte, ils ont refusé d'en faire des règles juridiques⁷²².

À la différence de leurs homologues romains, les juristes français et anglo-saxons ont défini le droit comme un système constitué principalement de règles de droit⁷²³. Néanmoins, la conception de la norme juridique n'est pas la même dans l'un et l'autre des systèmes : la *legal rule* et la règle de droit, bien qu'« elles paraissent se correspondre, en anglais et en français, ne sont pas en réalité équivalentes »⁷²⁴. Ce qui, pour un juriste français, constitue un outil quotidien d'évaluation des comportements deviendra, aux yeux d'un *common lawyer*, un principe abstrait avec lequel la résolution d'un litige s'avérerait laborieuse, voire arbitraire.

⁷¹⁹ « The Science of Case-Law », dans *Jurisprudence and Legal Essays*, Sir Frederick POLLOCK, selected by A. L. GOODHART, London, Macmillan & Co., 1961, p. 169, aux pp. 178-179.

⁷²⁰ Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995, aux pp. 62-65.

⁷²¹ Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968, p. 476.

⁷²² M. VILLEY, *op. cit.*, note 721, p. 549. Idée reprise par le même auteur dans : « Indicatif et impératif juridiques - Dialogues à trois voix : I. - De l'indicatif dans le droit », (1974) 19 *A.P.D.* 33, à la p. 36.

⁷²³ Même si, selon Michel Villey, « [la] doctrine positiviste est officiellement enseignée, mais ne fut jamais pratiquée » : M. VILLEY, *op. cit.*, note 721, p. 705.

⁷²⁴ René DAVID, *Le droit français*, coll. « Les systèmes de droit contemporains », vol. XI, t. I, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 71.

Ainsi, l'on tire de la jurisprudence ce que l'on peut *manier* utilement. À ce titre, l'importance accordée aux faits du litige dans la détermination de la portée de la règle est un aspect révélateur des différentes conceptions de ce qui, pour chacun des juristes, peut avoir un effet normatif. Par conséquent, avant d'analyser *comment* les juristes identifient et interprètent les règles tirées des décisions judiciaires, il est important de comprendre exactement quelle est cette règle qui, selon eux, est susceptible d'avoir un effet normatif et quel est son rôle dans les deux systèmes.

Pour ce faire, il convient de présenter deux types de discours sur les règles jurisprudentielles et sur les *common law rules*. Le premier provient des *légistes*, ceux-là qui, en fin de compte, ont eu généralement peu à dire sur les productions judiciaires. Qu'ils se soient prononcés dans le cadre de documents constitutionnels, législatifs ou réglementaires, la prise en considération de l'effet normatif de la jurisprudence a été soit marquée par une forme de retenue – le cas du système canadien, soit elle a été dominée par un réflexe de domination ou de contrôle⁷²⁵, donnant les résultats que l'on connaît en droit français. En raison de cette relation particulière, il convient d'envisager de façon distincte l'*appréhension* de la jurisprudence par les légistes. Le second type de discours provient des juristes⁷²⁶, c'est-à-dire de la doctrine et des juges⁷²⁷ issus de chacun des systèmes juridiques. Ayant eu à manier un peu plus les outils

⁷²⁵ L'on fait référence ici à l'interdiction formulée à l'article 5 du *Code civil*.

⁷²⁶ En étudiant le discours des « producteurs de la connaissance juridique », l'analyse qui suit s'appuie sur la théorie d'épistémologie du droit décrite par Christian Atias, qui elle-même repose sur certains présupposés théoriques et sur certaines hypothèses épistémologiques qui sont décrits dans : Christian ATIAS, *Épistémologie du droit*, coll. « Que sais-je? », Paris, P.U.F., 1994, à la page 31 et s. Il est peut-être impossible de définir ce qu'est un *juriste*, sinon par son activité, celle de connaître le droit, voir : Christian ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, 3^e éd., Aix-en-Provence, P.U. d'A.-M., 1993, p. 109. Le professeur Atias aborde la question de l'épistémologie du droit en intégrant l'étude de l'activité des détenteurs d'un savoir sur le droit : pour connaître le droit, il est nécessaire de connaître les juristes. Cette manière d'aborder la question de la connaissance du droit se rapproche de celle décrite par Aristote, dans *Éthique à Nicomaque*, VI, 4, 1140 a 24, tel que cité par Pierre AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, 2^e éd., Paris, P.U.F. 1976, p. 35 : « la meilleure façon de saisir ce qu'est la prudence, c'est de considérer quels sont les hommes que nous appelons les prudents ». Sur la question de l'absence de définition du droit, il écrit, dans *Épistémologie juridique*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1985, à la page 64 : « L'intuition qui fonde la confiance en l'intérêt de l'approche épistémologique est la suivante : le droit étant un objet de connaissance particulier, cette activité de connaissance doit être étudiée comme telle ». Il intègre donc l'« activité » de connaissance menée par les juristes dans l'étude de la connaissance du droit. Ce choix a pour effet qu'il ne peut prétendre « ni à la neutralité, ni à l'objectivité » : *Théorie contre arbitraire*, Paris, P.U.F., 1987, p. 21.

⁷²⁷ Certes, le discours judiciaire en droit canadien peut être considéré comme un discours institutionnel qui serait plus près du légiste français. Mais, en fait, les motivations judiciaires constituent, les plus souvent, des lieux de description du droit, dont le but essentiel est de transmettre une information sur le droit.

étudiés ici, ils sont susceptibles de fournir une véritable *compréhension* des règles prétoriennes. Car, en décrivant les règles jurisprudentielles et les *common law rules*⁷²⁸, ou simplement en les nommant⁷²⁹, leurs écrits donnent une indication utile de la fonction de la jurisprudence à l'intérieur de chacun des systèmes. La méthode d'analyse reposera donc sur une étude successive de l'appréhension des règles jurisprudentielles et des *common law rules* par les légistes (Chapitre I) et de la compréhension de ces mêmes règles par les juristes (Chapitre II).

⁷²⁸ Christian ATIAS, *op. cit.*, note 726, p. 156 : « [t]oute description des décisions législatives ou jurisprudentielles est nécessairement une recreation, une interprétation, une traduction »; voir aussi, à la p. 84.

⁷²⁹ L'étude qui suit a procédé à la suite d'un repérage des règles que les juristes français disaient être des « règle jurisprudentielles » et des règles que les juristes canadiens désignaient comme des « *common law rules* ».

Chapitre I – Appréhension de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule* par les légistes

Section 1 - En droit français

Bien que certains auteurs aient montré que l'on pouvait présumer que le législateur *répondait* parfois aux créations des juges - par un *dialogue* ou par un *duel*⁷³⁰ -, il est nécessaire d'admettre qu'il n'existe pas de reconnaissance officielle du pouvoir normatif des tribunaux en droit français. Ce qui n'interdit pas que l'on puisse présumer que le législateur envisage, à certaines occasions, l'existence des productions jurisprudentielles. En effet, Maury a relevé l'existence d'une loi qui faisait référence à des domaines du droit entièrement créés par des juges. Dans un article, il souligne que :

la loi du 24 juillet 1921, relative aux conflits entre la loi française et la loi locale d'Alsace et Lorraine en matière de droit privé, paraît bien reconnaître l'existence en France de règles jurisprudentielles en conflit de lois : le premier de son article 15 décide que, pour les conflits entre la loi française et la loi locale, les dispositions de la loi "seront, au besoin, complétées par les règles de droit international privé admises en France", ce qui est une allusion presque certaine à des règles en parties extralégales⁷³¹.

Cette *allusion presque certaine* aurait pu bien constituer un exemple d'une reconnaissance quasi officielle de la jurisprudence en tant que source de droit. Mais l'argument n'attira pas l'attention de la doctrine et on ne le reprit plus. Outre l'« arrêt de règlement » auquel fait référence l'article 5 du Code civil, les lois sont d'ordinaire discrètes au sujet du pouvoir normatif des juges. Néanmoins, l'étude du vocabulaire du droit positif d'origine étatique permet de souligner la présence de reconnaissances tacites ou explicites des créations jurisprudentielles. C'est donc à la suite d'une recherche informatisée que l'on a pu observer la présence curieuse de l'expression « règle jurisprudentielle » ou d'expressions similaires dans des documents officiels issus des institutions administratives. Pour les fins de la démonstration,

⁷³⁰ Jean-Louis BERGEL, « La loi du juge, dialogue ou duel ? », dans les *Mélanges Kayser*, t. 1, 1979, à la p.21.

⁷³¹ J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », dans *Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 28, à la p. 30.

et bien qu'elles débordent de l'objet étudié, il est utile de montrer que cette expression se trouve également dans certaines décisions judiciaires.

En effet, l'Administration française a parfois eu recours à la notion de « règle jurisprudentielle » pour désigner la « chose » créée par les juges⁷³². Et même si, selon Pierre Hébraud, « une circulaire qui prétendrait confirmer et nover une jurisprudence serait entachée d'excès de pouvoir »⁷³³, on peut lire dans celles-ci :

Par ailleurs, les **règles jurisprudentielles** définissant les conditions d'électorat et d'éligibilité des travailleurs mis à la disposition ne sont pas remises en cause.⁷³⁴

ou

la décision de reclassement, [...] prendra effet pécuniaire rétroactif pour compter de la date du fait générateur, [...] selon l'avancement moyen dans le grade en l'application des **règles jurisprudentielles** en la matière.⁷³⁵

Plus surprenante est cette circulaire qui semble conseiller expressément au Ministère de l'intérieur, aux préfets, aux commissaires de la République des départements, etc., que soient respectées des règles jurisprudentielles :

Il vous appartient enfin de veiller, dans le cadre du contrôle de légalité, à ce que les délibérations des conseils municipaux en matière de secours respectent les dispositions législatives et réglementaires ainsi que les **règles jurisprudentielles** rappelées ci-dessus.⁷³⁶

D'autres font plutôt référence à la « jurisprudence » des cours suprêmes :

[c]e magistrat pourra prendre part au jugement d'une affaire qu'il aura connue [...] pourvu qu'il satisfait à la **jurisprudence** de la chambre criminelle de la Cour de cassation et à celle de la Cour européenne des droits de l'homme et que son impartialité ne puisse être soupçonnée.⁷³⁷

Le code du travail ne donne pas une définition générale du contrat de travail. Au sens de la **jurisprudence** de la Cour de cassation, il y a contrat de travail quand une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la direction d'une autre moyennant

⁷³² Il est évident que ce répertoire ne peut être exhaustif. La recherche décrite plus haut a été effectuée en procédant à l'aide de banques de données informatisées et en ayant recours à la technique du mot-clé avec des troncatures (règl! et jurisprudentiel!). Les expressions « jurisprudence », « arrêts » et autres ont été volontairement mises de côté étant donné leur utilisation foisonnante. L'objectif de cette recherche consistait strictement à souligner la présence des expressions décrivant des productions jurisprudentielles dans les textes provenant de l'administration publique et judiciaire.

⁷³³ Pierre HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329, à la page 364.

⁷³⁴ Circulaire du 25 octobre 1983, *J.O.*1983.11201 (nous avons mis en gras).

⁷³⁵ Circulaire du 25 janvier 1988, *J.O.*1988.1416, p. 1418.

⁷³⁶ Circulaire du 22 septembre 1987, *J.O.*1987.11497.

⁷³⁷ Circulaire du 27 janvier 1993, *J.O.*1993.1687, p. 1690.

rémunération. Ainsi, trois éléments interviennent dans cette définition⁷³⁸

Par ailleurs, certaines circulaires indiquent clairement que la *connaissance* de la jurisprudence constitue une préoccupation de l'Administration française.⁷³⁹

Ailleurs que dans les circulaires, on peut lire l'expression « règle jurisprudentielle » dans des décisions judiciaires émanant des cours d'appel et de la Cour de cassation. Cet usage heurte une tradition de dissimulation de l'apport jurisprudentiel qui, semble-t-il, est fortement ancrée dans le style de motivation des décisions de justice françaises. À cet effet, Maury rappelle que :

[l]a jurisprudence, au moins la judiciaire, n'avou[e] jamais sa création d'une règle juridique nouvelle et la présentant au moyen d'une interprétation constructive comme une application de la loi, la règle jurisprudentielle prend par cette fiction figure et valeur de règle légale.⁷⁴⁰

Cette technique de rédaction n'est pas la seule en droit français qui, devant la création d'une norme nouvelle, maintient l'apparence de l'application d'une règle législative. Une technique similaire se retrouve à la Cour de cassation qui, comme le décrit Jacques Boré, tranche certains cas « en matière de responsabilité contractuelle ou délictuelle, par exemple, [en] formul[ant] des règles de droit sous le visa d'un texte *général*, tel que l'art. 1147 ou l'art. 1382 c.civ. »⁷⁴¹ Plus osée est la pratique, pour cette même Cour, de « prononc[er] l'annulation, non sous le visa d'un texte - *a fortiori* d'un texte précis - mais *sous le visa d'un principe jurisprudentiel* »⁷⁴². Par ces techniques de motivation, le juge peut dissimuler l'origine des normes qu'il applique. En retour, s'il n'admet pas sa propre création, force est de constater qu'il ne s'interdit pas de faire référence à celle des autres.

Par exemple, l'expression « règle jurisprudentielle » a été utilisée par certaines cours

⁷³⁸ Circulaire du 16 mars 1992, *J.O.*1992.4971; l'on peut retrouver la même référence à la définition *jurisprudentielle* du contrat de travail dans la circulaire suivante : Circulaire du 21 février 1987, *J.O.*1987.2371.

⁷³⁹ Circulaire du 23 septembre 1987, *J.O.*1987.11329 : « l'administration d'un ministère souhaite harmoniser les argumentations et suivre au plus près les évolutions jurisprudentielles ». On peut lire aussi une référence à une « précision d'origine jurisprudentielle » : Circulaire du 15 avril 1992, *J.O.*1992.7303, p. 7304. Cet intérêt pour la jurisprudence pourrait s'expliquer par la place prépondérante qu'elle occupe en droit administratif.

⁷⁴⁰ J. MAURY, *loc. cit.*, note 731, p. 50.

⁷⁴¹ Jacques BORÉ, « La Cour de cassation de l'an 2000 », 1995.*D.chr.* 133, à la p. 138.

⁷⁴² *Ibid.* Du même auteur, *La cassation en matière civile*, Paris, Sirey, 1988, à la p. 378, au par. 1083, l'auteur relève les différentes maximes dont l'application est contrôlée par la Cour de cassation.

d'appel et par des chambres de la Cour de cassation⁷⁴³, ce qui ne peut qu'étonner lorsqu'on sait avec quel soin les termes sont choisis lors de la rédaction des arrêts :

Attendu que M^{me}[...] et M. [...] font grief à l'arrêt attaqué d'avoir, pour décider que les époux Mari-Magni étaient mariés sous le régime de la séparation de biens, fait application de la **règle jurisprudentielle** française de conflit de lois, violant ainsi les articles 2 du Code civil, 2, 11 et 14 de la Convention de La Haye du 17 juillet 1905 [...]⁷⁴⁴

[E]n vertu d'une **règle jurisprudentielle** établie sous l'autorité de la Cour de cassation, [l'art. L. 122-12 C. trav.] trouve aujourd'hui application habituelle dès lors que du point de vue économique une même entreprise se poursuit sous une direction nouvelle⁷⁴⁵.

Attendu qui plus est qu'il résulte des travaux préparatoires (rapport à l'Assemblée nationale n°1872, séance du 8 décembre 1983) que les solutions antérieures " ne sont pas remises en cause par le projet de loi " et que l'alinéa 5 de la loi " consacre la **règle jurisprudentielle** qui fait échec à l'indivisibilité, la résiliation ou la résolution du contrat lorsqu'elle devrait résulter du seul fait de l'ouverture de la procédure "⁷⁴⁶.

[L]e problème de l'application des **règles jurisprudentielles** concernant le mandat apparent peut être discuté⁷⁴⁷.

Cette entrée, somme toute timide et pas du tout commentée par la doctrine, de l'expression « règle jurisprudentielle » dans les motifs des décisions judiciaires ne peut être reléguée comme purement fortuite ou isolée⁷⁴⁸. Outre les cas, soulignés par Marty et Raynaud, où les juges font référence dans leur motif à « une jurisprudence constante »⁷⁴⁹, il existe d'autres appellations qui décrivent les créations judiciaires. On peut trouver les expressions suivantes:

⁷⁴³ Selon Jacques Boré : « Jamais la Cour régulatrice ne prononce le mot de "jurisprudence"; pour elle, *la jurisprudence fait corps avec la loi*, dont elle constitue l'interprétation » : J. BORÉ, *op. cit.*, note 742, à la p. 378, n° 1081.

⁷⁴⁴ Cour de cass. (1^{re} ch.civ.) 1984, *Bull. civ.*1984.1^{re} partie.n° 34; l'expression se retrouve également lorsque la Cour de cassation reprend les moyens invoqués par les parties, par exemple : Cour de cass. (ch. cri.), 30 juin 1999, Pourvoi n° 98-976; Cour de cass. (ch. cri.), 1^{er} décembre 1999, Pourvoi n° 98-87.676.

⁷⁴⁵ *Bernard Lutz c. S.A.R.L. Holz Her France*, Cour d'appel de Colmar (Ch. sociale), 13 jan. 1983, *Gaz. du Pal.*1983.1.629, à la p. 631. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Colmar n'appliquera pas la règle jurisprudentielle étant donné les faits particuliers du litige.

⁷⁴⁶ *Banque Nationale de Paris c. société Stratimmo Cappello*, Cour d'appel d'Amiens (3^e ch. civ.), 27 novembre 1986, *Gaz. du Pal.*1987.1, juris. p. 195.

⁷⁴⁷ *Claude Duval c. Bernard Plombin*, Trib. de G. Inst., 16 déc. 1983, *Gaz. du Pal.*1984.1, juris. p. 148.

⁷⁴⁸ Pour une critique de l'utilisation du terme « jurisprudence » à l'intérieur des motifs, voir : 1^{ère} ch. civ., 21 mars 2000, *D.*2000.juris.593, note Christian ATIAS.

⁷⁴⁹ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, Sirey, 1961, n° 119, à la p. 204. On peut également retrouver cette expression lorsque la Cour de cassation reprend les moyens invoqués par les parties, voir : Cour de cass. (ch. cri.), 12 janvier 2000, Pourvoi n° 99-80.307; Cour de cass. (ch. cri.), 11 janvier 2000, Pourvoi n° 99-81.143; Cour de cass. (ch. cri.), 5 janvier 2000, Pourvoi n° 99-82.030.

« principe jurisprudentiel »⁷⁵⁰

le Tribunal [...] rappel[le] le **principe jurisprudentiel** selon lequel “ lorsque des imputations diffamatoires ont été formulées avec une désignation vague de nature à faire planer des soupçons sur une pluralité de personnes, chacune de ces personnes a qualité pour demander la réparation du préjudice qui lui a été causé ”.⁷⁵¹

« prohibition jurisprudentielle » :

Si une clientèle est incessible, il n'en demeure pas moins qu'elle peut faire l'objet d'une convention portant sur sa présentation au successeur ou à l'associé dans la mesure où elle n'est pas destinée à tourner la **prohibition jurisprudentielle**.⁷⁵²

« jurisprudence établie » :

[U]ne **jurisprudence établie**, et en particulier deux arrêts de la Cour de cassation, l'autorisaient à estimer, à partir des termes de la loi du 31 déc. 1957, que sa demande, régie par les règles du droit civil, était soumise à la prescription de l'action en responsabilité civile mais, dans ce cas, une décision du tribunal des conflits pose que la prescription est quadriennale.⁷⁵³

« courant jurisprudentiel » :

[A]près trois ans d'application de ce texte se manifeste un fort **courant jurisprudentiel**, auquel se rattache cette cour, en faveur de la conception extensive que paraît avoir adoptée la Cour de cassation.⁷⁵⁴

Pour relever ces usages, il a été nécessaire de recourir aux outils de recherche informatisés. Or il s'agissait seulement de souligner leur présence dans le vocabulaire institutionnel, et non de relever de façon exhaustive l'ensemble des termes utilisés pour désigner les productions du juge. Leur mention n'étant suivie d'aucune description, l'auteur qui les invoque ne permet pas de saisir ce qu'il entend décrire; Or cette lacune n'est pas le lot du seul droit français, car le droit positif canadien, qu'il soit législatif ou constitutionnel, entretient aussi une certaine lacune à cet égard.

⁷⁵⁰ *Aéro-Club de Sarrebourg c. consorts Gamber*, Cour d'appel de Metz (Ch. civ.), 2 mai 1989, *Gaz. du Pal.*1990.1, juris. p. 641. En droit international privé, il n'est pas rare que les tribunaux fassent directement référence à des « principes » qui ne trouvent leur fondement que dans la doctrine ou dans les arrêts antérieurs. Voir, par exemple : Cour de cass. (1^{ère} ch. civ.), 6 fév. 1985, (1985) 74 *Rev. crit. de dr.int. pri.* 369.

⁷⁵¹ *Serre Pierre c. Société La Quincanella et als.*, Cour d'appel de Montpellier (3^e ch. corr.) 27 mars 1991, *Gaz. du Pal.*1991.1, juris. p. 447.

⁷⁵² *Gilbert c. consorts Vincent*, Reims (Ch.civ.) 10 avril 1979, *Gaz. du Pal.*1980.1.88

⁷⁵³ *A. jud. du Trésor public c. Belkacem*, C.A. Paris (1^{er} ch.), 18 fév. 1985, *Gaz. du Pal.*1985.1, somm. p. 267 : dans cette affaire, vu l'aspect récent du développement, la Cour a imposé les frais à la partie gagnante; d'une certaine façon, on peut conclure qu'elle applique la décision du tribunal de conflit à regret.

Section 2 - En droit canadien

Peut-être par ce qu'elles sont trop évidentes, les règles de *common law* n'ont pas fait l'objet d'une description ou d'une prescription par le législateur. Hormis certains cas épars⁷⁵⁵, ce dernier n'a pas cru utile d'en cerner les contours ou les modes d'émergence. En effet, l'importance du pouvoir judiciaire dans les pays de *common law* relève du sens commun, à tel point que l'on imaginerait mal que le pouvoir législatif puisse s'attarder à en circonscrire la conduite. Toutefois, la présence des *common law rules* est palpable lorsqu'on examine les lois canadiennes : elles présument leur présence lorsqu'elles attribuent des droits⁷⁵⁶. Ainsi, l'on trouve l'empreinte du pouvoir judiciaire et de ses créations à l'intérieur de différents textes, qu'ils soient constitutionnels ou législatifs; il convient de les examiner tour à tour.

À strictement parler⁷⁵⁷, aucune disposition écrite constitutionnelle ne détermine l'étendue de la juridiction des tribunaux canadiens. Toutefois, l'absence de norme écrite sur la question n'implique pas nécessairement que le droit constitutionnel canadien ne reconnaisse aucun statut aux tribunaux. En effet, l'on trouve dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷⁵⁸ l'affirmation suivante : « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent [...] la primauté du droit » et, à l'article 52 (1) du même document, que « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérante les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Sans les nommer expressément, ces articles fondent le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, pouvoir implicite des tribunaux qui a été tenu pour

⁷⁵⁴ *Gilles Ostenc c. Paul Magnac*, Cour de Dijon (1^{re} Ch.), 7 juin 1988, *Gaz. du Pal.* 1988.1, somm. p. 44.

⁷⁵⁵ Un cas est rappelé par les professeurs William Twining et David Myers dans : William TWINING et David MYERS, *How To Do Things With Rules*, 3^e éd., London, Weidenfeld and Nicolson, à la p. 300 : l'article 131 du *Law of Property Act 1925* abolissait « the rule of law known as the Rule in Shelley's Case ».

⁷⁵⁶ La relation entre la loi et la *common law* sera examinée plus loin dans le cadre de l'usage interprétatif que peut avoir la loi dans l'interprétation des *common law rules*.

⁷⁵⁷ Dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.) [ci après citée : *Loi constitutionnelle de 1867*], l'on retrouve dans le titre consacré à la « Judicature » (Titre VII), une série de dispositions qui prévoient le mode de nomination des juges (art. 96-99), le mode de fixation de leur salaire (art. 100) et une disposition qui habilite le Parlement du Canada à créer une « cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada » (art. 101).

⁷⁵⁸ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.),

acquis par les juristes⁷⁵⁹ dans le contexte constitutionnel canadien. C'est donc dans le silence du droit positif que les juges ont pu exercer les pouvoirs les plus importants en droit canadien, ceux liés à l'évaluation de la constitutionnalité des lois. Et vouloir chercher un fondement plus solide ou objectif serait certainement inutile, car selon l'esprit du système juridique qui en est la source⁷⁶⁰, l'existence d'un pouvoir judiciaire est consubstantiel à la notion même de « droit ». Cette idée se retrouve dans la façon de justifier l'origine de certains pouvoirs⁷⁶¹ de la Cour supérieure, notamment ceux qui dérivent d'une juridiction qualifiée d'« inhérente »⁷⁶². Cette juridiction de la Cour supérieure implique, entre autres, qu'il n'est pas nécessaire pour le législateur d'indiquer à quel ordre juridictionnel un recours doit être entamé afin que celui-ci soit recevable⁷⁶³ : à défaut de disposition contraire, le tribunal est compétent. Tel que l'a formulé le juge Haldane :

Si le droit existe, il faut présumer qu'il existe un tribunal qui peut le faire respecter, car si aucun autre mode d'exercice n'est prescrit, ce fait à lui seul suffit pour conférer compétence aux cours de justice du Roi. Pour les priver de leur compétence, il est nécessaire, en l'absence de loi spéciale excluant cette compétence, de plaider que celle-ci a été conférée à quelque autre tribunal [...] telle que l'a énoncée le juge Willes dans *London Corporation c. Cox* ((1867) L.R., 2 H.L. 239, 259), rien n'est censé échapper à la compétence d'une cour supérieure sauf ce qui paraît en être spécialement exclu.⁷⁶⁴

Même si le juge Haldane évoque la possibilité de révoquer la juridiction de la Cour supérieure, il serait fortement discutable que le législateur puisse entraver tout recours auprès de cette juridiction : l'usage du terme « inhérent »⁷⁶⁵ reflète aussi l'idée que ces tribunaux disposent d'une compétence inséparable de leur fonction. Aussi, les juges ont parfois prétendu qu'il existe un « pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système

1982, c.11 [ci-après : la *Charte canadienne* ou la *Charte*].

⁷⁵⁹ Voir Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd, Toronto, Carswell, 1992, section 5.5 (a), aux pp. 116 et s.

⁷⁶⁰ La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit dans son préambule que l'« Union fédérale » est établie sur « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ».

⁷⁶¹ Les pouvoirs de sanctionner l'outrage au tribunal ou d'édicter des règles de pratique. Sur ces pouvoirs, voir : *R. c. Vaillancourt*, [1981] 1 R.C.S. 69.

⁷⁶² Sur cette question, voir : I. H. JACOB, « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1970) 23 *Current Legal Problems* 23.

⁷⁶³ Les Cours d'appel, étant des cours créées par une loi, ne bénéficient pas de cette juridiction inhérente.

⁷⁶⁴ *Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (C.P.), aux pp. 962-963 dont l'extrait a été cité, traduit et approuvé dans : *Canada (C.D.P.) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, aux pp. 655-656.

⁷⁶⁵ La qualité qui est « inhérente » à une chose est indissociable de la chose elle-même, voir : P. ROBERT, *Le petit Robert*, Paris, 1990, sens 2^o du terme « inhérent » : « Se dit de toute détermination qui est affirmée d'un sujet, ou qui en constitue une manière d'être intrinsèque ».

judiciaire »⁷⁶⁶, soulignant ainsi la place déterminante des juges dans l'ordre juridique, malgré l'absence de disposition écrite à cet effet.

En ce qui a trait à la portée des décisions judiciaires, les législateurs fédéral et provinciaux sont demeurés remarquablement discrets. Probablement parce que cette dimension est perçue comme une chasse gardée des juges, qui relèverait plus de la pratique judiciaire que du droit substantiel, rares ont été les immixtions législatives dans ce domaine. Curieusement, le droit canadien est probablement le seul système juridique de *common law* qui ait connu⁷⁶⁷ une disposition législative dont l'objet était de rendre obligatoires les décisions des « Divisional Court of the Court of Appeal » de l'Ontario⁷⁶⁸. Or, selon D. H. Laird, cette disposition a fait l'objet d'une mise en oeuvre difficile, car les juges écartaient souvent l'application de l'article pour trancher la question au fond⁷⁶⁹. D'ailleurs, cette disposition fut abrogée en 1933 et elle ne sera pas étudiée ici.

Le mutisme du législateur à l'égard du pouvoir créateur de la jurisprudence n'implique pas qu'il en nie l'existence ou la validité. À bien des égards, les lois prennent en compte les *common law rules* lorsqu'elles sont rédigées et, pour illustrer cette reconnaissance, il est utile de rappeler le vocabulaire utilisé par le législateur fédéral⁷⁷⁰ lorsqu'il doit faire référence aux

⁷⁶⁶ Dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, à la p. 456. Dans le même sens : *Hunt c. T.&N.P.L.C.*, [1993] 4 R.C.S. 289. Voir aussi : I. H. JACOB, *loc. cit.*, note 762, à la p. 27 : « the jurisdiction to exercise these powers [to punish for contempt of court] was derived, not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law, and for this reason such jurisdiction has been called "inherent". This description has been criticised as being "metaphysical" but I think nevertheless that it is apt to describe the quality of the jurisdiction. »

⁷⁶⁷ Voir : D. H. LAIRD, « The Doctrine of *Stare decisis* », [1935] 13 *Can. Bar Rev.* 1, à la p. 15 : « In Ontario for a period there was a marked difference of opinion as to the binding force of the decision of one Divisional Court upon another, and the subject was settled by the legislature intervening [...] [t]his legislation, so far as my study goes, was unique in English-speaking countries. »

⁷⁶⁸ Les règles législatives en question ont été élaborées par la Législature d'Ontario en 1897, voir : *The Judicature Act*, 58 V., 1897, c. 12, s. 81 (1) : « The decision of a Divisional Court of the Court of Appeal on a question of law or practice shall, unless overruled or otherwise impugned by a higher Court, be binding on the Court of Appeal and all Divisional Courts thereof, as well as on all other Courts and Judges and shall not be departed from in subsequent cases without the concurrence of the Judges who gave the decision, unless and until so overruled or impugned. » Les règles ont été modifiées par la suite, voir : *The Judicature Act*, 1914, c. 56, s. 32 (1); puis abrogées : *The Judicature Act*, 1931, 21 Geo. V., 1931, c. 24, s. 5.

⁷⁶⁹ « [N]umerous cases arose as to the effect and meaning of the statute. Where an appeal came before a Divisional Court of last resort, such Court has frequently held that the statute did not apply, and that the Court was required to consider the question for itself » (D.H. LAIRD, *loc. cit.*, note 767, à la p. 16).

⁷⁷⁰ À titre d'exemple, il arrive que les lois prévoient expressément qu'elles s'appliquent sans porter atteinte aux

productions jurisprudentielles. Il arrive que le législateur désigne l'élément normatif de la *common law*, c'est-à-dire qu'il fasse référence aux notions de « principe » et de « règle » dont le contenu sera étudié plus loin. En effet, au paragraphe 8 (3) du *Code criminel*, il est mentionné que « Chaque règle et chaque principe de *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur »⁷⁷¹. Grâce à cette disposition, les juges ont pu préserver les moyens de défense reconnus jusqu'à sa date d'entrée en vigueur, de même qu'ils ont admis avoir le pouvoir d'en créer d'autres⁷⁷². Même si la loi distingue entre une « règle » et un « principe » de *common law*, nulle interprétation n'est venue préciser le caractère distinct de l'un ou de l'autre de ces termes. D'ailleurs, dans un autre cas, le législateur fait seulement référence à la notion de « règle de la *common law* »⁷⁷³, ce qui est suffisant pour que les juges y voient une référence aux normes jurisprudentielles de façon générale, car la simple référence à la notion « règle de droit », sans autre précision, est interprétée par les tribunaux comme incluant les règles législatives et de *common law*⁷⁷⁴.

La *common law* ne sert pas, par contre, seulement à désigner un ensemble de normes et, reflétant les sens multiples de l'expression, parfois le législateur a recours à celle-ci pour désigner le système juridique qui porte son nom. À titre d'exemple, dans la description de la

règles de *common law* qui ne lui sont pas contraires. Voir l'art. 3 (3) de la *Loi d'interprétation du Canada*, L.R.C. (1985), c. I-21. Pour les fins de la présente étude, il aurait été superflu d'envisager chacune des références à la *common law* contenue dans les lois provinciales; il suffit ici de rappeler que la *common law* sert surtout d'arrière-plan normatif à la plupart des lois édictées dans les domaines régis par la *common law*: les règles de *common law* apparaissent donc, mais en négatif.

⁷⁷¹ L.R. (1985), ch. C-46. À l'article 9 du *Code criminel*, on fait référence à une « infraction en *common law* ».

⁷⁷² Dans *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487, à la p. 496 (j. Laskin) : « Je ne crois pas que le par. 7 (3) [ancien par. 8 (3) du Code criminel] interdise aux tribunaux d'étendre le contenu de la *common law* en admettant de nouveaux moyens de défense [...] ». Une même opinion a été formulée par le juge Estey : *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, à la p. 443. Par exemple, la défense de nécessité, parfois qualifiée d'excuse, a été reconnue en droit canadien, même si auparavant, et de l'aveu des juges de la Cour suprême, « [elle] n'a jamais été admise, autant qu'on puisse voir, dans une affaire criminelle en ce pays ou en Angleterre » (*Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 677 (j. Dickson, maj.)); voir aussi, *Perka c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 232.

⁷⁷³ Voir la *Loi sur les lettres de change* (S.R., ch. B-5), à l'article 9 : « Les règles de la *common law* d'Angleterre, y compris en droit commercial, s'appliquent aux lettres, billets et chèques dans la mesure de leur compatibilité avec les dispositions expresses de la présente loi. »

⁷⁷⁴ Par exemple, les tribunaux ont considéré que la règle de *common law* est une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte constitutionnelle*, voir : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; voir aussi : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, à la p. 127, au sujet de la portée de l'al. 43 a) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21 qui prévoit les conséquences d'une abrogation d'une loi.

mission de la Commission de réforme du droit, on peut lire que celle-ci doit « étudier et [...] revoir le droit du Canada et ses effets, d'une façon systématique qui reflète les concepts et les institutions des deux systèmes juridiques du Canada, le droit civil et la *common law* »⁷⁷⁵. Dans un même ordre d'idée, le législateur fait simplement référence à la *common law* pour la distinguer du droit légiféré⁷⁷⁶. Ainsi, la terminologie relative aux créations judiciaires suit les usages que l'on peut trouver dans la littérature juridique, il les appréhende en utilisant les mots que d'autres ont conçus, et dont il convient d'étudier le sens.

⁷⁷⁵ S.R., ch. C-30, ann. I; 1976-77, ch. 28, art. 10.

⁷⁷⁶ La formulation est pour le moins malheureuse : « La liste figurant à l'annexe I s'interprète selon l'état du droit canadien, *common law* ou texte législatif, au moment de la perpétration du crime imputé [...] » : S.R. ch. E-21, art. 34; voir aussi l'art. 39 de la même loi.

Chapitre II – Compréhension de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule* par les juristes

Consciemment ou non, lorsque les juristes abordent la question du rôle des juges et de leur fonction au sein du système judiciaire, ils le font avec des idées préconçues souvent inexprimées. Cet « arrière-plan » intellectuel implicite pourrait s'expliquer par la culture juridique transmise à l'occasion de leur formation et qui est souvent « en suspension » dans chacune des traditions juridiques. La comparaison des systèmes juridiques permet parfois de déceler l'importance de ces préconceptions, notamment lorsqu'on tente de transposer un raisonnement d'un système à un autre. Il serait impensable, par exemple, qu'un juriste français puisse prétendre ouvertement que le droit commun puisse dépendre de ce qu'en font les tribunaux : la formule d'Oliver Wendell Holmes n'aurait certainement aucun *sens* en droit français⁷⁷⁷. En retour, il faudrait un esprit aussi audacieux que celui de Jeremy Bentham pour chanter les vertus de la législation dans un système où la loi a été traditionnellement perçue comme une ingérence dans la partie la plus ingénieuse et la plus rationnelle du droit, la *common law*⁷⁷⁸. Ainsi, c'est par un effet de contraste que l'on parvient à saisir les particularités inhérentes à chacun des systèmes, et la jurisprudence permet d'en révéler quelques unes.

En effet, la façon de concevoir le rôle des règles prétoriennes n'est pas la même selon que l'on se situe en droit français ou en droit canadien. À la lecture des descriptions diverses que l'on peut trouver chez les juristes français, on peut constater que ceux-ci ont « pensé » la règle jurisprudentielle en fonction de sa règle rivale, la loi. Et pour comprendre véritablement le

⁷⁷⁷ Aussi, Holmes avait affirmé que « les propositions générales ne peuvent régler des cas particuliers » (« *General propositions do not decide concrete cases* », voir la critique de cette affirmation : André TUNC, « La méthode en droit civil : analyse des conceptions françaises », (1975) 27 *R.I.D.C.* 817, à la p. 822. Toutefois, sur un plan nettement philosophique, voir : Alain SÉRIAUX, *Le droit naturel*, 2^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 1999, à la p. 29.

⁷⁷⁸ Roderick MUNDAY, « The Common Lawyer's Philosophy of Legislation », (1983) 13 *Rechtstheorie* 191, à la p. 193. L'auteur cite Sir Frederick Pollock selon qui : « Parliament generally changes the law for the worse » (à la même page); voir aussi : Lord REID, « The Judge as Law Maker », (1973) XII *J.S.P.T.L.* 22, à la p. 28 qui compare les règles de *common law* et les lois en faisant l'analogie suivante : [la différence entre les règles de *common law* et les lois est comme] « the difference between old-fashioned, hand-made, expensive, quality goods and the brash products of modern technology ».

rôle des règles jurisprudentielles, il est nécessaire de préciser cette relation qui peut être à la fois marquée par une forme de soumission, d'interdépendance et même de domination, tant les cas de figure sont variés. Or cette question n'existe pas véritablement en droit canadien. La *common law*, véritable « droit commun », contient des règles aussi variées que ne le sont les domaines du droit. On regroupe sous l'appellation *common law rule* des moyens de défense⁷⁷⁹, des règles de preuve⁷⁸⁰, des pouvoirs d'arrestation⁷⁸¹ et de perquisitions des policiers, des présomptions, des fictions, des qualifications⁷⁸², etc. De plus, lorsque les juristes décrivent les règles de *common law*, jamais ils ne la situent en rapport avec les *statutes*⁷⁸³ : tout se passe comme si la loi et la *common law* étaient deux sources *parallèles* de normes qui n'entrent pas *réellement* en contact sauf, bien entendu, lorsque la loi codifie ou annule une règle de *common law*⁷⁸⁴. En fait, les règles de *common law* s'intègrent à l'intérieur d'un bassin juridique composée d'éléments hétéroclites que l'on regroupe sous le terme de « *common law* ».

Ce sont donc ces deux façons d'envisager les règles créées par les juges qui seront étudiées ici.

Section 1 - En droit français

⁷⁷⁹ *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63 : une règle de *common law* qui formulait une interdiction pour l'accusé d'invoquer son état d'ébriété lorsqu'il était accusé d'une infraction d'*intention générale*.

⁷⁸⁰ *A.M. c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157 : une règle de droit probatoire qui reconnaît une certaine discrétion du juge lors d'une demande de transmission d'une preuve privilégiée.

⁷⁸¹ *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607 : une règle de *common law* qui conférait des pouvoirs aux policiers à l'occasion d'une arrestation.

⁷⁸² Par exemple, dans *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, la Cour suprême devait évaluer le bien-fondé d'une règle de *common law* qui qualifiait les « statutes of limitation » (une forme de prescription extinctive) comme étant du droit procédural. Il s'agit alors d'une règle ancienne fondée sur l'idée qu'un droit reconnu par la *common law* n'est pas éteint même si le recours devant les tribunaux l'est par l'application d'un *statute of limitation*.

⁷⁸³ Voir : Patrick S. ATIYAH, « Common Law and Statute Law », (1985) 48 *Mod.L.Rev.* 1. Une exception possible toutefois, celle des « règles d'interprétation » des lois; certaines, comme la *Literal rule* (l'équivalent anglais de la formule souvent répétée en droit français : « on n'interprète pas un texte clair ») et la *Mischief rule* (règle de la situation à réformer), ont joué un rôle assez important dans le processus d'application des lois. Bien qu'elles soient des règles sur le plan strictement formel [elles contiennent une hypothèse (ex. : si le texte est clair) et une solution (ex. : on ne doit pas l'interpréter)], elles ne sont généralement plus très *fréquentables*, étant donné leur caractère artificiel et leur fonction rhétorique, voir : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 774, à la p. 49 et s.; Ruth SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto and Vancouver, Butterworths, 1994, Foreword, p. vii.

Afin d'analyser les diverses catégories des règles jurisprudentielles, on a relevé ce qui, dans les écrits doctrinaux, est le plus souvent désigné comme une création normative des juges en droit privé⁷⁸⁵. À l'intérieur du discours doctrinal, l'on trouve divers exemples qui, le plus souvent, sont évoqués⁷⁸⁶ pour distinguer les divers modes de création de règles par les juges. Sans que celles-ci soient expressément présentées comme telles par les juristes, il y aurait, en fait, deux grandes catégories de règles jurisprudentielles. Et, sans que cela ait été l'objet premier de son propos, l'extrait suivant d'un article du professeur Atias permet de saisir les particularités de chacune d'elles :

Parmi ces décisions, il en est qui créent de toutes pièces un principe ignoré de la loi, comme de la jurisprudence antérieure; la doctrine a, parfois, seule montré la voie. D'autres, au contraire, fixent seulement l'interprétation d'une disposition légale à laquelle le principe se rattache, même si l'opinion inverse aurait pu aussi l'emporter. Par ailleurs, certains principes sont posés par une seule décision qui se suffit à elle-même, tandis que d'autres résulte[n]t d'une "jurisprudence constante" [...]⁷⁸⁷

Ainsi, la première catégorie de règle doit son existence au silence de la loi et, dans ce cas, les juges sont parvenus à créer *réellement* un principe nouveau (A.). La seconde se rattache, artificiellement ou non, à la loi dont elle est censée constituer l'interprétation. Dans ce cas, les juges ont pu développer des règles à l'occasion d'une application de la loi (B.). Parce qu'elles disposent chacune des caractéristiques qui leur sont propres, elles seront envisagées de façon distincte.

§ 1 - Les règles jurisprudentielles créées *ab initio*

Les règles jurisprudentielles créées *ab initio* sont celles qui peuvent difficilement être

⁷⁸⁴ Cet aspect sera étudié plus, voir *infra*, aux pp. 422 et s.

⁷⁸⁵ La méthode consiste à relever ce qui est désigné par la doctrine comme une « règle jurisprudentielle » dans les divers ouvrages et articles qui ont été consultés. La raison de ce procédé est double. En premier lieu, à la différence de la règle coutumière ou de la règle législative, il n'y a pas de définition *officielle* ou *traditionnelle* de la règle jurisprudentielle. Il devenait donc périlleux de procéder selon une conception prédéfinie de la règle jurisprudentielle. En second lieu, comme il a été mentionné plus haut, il serait présomptueux de prétendre que telle norme est réellement une création jurisprudentielle si elle n'est pas reconnue comme telle par la doctrine.

⁷⁸⁶ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, Sirey, 1961, n° 119, à la p. 203 : selon ces auteurs, la seule application du droit provoque une création du droit, mais « [l]a jurisprudence crée le droit de façon beaucoup plus visible encore lorsqu'en présence d'un texte insuffisant ou vieilli, elle le complète ou le rajeunit par une interprétation déformante [et] *a fortiori* la jurisprudence crée des règles juridiques lorsqu'elle fournit des solutions en l'absence de toutes règle préexistante. »

rattachées à un texte législatif antérieur. La doctrine et, plus rarement, la jurisprudence s'accordent à leur refuser un rattachement formel ou matériel à la loi⁷⁸⁸. En raison de ce trait caractéristique, elles occupent un espace limité, mais symboliquement important⁷⁸⁹, en droit français. Pour reprendre les termes colorés de Boulanger, « [d]ans les espaces laissés libres par les règles légales, une végétation, parfois très dense, de solutions nouvelles s'est développée »⁷⁹⁰. Ainsi, certaines de ces règles se trouvent dans les interstices des lois tandis que d'autres semblent occuper un tout autre espace et poursuivre une toute autre fonction : pour conserver la même image champêtre, elles paraissent jouer le rôle d'un soleil qui éclaire l'ensemble de la flore juridique. Parce que les premières se trouvent entre les lois (1.) et les secondes au-dessus (2.), il convient de les aborder séparément.

A. Les règles *intra legem*

Entre les principes généraux formulés par le Code civil, il était difficile de trouver un espace vierge qui permettait aux juges de créer des règles nouvelles. Hormis le domaine du droit international privé, où presque tout était à dire par la doctrine et les juges⁷⁹¹, le droit privé

⁷⁸⁷ Christian ATIAS, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *J.C.P.*, 1984.I.3145, au par. 7.

⁷⁸⁸ L'on exclut de cette catégorie les règles *contra legem* qui se rattachent à un texte de loi dont elles contredisent l'esprit. Dans le cas des créations *ab initio*, les juges motivent leur décision en faisant référence à un article passe-partout du Code (ex. : l'article 1134 et l'article 4 du Nouveau Code de procédure civile) ou à un principe. Jacques Boré, dans *La cassation en matière civile*, Paris, Sirey, 1988, à la p. 378, n° 1083, souligne certaines maximes qui sont artificiellement « rattachées » à des lois et qui font l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation, telles : la maxime « *fraus omnia corrumpit* », l'action « *de in rem verso* », l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », etc.; A. BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 23, 1975, p.7, à la p. 17, l'auteur cite des cas où la Cour de cassation vise expressément un principe : « Vu le principe du respect des droits de la défense » (Civ., 2^e, 11 janvier 1968, *Bull. civ.*, II p. 10), « Vu la règle de l'égalité du partage » (Civ., 1^e, 16 juillet 1968, *D.* 1968, *J.C.P.* 1968.II.15694), « Vu l'article 189 *bis* du code de commerce et la règle *contra non valentem agere non currit praescriptio* » (Com., 19 mars 1974, *J.C.P.* 1975.II.17941).

⁷⁸⁹ Elles incarnent la souplesse du système juridique français.

⁷⁹⁰ J. BOULANGER, « Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi », t. V, *Trav. de l'ass. Henri Capitant* (1949), Paris, Dalloz, 1950, p. 61, à cette même page.

⁷⁹¹ « De fait la source essentielle du droit international privé français se trouve encore aujourd'hui dans la jurisprudence de la Cour de cassation et des juridictions soumises à son contrôle » : Henri BATTIFOL et Paul LAGARDE, *Droit international privé*, t. 1, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, à la p. 32. Dans ce domaine, la Cour de cassation reconnaît plus aisément l'originalité des solutions qu'elle consacre, c'est-à-dire qu'elle invoque explicitement les principes sur lesquels elle se fonde : Pierre HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », dans *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329, p. 366. Voir, Raymond VANDER ELST, « Les lacunes en droit international privé », dans Chaïm PERELMAN, dir.,

a été remarquablement codifié par le Code civil. Mais avec le temps, et comme l'avait prédit Portalis, certains oublis⁷⁹² et lacunes se sont manifestés⁷⁹³ au gré des situations nouvelles que les rédacteurs du Code n'avaient pu envisager.

Les règles *intra legem* font partie de ces règles qui contiennent à la fois l'hypothèse et l'effet juridique de la règle jurisprudentielle. Cette complétude de la règle n'implique pas, toutefois, que sa formation soit spontanée et que son contenu soit facilement identifiable. Le caractère novateur des principes qu'elles disposent constitue un obstacle, le plus souvent, à leur pleine reconnaissance par les juridictions. Cette situation n'est pas surprenante, car il est rare qu'un juriste fonde une solution juridique sur un principe *inédit*⁷⁹⁴ non rattaché à un texte quelconque : avant l'émergence d'une norme « nouvelle », il y a, le plus souvent, une phase de tâtonnement et d'incertitude. Les règles souffrent d'un défaut qui les marque plus directement que les autres règles jurisprudentielles⁷⁹⁵, celui de leur mode de formation par étapes. Deux cas de figures sont envisageables; soit il y a une formulation d'un principe large que les applications successives permettront d'affiner; soit il y a des applications répétées d'une règle dont le contenu restera incertain jusqu'à ce qu'intervienne une formulation du principe sur lequel elles se fondent. Elles seront envisagées dans le même ordre.

Un exemple souvent repris d'une « pure » création jurisprudentielle, dont le mode de formation répond à l'hypothèse soulevée plus haut, se trouve dans la reconnaissance de l'action *de in rem verso*. Même si l'on pouvait l'induire de certaines des dispositions du Code civil⁷⁹⁶, le principe voulant que l'on ne puisse pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui n'avait pas

Le problème des lacunes en droit, Bruxelles, Bruylant, 1968, aux pages 401 et s.

⁷⁹² Comme l'action en pétition d'hérédité, « connue du droit romain [...] [et] disparu[e] du Code civil [...] [c]'est donc la jurisprudence qui a dû préciser son régime » : Michel GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, 4^e éd., Paris, Litec, à la p. 480.

⁷⁹³ La qualification de lacune présuppose nécessairement que l'on adopte une certaine conception du système juridique, mais ce vaste débat ne sera pas abordé ici.

⁷⁹⁴ Voir : Christian ATIAS, « *Juris dictio*: redire l'inédit », D.1992.chr.280.

⁷⁹⁵ Il s'agit, en fait, d'une conséquence du cadre judiciaire qui l'a fait naître : « [I]a règle jurisprudentielle, [...] ne sera jamais qu'une réponse par oui ou non à une question simple qui se posait aux plaideurs dans les interstices du modèle légal » (Philippe JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », D.1987.chr.III.11, à la p. 13).

⁷⁹⁶ Les articles 1312, 1926 et 1241 du Code civil avaient été invoqués à titre de justification d'une reconnaissance de l'action : *Crédit foncier c. Arrazat*, Cass. Req., 11 juillet 1889, S. 90.1.97, note Labbé, à la p.

été formulé explicitement lors de la codification. Reconnu timidement au départ par la Cour de cassation⁷⁹⁷, le recours fut admis expressément dans un arrêt classique⁷⁹⁸, l'arrêt Boudier, dans lequel on peut lire qu'il s'agit d'une action qui n'a été « réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée ». Elle semblait alors couvrir un large champ d'application⁷⁹⁹. Mais la Cour de cassation a rappelé le caractère forcément subsidiaire de celle-ci⁸⁰⁰ dans une série d'arrêts qui, petit à petit, sont venus cloisonner la portée de la règle. On peut lire, dans un arrêt important, un attendu qui précise, par la négative, les cas d'ouvertures :

l'action [...] ne peut être admise qu'à défaut de toute autre action ouverte au demandeur; qu'elle ne peut l'être, notamment pour suppléer à une autre action que le demandeur ne peut intenter par suite d'une prescription, d'une déchéance ou forclusion ou par l'effet de l'autorité de la chose jugée [...] ou par suite de tout autre obstacle de droit.⁸⁰¹

Même si cette formule a été reprise presque mot pour mot d'une note d'arrêt⁸⁰², les conditions d'application de l'action ont véritablement gagné un statut officiel⁸⁰³ lorsqu'elles ont été édictées par les tribunaux. La Cour de cassation a joué un rôle indéniable dans son émergence, car bien que ses premières applications aient été l'oeuvre des juridictions de première instance et d'appel, c'est la Cour suprême qui a à la fois précisé le fondement de la règle (c'est un principe d'équité⁸⁰⁴) et sa portée. De plus, la doctrine, lorsqu'elle en expose le contenu, cite généralement une même série d'arrêts, la plupart issus de cette même cour⁸⁰⁵. Pour établir cette règle, la Cour a donc procédé en formulant un principe général, pour ensuite

98, 1^{ère} col.

⁷⁹⁷ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 20^e éd., t. 4, Paris. P.U.F., 1996, p. 505.

⁷⁹⁸ Julien Patureau c. Boudier, Req. 15 juin 1892, *D.P.* 92.1.596, *S.* 93.1.281, note Labbé.

⁷⁹⁹ La Cour a formulé les conditions d'application de la façon suivante : « il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit ».

⁸⁰⁰ Car le principe aurait pu bouleverser le droit des obligations.

⁸⁰¹ Dame Masselin c. Decaens, Cour de cass., 3^e ch. civ., 29 avril 1971, *Gaz. du Pal.*, 1971.2.554.

⁸⁰² Il s'agit de la formulation de Paul Esmein dans l'annotation d'un arrêt qui avait rappelé le caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso* : Cass. req., 11 septembre 1940, *S.* 1941.I.121. Pour une autre formulation, plus concise encore, voir Carbonnier : « [...] [L]'action *de in rem verso* ne peut être admise quand elle est introduite pour suppléer à une autre action qu'un obstacle de droit l'empêche d'intenter » : J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 797, p. 501.

⁸⁰³ Avec les nuances qui s'imposent lorsque l'on traite du caractère officiel de la jurisprudence.

⁸⁰⁴ Pour une description détaillée de l'émergence du principe, voir : Christophe ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 329, Paris, L.G.D.J., 2000, aux pp. 41 et s.

⁸⁰⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 797, p. 505, n° 312; Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil -*

venir préciser, au fil des arrêts subséquents, la portée de la règle jurisprudentielle. Ce mode de précision de la règle est classique en droit français, et on dit alors que la Cour procède selon la méthode des « petits pas »⁸⁰⁶.

Dans ce cas, c'est à partir d'un principe général qui a servi de fondement à la règle que la Cour est venue préciser le lieu exact où celle-ci pouvait se nicher dans le système juridique. D'autres règles connaissent des naissances difficiles où les applications successives d'une règle ne permettent pas de tirer un tableau net de sa portée avant que n'intervienne une formulation claire du principe sur lesquels elles se fondent. Un exemple de ce mode de formation se trouve dans la reconnaissance du caractère d'exception des souvenirs de famille en matière des partage des successions⁸⁰⁷. Avant qu'elle ne fut reconnue par la Cour de cassation en 1939, la question de l'attribution de ces biens dont la valeur est surtout sentimentale a formé « [une] matière curieuse et suggestive, sur laquelle divergeaient jusqu'ici [note publiée en 1940] les décisions des tribunaux et des cours d'appel et qu'un petit nombre seulement d'études doctrinales avait cherché à approfondir »⁸⁰⁸. En effet, de nombreux arrêts des juges du fond avaient généralement admis l'application d'un régime dérogatoire de ces biens en matière de partage⁸⁰⁹, mais la portée et le fondement du principe étaient discutés. L'arrêt de 1939 a donc permis de conclure à l'existence de la règle⁸¹⁰ dont le fondement repose sur un principe purement prétorien⁸¹¹.

Introduction générale, Paris, Cujas, 1997, à la p. 550 et s.

⁸⁰⁶ A. BRETON, *loc. cit.*, note 788, à la page 26, l'auteur décrit la formation graduelle de la règle jurisprudentielle :

lorsqu'on veut étudier une jurisprudence, il est vain de prétendre l'embrasser en ne considérant qu'une décision déterminée. Il est bien connu que la jurisprudence procède en utilisant ce qu'on appelle aujourd'hui la méthode des petits pas. Pour connaître une jurisprudence, il faut donc considérer l'un après l'autre les divers arrêts dont elle est constituée. On voit alors que ces arrêts, qui semblent *a priori* tous pareils, diffèrent bien souvent en réalité les uns des autres et comment leur succession peut marquer une évolution.

⁸⁰⁷ Voir, Jean-Louis MOURALIS, « Partage - Action en partage », *Juris-Classeur Civil*, art. 815 à 809, Paris, Juris-Classeur, 1998, aux par. 37 et s.

⁸⁰⁸ René SAVATIER, note pour *Le Mesnager du But c. veuve Le Mesnager du But*, Cass. req., 14 mars 1939, *D.* 1940.1.09, à la p. 9, 1^{ère} col.

⁸⁰⁹ René SAVATIER, *loc. cit.*, note 808.

⁸¹⁰ René Savatier écrit que « [l]a règle posée par l'arrêt rapporté apparaît, quand on considère l'espèce, plus riche encore que la lettre de la formule » (*Id.*, 2^e col.). L'attendu pertinent était le suivant : « il appartient aux juges, en cas de désaccord entre les héritiers, de faire eux-mêmes l'attribution d'objets [...] qui, en raison de leur caractère particulier de souvenirs de famille, ayant une valeur essentiellement morale, peuvent ne pas être soumis aux règles habituelles des partages » (*Le Mesnager du But c. veuve Le Mesnager du But*, *précité*, note 808, à la p. 10).

⁸¹¹ L'origine du principe et son caractère dérogatoire ont été affirmés clairement dans : Christian de Méneval et autres *c.* Claude de Méneval et autres, Cour de cass. 1^{ère} ch. civ., 21 fév. 1978, *D.* 1978.1.505, note Raymond

L'un et l'autre de ces modes de création jurisprudentielle occupent, peut-être par leur caractère exceptionnel, une place étroite dans l'ordre juridique. Toutefois, ce n'est pas là le destin qui attend l'ensemble des règles créées *ab initio*, car il peut arriver que d'autres puissent connaître une portée plus large, au point où l'on peut prétendre qu'elles transcendent le droit.

B. Les règles supra legem

En droit privé, si la portée des règles créées *de toutes pièces* par les juges devait être à la mesure de l'espace que leur laissent les lois, alors elles n'auraient vraisemblablement qu'un rôle restreint. Mais il existe un type de règle qui semble dominer l'ensemble du système juridique, le « principe général du droit »⁸¹², dont la reconnaissance par les juridictions a provoqué une forme d'enthousiasme à leur égard, et cela, dans plusieurs systèmes juridiques contemporains⁸¹³.

En droit français, c'est à la suite de la contribution du Conseil d'État, qui admit la

LINDON, à la p. 505 : « Vu le principe concernant l'attribution des souvenirs de famille; Attendu que, si les souvenirs de famille échappent aux règles de dévolution successorale et de partage établies par le code civil [...] cette exception aux règles normales ne saurait être étendue à [...] »; Pour une application récente, voir : Orléans *c.* Orléans, Cour de cass. 1^{re} ch. civ., 12 nov. 1998, *D.* 1999. jur. 640, comm. Juliette Robichez.

⁸¹² Pour une analyse critique de cette notion, voir la thèse de Marielle DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, Coll. du Laboratoire de Théorie Juridique, Aix-en-Provence, P.U.A.-M., 1998, à la p. 15 : « L'expression *principe général* ne désigne rien de précis en Droit privé positif français. Elle recouvre toute sorte de règles contenues dans les lois, les règlements ou encore posées par les juges. Aucun commun dénominateur ne vient fédérer cet ensemble, par trop hétéroclite. Sur le plan conceptuel, la catégorie "principe général" n'existe donc pas ». Dominique D'Ambra, dans sa thèse sur *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit, trancher les litiges*, Coll. « Bibl. de droit privé », t. 236, Paris, L.G.D.J., 1994, à la p. 99, distingue les règles jurisprudentielles des principes généraux du droit pour la raison suivante : « Remarquons que l'analyse de la méthode de raisonnement du juge oblige à distinguer les principes généraux du droit des règles jurisprudentielles : le juge déduit la solution du litige d'un principe général du droit préexistant, qu'il formule au besoin, alors que c'est de la solution élaborée par le juge que les commentateurs et les praticiens vont induire la règle jurisprudentielle ». L'auteur tient pour acquis que les règles jurisprudentielles naissent exclusivement à la suite d'une induction de la solution ou du cas spécial tranché par le juge (*ib.*). Cette conception de la règle jurisprudentielle nous paraît trop étroite. Elle ne cherche à décrire qu'un seul mode de formation de celle-ci. Par exemple, lorsqu'une règle jurisprudentielle naît d'un arrêt de principe de la Cour de cassation, il n'y a pas de cas tranché par les juges et la règle n'est pas nécessairement *induite* de l'arrêt lui-même, elle est écrite dans les motifs.

⁸¹³ Notamment dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des lois, où il s'agirait d'un outil important pour la justification ou la légitimisation du pouvoir des juges, voir : Mauro CAPPELETTI, *Le pouvoir des*

présence de « principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte »⁸¹⁴, que l'on s'interrogea sur leur portée. Par la suite, ce fut le Conseil constitutionnel qui reconnut l'existence des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la république »⁸¹⁵. En droit privé, leur apparition dans les arrêts de la Cour de cassation fut relativement précoce, sans que les auteurs y attachent une trop grande importance théorique tant ils semblaient évident⁸¹⁶. On a pu relever que la Cour a suivi, depuis les dernières décennies, la tendance affichée par ses homologues et qu'elle a reconnu la présence de principes à portée générale⁸¹⁷.

juges, Coll. « Droit public positif », Aix-en-Provence, Économica, 1990, aux pp. 297-298.

⁸¹⁴ L'arrêt Aramu, Conseil d'état, 26 octobre 1945. Sur la question des principes généraux du droit, voir : Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1999, à la p. 85 et s.

⁸¹⁵ Par l'arrêt du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association, voir : Cons. const., 16 juillet 1971, *D.* 1972, p. 685. Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » entretiennent un rapport étroit avec les lois, car « [u]n tel principe ne peut exister que s'il a pour support un texte législatif » : Cons. const. 16 juillet 1971. Seule une loi républicaine intervenue avant l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946 peut donner naissance à un tel principe (Cons. Const. 20 juillet 1988, déc. n° 88-244 DC) et ce n'est pas toute les lois qui peuvent justifier la reconnaissance d'un principe fondamental : il faut que la loi contienne une règle suffisamment générale pour qu'elle soit qualifiée de principe. Voir : Jean RIVERO, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république : une nouvelle catégorie constitutionnelle », *D.*, 1972, chron. 265; conf. : Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, « Jurisprudence constitutionnelle », *J.C.P.* 1997.I.4023, au par. 8.

⁸¹⁶ Par exemple, la Cour de cassation avait expressément reconnu que l'action *de in rem verso* « dériv[ait] du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'[a] été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée » (l'arrêt « Boudier », précité, note 798). Une explication possible du caractère presque *naturel* de la présence de principes généraux en droit civil est la relative familiarité des privatistes avec ceux-ci, grâce au contact avec les dispositions du Code civil (v. les art. 2, 4, 5, 6, 8, 9, etc.). Leur utilité est indéniable : « C'est leur forme simple qui fait leur évidence et qui force l'entendement [...] C'est leur forme lapidaire (jamais plus de 12 mots) qui les grave dans la mémoire, et c'est encore elle qui leur confère une valeur axiomatique » (Gérard CORNU, *Cours de droit civil*, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, à la p. 40). Aussi, la présence de principes généraux en droit civil semblait admise : « Sans sortir de leur rôle d'interprètes, cherchant dans les textes du code ou, à défaut, dans les principes généraux qui les dominent, les motifs de leur jugement, les tribunaux créent peu à peu un corps de droit, une doctrine [...] » (Henri CAPITANT, « préface » de la 1^{ère} édition, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, (1934) reproduite dans la 9^e éd., François TERRÉ et Yves LEQUETTE, Paris, Dalloz, 1991, p. XIII); la Cour de cassation distinguait entre le fait d'invoquer des « principes généraux de droit sur lesquels (un tribunal) fonde sa décision » qu'elle soit à l'intérieur des motifs ou du dispositif et la prohibition de l'article 5 du Code civil : Heitz, Darcot et autres *c.* Glorget et autres, Cass. ch. Req., 1^{er} fév. 1882, S.1882.1.210; aussi, Cass. 11 nov. 1872, S.1872.1.428; enfin, la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association dispose à son article premier que : « [l'association] est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations ». Récemment, la Cour a reconnu le principe « selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » : Cass. 2^e civ., 28 juin 1995, Cts Ficarelli *c/* Sté Laiterie Harrand, tel que cité dans J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 814, à la p. 89; voir aussi : Cass. 2^e civ., 13 nov. 1986, *Bull. civ.*, n° 172.

⁸¹⁷ Par exemple, lorsque la chambre criminelle casse les décisions qui violent les « règles générales de procédure et les principes généraux qui concernent et régissent, en matière criminelle, les droits de la défense »; Bruno OPPETIT, « Les "principes généraux" dans la jurisprudence de cassation », *J.C.P.*, 1989, éd. E., n. 5, p. 14; du

Empruntant parfois à la morale et au discours savant, les principes généraux du droit se distinguent des autres règles en ce qu'ils semblent chapeauter l'ensemble des règles de droit. Par exemple, au nom de principes d'équité et de politique juridique⁸¹⁸, la règle⁸¹⁹ de l'abus de droit indemnise la personne ayant subi un dommage à la suite d'un exercice abusif d'un droit. Sauf quelques domaines où les tribunaux sont réticents à l'appliquer⁸²⁰, la règle dispose d'une portée dont l'horizon est manifestement très large, car elle *limite* l'exercice de chaque droit subjectif même si ce dernier s'appuie sur une règle qui, en apparence, semble « absolue », comme le droit de propriété⁸²¹.

C'est, d'ailleurs, à l'occasion de l'exercice d'un tel droit que la Cour de cassation a pu formuler ce qui deviendra la théorie de l'abus de droit⁸²². En effet, on trouve une application de celle-ci dans un arrêt de rejet de la Cour de cassation⁸²³, l'arrêt *Coquerel*, où le recours pour abus de droit de propriété fut admis lors d'un litige au contexte factuel pittoresque⁸²⁴. La Cour d'appel d'Amiens avait reconnu qu'une clôture haute de 16 mètres surmontée de pics, qui n'avait aucune utilité et dont l'unique but était de nuire à son voisin, pouvait engendrer la responsabilité du propriétaire qui l'avait édifiée. Cette décision fut confirmée par la Cour de cassation qui statua, après avoir relevé les circonstances de l'affaire, que « dans cette situation de fait, l'arrêt (de la Cour d'appel) a pu apprécier qu'il y avait eu par Coquerel abus de son droit et, d'une part, le condamner à la réparation du dommage causé à un ballon dirigeable de

même auteur, « Les principes généraux en droit international privé », (1987) A.P.D. 179.

⁸¹⁸ Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil - Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, aux pages 790-791.

⁸¹⁹ Pour les fins de cette description, les expressions « règle » et « principe » seront utilisées sans faire de distinction.

⁸²⁰ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 818, aux pages 759 et 791.

⁸²¹ « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue... » : art. 544 du Code civil. La formulation de cet article a néanmoins été fortement critiquée, aucun droit n'étant réellement « absolu ».

⁸²² « Pour prétorienne qu'elle soit, la théorie de l'abus des droits a pris une virtualité d'application illimitée, ce qui constitue un phénomène général, qu'on retrouve dans d'autres institutions jurisprudentielles, telles que la responsabilité civile et l'enrichissement sans cause » : Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil - Introduction générale*, Paris, Cujas, 1997, à la p. 65. L'on doit comprendre, toutefois, quant à la dernière partie de l'affirmation, qu'on ne peut pas y adhérer sans y ajouter certaines nuances, l'enrichissement sans cause n'étant pas, il nous semble, d'*application illimitée*.

⁸²³ *Coquerel c. Clément-Bayard*, Req., 3 août 1915, *D.P.* 1917.1.79.

⁸²⁴ Sur la question générale de l'abus de droit, voir : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 818, à la p. 746 et s.

Clément-Bayard [...] »⁸²⁵. Or le principe de ce dédommagement s'inscrit en contradiction avec l'article 544 du Code civil.

En retour, la paternité exacte de la théorie de l'abus de droit est plus complexe. La décision de la Cour de cassation ne faisait que suivre certaines décisions éparses de cours d'appels et de première instance qui, relevant une intention de nuire chez un propriétaire, ont exigé la réparation du préjudice subi ou ont ordonné la démolition de l'installation contestée par le voisin⁸²⁶. Sur le plan formel, outre les termes « abus de droit » et « intention de nuire », la jurisprudence a fourni bien peu de matière et pour la formulation et pour la compréhension de la portée de la règle. Comme l'a écrit Durry : « Moins que jamais, il ne paraît possible d'établir une théorie unitaire de l'abus de droit... Les tribunaux refusent en cette matière de se laisser enfermer dans aucun système »⁸²⁷. Il revient plutôt à la doctrine de lui avoir trouvé à la fois un fondement et une théorie⁸²⁸.

Outre les règles de droit substantiel, il existe des règles *supra legem* qui prennent la forme d'un raisonnement plus que d'un commandement. Jean Boulanger en relève quelques unes qui, tirées du droit romain, ont été reprises par les juridictions : « *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* »⁸²⁹, « *prior tempore, potior jure* »⁸³⁰ ou « qui doit garantir ne peut évincer »⁸³¹. Leur utilité est proprement méthodologique et elles révèlent des mécanismes de pensée qui transcendent les divers domaines de droit, mais qui peuvent, comme

⁸²⁵ Coquerel c. Clément-Bayard, Req., 3 août 1915, *D.P.* 1917.1.79.

⁸²⁶ Un arrêt souvent cité est celui de la Cour d'appel de Colmar, du 2 mai 1855, *D.*1856.2.9; aussi : Trib. de Péronne, 2 déc. 1836, *Jur. Gén.*, 1857, t. XXXVIII, V^o Propriété, n^o 56; Trib. civ. de Sedan, 17 décembre 1901, *S.*1904.2.217, note APPERT.

⁸²⁷ DURRY, observ., *R.T.D. civ.*, 1972, p. 398, tel que cité par J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 818, à la p. 790.

⁸²⁸ Qui sont toujours discutés en droit privé. Sur cette question, voir : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 818, aux pp. 749-774. Ils exposent les thèses de Planiol (qui refuse l'existence de la théorie) et de Josserand (qui fonde le domaine de l'abus de droit sur les finalités sociales poursuivies dans l'exercice d'un droit), et soulignent la difficulté soulevée par son admission en droit privé.

⁸²⁹ J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 790, p. 69. Littéralement : « Personne ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même » (tirée du droit romain : L. 54, ff. de Reg. Jur.), traduction tirée de l'ouvrage d'Albert Mayrand, *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1985, p. 175.

⁸³⁰ J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 790, p. 69. « Premier dans le temps, premier dans le droit » : A. MAYRAND, *op. cit.*, note 829, p. 213.

⁸³¹ J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 790, p. 69.

l'adage « *lex posteriori derogat priori* »⁸³², avoir des conséquences importantes sur la *vie* des lois. Malgré qu'elles soient explicitement évoquées par les juridictions, la doctrine traite, le plus généralement, ces adages et maximes comme des règles à part, qui ne sont pas réellement *obligatoires*⁸³³ pour le juge ni créées par lui et, pour respecter ce statut particulier, elles ne feront pas partie du corpus étudié.

Ainsi, les règles jurisprudentielles dont l'application dépasse un domaine particulier ont une fonction importante en droit français⁸³⁴, mais il s'agit, le plus souvent, de normes qui trouvent leur inspiration dans certaines décisions jurisprudentielles et qui sont, par la suite, systématisées en théories par la doctrine⁸³⁵. Quelle que soit la « source » intellectuelle de ce type de règles jurisprudentielles, ce qui leur donne leur juridicité, selon la logique décrite plus haut, c'est leur admission par les tribunaux. En retour, leur légitimité tient peut-être à cette origine savante ou à leur rôle particulier dans le cadre d'un système juridique.

Une seconde catégorie de règles jurisprudentielles doit sa naissance à la règle légale et à une activité complexe, celle de l'application d'une règle générale à un cas particulier.

§ 2 - Les règles jurisprudentielles dérivées

⁸³² Jean-Louis Gardies invoque un troisième type de méta-disposition : celle qui, à côté de l'interprétation des lois et de la qualification des faits, porterait sur l'abrogation des lois. À notre avis, l'on pourrait définir autrement ce type de règle pour l'inclure dans la catégorie des méta-dispositions d'interprétation, dans la mesure où elles déterminent la portée de la loi *dans le temps*.

⁸³³ Yann PACLOT, *Recherche sur l'interprétation en droit*, thèse, Paris II, 1988, à la p. 184, tel que cité par J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 818, à la p. 439.

⁸³⁴ Les professeurs Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux leurs consacrent un titre complet (« le respect des finalités du système juridique »), *op. cit.*, note 818, à la p. 746 et s. Certaines agissent à titre de « correctif[s] au fonctionnement mécanique des règles juridiques » (*Id.*, p. 830) comme la théorie de l'apparence et d'autres, comme la théorie de la fraude, s'attaquent aux actes qui, bien qu'ils soient conformes aux lois, ne sont pas dénués d'intention dolosive ou de volonté de contourner l'application d'autres normes. Jean Boulanger en dégage une série, dans son article précité, *loc. cit.*, note 790, aux pages 69 et 70, dont celui qui veut que la bonne foi se présume, « Pas de privilège sans texte » ou « pas de patrimoine sans titulaire », etc.; sur la question de la place et de l'importance des principes généraux du droit dans le cadre d'une théorie générale du droit, voir : J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 814, à la p. 85 et s.

⁸³⁵ Comme par exemple, l'exception d'inexécution, ou l'*exceptio non adimpleti contractus* dont le fondement ne se trouve pas dans le Code civil, mais qui a été appliqué dans divers domaines, sans qu'une théorie unique puisse en cerner tous les aspects : Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, note 822, aux pages 415-416.

Lorsqu'elles ne sont pas simplement créées de toutes pièces par les juges, les règles jurisprudentielles naissent lors d'une application d'une règle antérieure, règle dont le support est textuel. « Appliquer une règle » : derrière ces termes se trouve une série d'opérations mentales au maniement subtil qui donnent la mesure du talent d'un juriste. Pour le juge, c'est lorsqu'il applique une norme à une situation particulière qu'il doit parfois dépasser le texte de la disposition afin de cerner la portée de la règle qu'elle exprime⁸³⁶.

Si l'on devait décrire ce processus, on pourrait le décomposer en deux moments traditionnellement présentés comme étant distincts et successifs, à savoir celui de l'interprétation de la loi et celui de la qualification des faits. Ces deux moments de l'application d'une loi méritent d'être envisagés, car ils disposent d'un « potentiel » créatif important. De plus, lorsque les juges font part des résultats atteints à la suite de ces activités intellectuelles, c'est-à-dire lorsqu'ils formulent leurs réflexions dans les motifs, ces derniers acquièrent, selon le tribunal qui en est l'auteur, une autorité qui se rapproche de celle que l'on accorde à la loi. Le raisonnement des juges constitue donc la *méthode* de création de la règle jurisprudentielle dont le *résultat* trouve son expression dans les motifs. Il est important de signaler que les processus qui mènent à la création d'une règle jurisprudentielle permettent de saisir les différentes fonctions de celle-ci. Ainsi, seront examinés tour à tour les méthodes de création de règles jurisprudentielles par l'application de la loi (1.) et les divers types de règles jurisprudentielles dérivées (2.).

⁸³⁶ On pourrait néanmoins prétendre, comme le font les professeurs Amselek et Troper, que l'interprétation est strictement un procédé subjectif étant donné la distinction entre le texte de loi (qui est un moyen de communication) et la règle (qui est le sens transmis par le texte). Selon cette conception, toute interprétation est une construction subjective de la règle (qui a une *texture* mentale). Il devient alors impossible de connaître véritablement l'interprétation du texte que peut faire le juge (c'est-à-dire le résultat du processus intellectuel), on peut seulement tenter de décoder ce qu'il a pu « penser » en lisant ses motifs (ce qui revient à dire qu'on ne peut pas aller dans son cerveau pour vérifier si c'est bien l'interprétation qu'il a eue !). Selon cette conception, l'interprétation, c'est-à-dire le sens que l'interprète accorde à un texte, est hors de portée de toute investigation. Ainsi, la phrase « l'interprétation du juge est... » est elliptique, car elle voudrait dire « le sens que l'on retire de ce que le juge a écrit à propos du sens de la règle qu'il a interprétée est... ». Ceci admis, et pour les fins de la présente analyse, l'on doit tenir pour acquis deux choses : l'une consiste à confondre l'« interprétation du juge » au sens communément admis des motifs qu'il a rédigés; l'autre consiste à prétendre qu'un texte peut avoir un sens admis dans une communauté juridique et que la motivation judiciaire peut contredire celui-ci, il y aurait, dans ce cas, un *ajout* de l'interprète qui est né de l'interprétation.

A. Les méthodes de création par l'application de la loi

Lorsqu'un juge doit étudier l'applicabilité d'une règle de loi à l'égard de faits, il procède généralement à la suite d'une espèce de raisonnement dialectique qui va des faits, qu'il cherche à qualifier, à la loi, qu'il tente d'interpréter. À l'évidence, ces deux moments sont riches dans leur potentiel créatif et, d'ailleurs, il est révélateur que la Cour de cassation en examine le déroulement⁸³⁷ dans le cadre de sa mission générale de contrôle des violations de la règle de droit⁸³⁸ : l'une et l'autre de ces activités ont pour effet de limiter ou d'étendre la portée de la loi. Il convient de les présenter afin de montrer ce « souffle de vie » qu'ils peuvent donner au texte inerte de la loi.

En premier lieu, le fait que l'interprétation de la loi puisse avoir un effet créatif est généralement tenu pour acquis par les juristes, ce qui explique les directives multiples qui en interdisent le recours, notamment celle exprimée par la maxime latine bien connue qui prévoyait qu'elle ne devait être laissée qu'à l'auteur de la loi⁸³⁹. Les tribunaux français, ainsi que la Cour de cassation, ont connu cette prohibition pendant un certain temps, et ils ont pu s'en dégager à mesure que déclinait la conviction de son utilité. L'interprétation des textes constitue aujourd'hui la voie la plus évidente de la création judiciaire.

Une façon d'expliquer le caractère créatif de toute exégèse⁸⁴⁰ est celui de la distinction entre le support de la règle, le texte de loi, et la règle elle-même. L'un vise à décrire l'autre, mais les deux ne se confondent pas. En premier lieu, l'un est texte, l'autre est pensée⁸⁴¹; ils sont

⁸³⁷ Pour le contrôle des qualifications, voir : J. BORÉ, *op. cit.*, note 788, p. 503, n° 1581

⁸³⁸ Article 604 du *Nouveau Code de procédure civile*.

⁸³⁹ *Ejus est interpretari cujus est condere lege*. Sur cette maxime, voir : Pierre-André CÔTÉ, « L'interprétation de la loi par le législateur », (1980-81) 15 *R.J.T.* 29.

⁸⁴⁰ En droit canadien, certains juristes utilisent plutôt l'expression « construction », tel l'ouvrage de Elmer A. Driedger, qui a été repris par Ruth Sullivan, voir : Ruth SULLIVAN, *Driedger On the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1994.

⁸⁴¹ « La norme n'est pas ce texte, mais seulement sa signification. Avant d'énoncer un jugement, il appartient au tribunal d'interpréter le texte, c'est-à-dire d'en déterminer la signification » : Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, coll. « Léviathan », Paris, P.u.f., 1994, à la p. 99. Ce qui implique un acte de volonté dans la détermination du sens et, par conséquent, le choix de l'un ou l'autre de ces sens du texte, est en même temps un choix de l'un ou l'autre du contenu de la norme, car « interpréter la loi c'est en réalité la refaire » (*Ib.*, p. 100).

donc, par nature, différents. En second lieu, la détermination de la règle applicable pour une situation donnée est un processus intellectuel qui se fonde sur un raisonnement dont la pierre de touche, en matière de lois, est bien sûr la loi elle-même, mais elle s'appuie également sur un nombre important de facteurs externes à celle-ci. Lorsque le juriste doit appliquer une règle, le rôle des facteurs externes s'amplifie au point où, parfois, le résultat n'a plus qu'un lien ténu avec le texte initial⁸⁴². Et lorsque cette activité s'effectue par les tribunaux, l'*interprétation* agit sur le texte lui-même, non pas matériellement, mais dans la portée que les juristes lui accordent; car, selon la conception actuelle de la jurisprudence, les arrêts disposent de cette autorité.

En second lieu, et quel que soit le type de litige, le juge doit qualifier les faits lorsqu'il applique la loi⁸⁴³. Pour décrire le raisonnement qui s'ensuit, on peut reprendre la définition qu'en fait le professeur Bergel, à savoir que la qualification est « une opération intellectuelle [...] consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante »⁸⁴⁴; elle a donc pour conséquence de lui imposer un régime juridique particulier. Ce choix obéit, le plus souvent, à des impératifs de cohérence avec le système juridique dont le processus consiste à déterminer à quelle catégorie appartient l'élément à qualifier, pour ensuite lui appliquer le régime juridique

⁸⁴² Pour illustrer ce phénomène, l'on peut envisager le cas rapporté par Mazeaud où une règle interdisait clairement de monter ou descendre d'un train lorsque le train est complètement arrêté : Henri et Léon MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 1965, t. 1, p. 127, tel que cité dans P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 774, à la p. 571. Pour une description du caractère créatif des interprétations et de l'effet de rétroaction de l'application de la loi sur l'interprétation, voir, du même ouvrage, les pages 20-21. Bien entendu, le fait de suivre à la lettre le sens du texte aurait eu des conséquences pénibles pour les passagers : sens du texte et portée de la règle peuvent donc viser deux choses différentes. Et cette distinction, bien qu'elle soit en majeure partie simplificatrice, permet de comprendre comment, sous le couvert de l'acte d'interpréter, le juge peut créer ce que l'on peut désigner comme une *portée* nouvelle à la règle formulée par le texte, du moins, une portée qui n'était pas *a priori* couverte par la seule lecture du texte. On dit alors qu'il exerce une activité créatrice. On pourra toujours valablement prétendre que la signification du texte n'est pas figée historiquement, qu'en formulant une règle, le législateur imprime sa volonté en vue d'une application et que le processus d'interprétation n'est pas un processus de création, mais bien un processus de découverte du sens. Le rôle du juge serait alors de le révéler; il outrepasserait son rôle s'il créait une règle nouvelle. Mais notre propos ne s'attarde pas à poser un jugement de valeur sur l'activité des juridictions françaises. Il s'appuie sur le constat que les juristes du système étudié admettent qu'il existe des règles jurisprudentielles qui sont nées d'interprétation des textes législatif et nous tentons seulement d'expliquer comment peut se manifester un tel phénomène. Sur les deux théories de l'interprétation, voir : Pierre-André CÔTÉ, « Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports », dans Paul AMSELEK, *Interprétation et droit*, Bruxelles-Aix-en-Provence, Bruylant-P.U.A.M., 1995, à la 189, aux pages 190 et s.

⁸⁴³ Voir : Jean-Louis BERGEL, « Différence de nature = différence de régime », (1983) 82 *R.T.D.C.* p. 258; Philippe JESTAZ, « La qualification en droit civil », (1993) 18 *Droit* 45.

relatif à cette catégorie. Comme l'a écrit le professeur Bergel :

La qualification d'un acte, d'un fait, d'un phénomène juridique consiste à le rattacher à une catégorie existante parce qu'il en a la nature et en emprunte donc le régime. Le refus de l'intégrer dans une autre catégorie signifie qu'il a une nature différente de celle-ci et obéit à un régime juridique différent. Il faut poser en principe que toute identité de nature implique une identité de régime et que toute différence de nature implique une différence de régime.⁸⁴⁵

A priori, cette opération intellectuelle ne semble pas entraîner un processus créatif, étant donné que la catégorie à laquelle le juge va rattacher les faits doit être préexistante⁸⁴⁶. Mais, en fait, les conséquences ou les effets d'une qualification ressemblent à ceux que l'on peut observer à l'égard d'une interprétation : le refus ou l'admission de l'élément à qualifier dans une catégorie juridique soumise à la loi détermine la portée de la règle qu'elle édicte⁸⁴⁷. Tel que l'a écrit le professeur Jestaz : « qu'il émane du législateur ou du juge, le changement de qualification n'est souvent qu'un artifice pour changer la règle ou introduire une règle dérogoire »⁸⁴⁸.

On peut évoquer, pour illustrer cette forme de création, la jurisprudence de la Cour de cassation qui a traité l'assistance à autrui comme une relation contractuelle, alors même que le destinataire de l'offre n'a pas manifesté sa volonté de contracter. Dans ce cas, il ressort de l'absence de volonté exprimée ou implicite que l'existence même du contrat repose sur une fiction⁸⁴⁹. Le raisonnement de la Cour a-t-il porté sur le sens des articles 1135 ou 1147 du *Code civil* ou a-t-il porté sur la catégorie à laquelle appartiennent les faits ? En d'autres termes, la Cour de cassation a-t-elle interprétée l'article de loi ou a-t-elle qualifiée de façon différente les

⁸⁴⁴ G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, sens I (théorie. gén.).

⁸⁴⁵ J.-L. BERGEL, *loc. cit.*, note 843, p. 258; pour une autre définition, plus ouvertement conséquentialiste cette fois : Christian ATIAS, *Le droit civil*, Coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 1984, à la p. 53

⁸⁴⁶ L'objection serait la suivante : si, par hypothèse, le juge crée une catégorie, c'est par un processus d'interprétation de la règle, et non pas par la voie d'une qualification.

⁸⁴⁷ Le professeur Jestaz donne un exemple (*Id.*, p. 49) où la qualification d'une dot comme un acte à titre onéreux ou à titre gratuit, modifiait le fardeau de preuve du créancier qui cherche à attaquer la constitution d'une dot par son débiteur : la Cour de cassation ayant conclu qu'il s'agissait d'un acte à titre onéreux, il revenait au créancier de prouver l'intention frauduleuse du débiteur et du tiers, chose pratiquement impossible selon l'auteur. Ainsi, cette qualification avait pour effet premier de modifier le fardeau de la preuve, mais l'effet second était celui de limiter la portée de la règle.

⁸⁴⁸ P. JESTAZ, *loc. cit.*, note 843, p. 50.

⁸⁴⁹ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, note 822, p. 202, n° 349 : « Longtemps, le droit n'a pas considéré que l'assistance d'autrui fut un contrat [...] en décidant que ces relations sont contractuelles : elles imposent une responsabilité sans faute et excluent la responsabilité délictuelle [...] (mais) [c]ette dernière analyse est

faits ? Bien que les motifs de l'arrêt semblent faire dépendre la solution sur la qualification correcte de la situation juridique⁸⁵⁰, il est fort possible que l'exercice ici ne puisse réellement provenir de l'une ou de l'autre de ces opérations « menées dans l'abstrait »⁸⁵¹, mais que les considérations politiques quant à l'opportunité d'indemniser la victime qui porte assistance à son prochain aient dominé l'esprit des juges.

Par conséquent, bien qu'il soit possible de distinguer conceptuellement ces deux moments dans l'application d'une règle de droit, il est des cas où ils peuvent se fondre en une seule et même opération, car les deux impliquent un jugement de valeur et provoquent un même résultat : la modification de la portée de la règle. Et la question de savoir si la qualification est antérieure ou postérieure à l'interprétation est d'un intérêt purement théorique du moment que l'on admet que, parfois, l'application de la loi rétroagit sur son interprétation⁸⁵². D'ailleurs, on peut déceler, dans cette interaction entre l'interprétation et la qualification, l'action profonde de certains *faits qui font jurisprudence*⁸⁵³. Dans sa thèse sur l'interprétation des faits en droit⁸⁵⁴, Monsieur Ivainier a décrit le rôle de ces faits qui sont à la fois *nouveaux* et qui ont une vocation à se répéter dans la naissance d'une règle jurisprudentielle. À titre d'illustration, il expose deux cas tranchés par des Cours d'appel qui faisaient intervenir les mêmes types de question, à savoir : est-ce que « [l']usage d'une carte-contact⁸⁵⁵ pour retirer des fonds, alors que les porteurs de ces cartes n'avaient pas pris soin de

artificielle... ».

⁸⁵⁰ « Attendu qu'en refusant d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle au motif qu'aucun manquement contractuel n'était reproché à M. Roger Dulac, alors qu'une convention d'assistance emporte nécessairement pour l'assisté l'obligation de réparer les conséquences des dommages corporels subis par celui auquel il fait appel, les juges de second degré ont violé les textes susvisés. » : *Compagnie Groupe populaire d'assurance c. Caisse primaire s'assurance-maladie d'Indre-et-Loire et autres*, Cass. civ. 1^{re} ch., 27 jan. 1993, *Bull. civ. I.* n° 42.

⁸⁵¹ Il n'y a pas un « sens nouveau » du contrat qui s'est substitué à l'ancien; et l'assistance à autrui n'est pas une convention.

⁸⁵² P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 774, aux pp. 20-21.

⁸⁵³ Théodore IVAINIER, *L'interprétation des faits en droit*, t. 30, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », Paris, L.G.D.J., 1988, p. 60; O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II : « Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé », Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 349, à la p. 362 : « Sont, en effet, seules susceptibles de fournir l'occasion de la naissance d'une règle jurisprudentielle les situations qui, ayant donné lieu à un certain règlement en justice, sont par nature appelées à se reproduire et à être réglées en justice de la même manière. »

⁸⁵⁴ T. IVAINIER, *op. cit.*, note 853.

⁸⁵⁵ Une carte de guichet automatique.

provisionner leurs comptes respectifs »⁸⁵⁶ était pénalement punissables (à titre de vol, de l'abus de confiance ou de l'escroquerie) ? La réflexion sur la catégorisation des faits décrits ici portera à la fois sur la portée que l'on accorde au texte de loi (interprétation) et sur l'opportunité de traiter comme un vol, ce qui n'en est, techniquement, pas un (qualification). En refusant de sanctionner pénalement ces actes, le contexte factuel « aura fourni à deux juridictions d'appel l'opportunité d'édicter une nouvelle règle générale de droit prétorien »⁸⁵⁷. Cet exemple permet de saisir que, même si chaque cas est différent, les litiges comportent parfois des faits qui, lorsqu'ils sont isolés clairement dans les motifs⁸⁵⁸, peuvent se muer en critères généraux et intégrer les hypothèses d'application d'une règle⁸⁵⁹.

Ainsi, lorsque la Cour de cassation précise que telle situation de fait doit être qualifiée d'une telle façon ou qu'une loi doit recevoir tel sens, elle cherche à diriger l'application future de la règle législative. Exprimant son opinion à l'intérieur de motifs, ceux-ci, par un processus qui sera décrit plus loin, vont être *rattachés* par les juristes⁸⁶⁰ au texte de loi. Si bien qu'à la fin

[L]e texte de la loi a été progressivement recouvert, en droit positif, d'une formule *fabriquée par les arrêts* et qui est *utilisée comme si c'était le texte même de la loi*. Il faut, en quelque sorte, gratter la formule composée des données jurisprudentielles, pour voir reparaître, en dessous, le texte légal dans sa simplicité primitive, et parfois, ce qui est encore plus curieux, dans son sens primitif.⁸⁶¹

⁸⁵⁶ *Ibid.*

⁸⁵⁷ *Id.*, p. 60. La règle serait la suivante : « en l'absence de provision, le fait pour un titulaire d'un compte bancaire, de retirer des billets d'une distribution automatique, n'est pas constitutif d'un quelconque délit, prévu et réprimé par le Code pénal ».

⁸⁵⁸ C'est ici que la formulation de la motivation prend une importance toute particulière. Un tribunal qui voudrait « noyer le poisson » aurait avantage à décrire de façon abondante les faits à la base du litige : les possibilités de trouver une règle d'application générale se réduirait d'autant. En retour, une rédaction ramassée des faits ou leur généralisation favorise l'émergence d'une règle.

⁸⁵⁹ Sur l'effet du contrôle de la qualification par la Cour de cassation, voir : Jacques BORÉ, « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995, chr. 133, à la p. 137 : « Combien d'arrêts de principes ont en effet été rendus sur des défauts de base légale ! Car, en définissant les constatations de fait qu'elle juge *nécessaire* à la formulation de la règle de droit, la Cour régulatrice *définit les éléments constitutifs de la qualification juridique* qu'elle retient [...] Cette forme de contrôle est essentielle car c'est elle qui a permis l'exercice du *pouvoir créateur de la jurisprudence* ». Les exemples abondent. Voir : Cass. Ch. mixte, C. partielle, 12 fév. 1999, SCP. c. G. : dans une affaire où la Cour d'appel avait requalifié un contrat de collaboration en un contrat de travail, la Cour de cassation opine : « Lorsque, nonobstant les mentions du contrat de collaboration, un avocat a été mis dans l'impossibilité d'avoir une clientèle, une cour d'appel était fondée à décider que les parties étaient liées par un contrat de travail ».

⁸⁶⁰ Bien que ce ne soit pas toujours un processus automatique, il s'agirait d'un phénomène constant si l'on en croit l'opinion des auteurs présentés à la section 2.

⁸⁶¹ Jean BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) *LIX R.T.D.civ.* 417, à la p. 426.

Dans ces cas, la règle jurisprudentielle produite pourrait être qualifiée de *dérivée* dans la mesure où elle s'agrafe au texte qui lui a donné naissance : lorsque la règle jurisprudentielle est établie, on ne peut plus envisager l'une sans l'autre, elles deviennent indissociables et forment un tout. C'est ce jumelage à la loi qui relie la règle jurisprudentielle à la règle légale, et cette relation peut prendre plusieurs formes et remplir plusieurs fonctions; il convient donc de les présenter.

B. Les résultats de la méthode de création de règles par application de la loi

On a pu constater l'effet que pouvait avoir une motivation innovatrice de la Cour de cassation dans l'ordre juridique français. Bien qu'ils soient censés avoir une simple portée doctrinale, les propos du professeur Malaurie⁸⁶² laissent entendre que le poids qui leur est accordé est tel, qu'ils deviennent des accessoires nécessaires à la compréhension de la loi. Or la réflexion sur les règles jurisprudentielles en droit français a buté surtout sur la question préalable de leur nature, elles ont donc peu porté sur leur fonction. En effet, quel rôle occupent-elles à l'égard de la loi ? Sans prétendre épuiser les multiples interactions qui relient les deux types de règles, deux relations-types semblent se dégager d'une étude des règles jurisprudentielles : les premières visent à définir les termes ou les expressions contenues dans le texte de loi, tandis que les secondes, plus difficiles à qualifier, semblent parfois contourner, voire contredire, le sens généralement attribué à la disposition législative. Plus largement, on pourrait prétendre que l'une semble toucher les mots (1) et l'autre, le sens des phrases (2)⁸⁶³.

1. Les règles jurisprudentielles qui définissent les termes de la loi

⁸⁶² Philippe MALAURIE, « Rapport français », dans *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'Association Henri-Capitant, t.xxxi, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 83, à la p. 87 : « [à] l'appui d'une opinion doctrinale, la référence à un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation, a le même poids que la référence à un texte [de loi] ».

⁸⁶³ Avant de les aborder, il convient de rappeler que cette distinction est possible seulement si l'on admet que l'objectivité (ou l'intersubjectivité) et l'existence du sens des lois sont deux concepts opératoires. Le problème est le suivant : si on refuse à la loi un sens minimalement objectif, alors tout processus d'interprétation est le fruit d'un acte de volonté seul. Le résultat n'est soumis à aucune contrainte *juridique* et ne peut donc être qualifié de créatif ou de passif, le sens antérieur n'étant pas connaissable.

Il peut paraître curieux de présenter les définitions comme des règles. Pour prendre une expression imagée, l'on pourrait prétendre qu'elles ne constituent, en fait, que des *morceaux* de règles, c'est-à-dire qu'elles ne formeraient qu'une *partie* d'une règle principale⁸⁶⁴. Or ceci est vrai si on limite l'expression « règle » aux seules normes de droit substantiel; dans ce cas, on écarterait de cette catégorie les textes prévoyant des modes de preuve, des moyens de défense, des présomptions ou des délais. Toutefois, cette objection disparaît si l'on admet qu'une règle n'est, en fait, qu'un outil de mesure des comportements, quels qu'ils soient, dont la structure fondamentale serait la suivante : dans telle situation, telle chose doit arriver (que ce soit une interdiction, une permission ou une autorisation)⁸⁶⁵. Dans ce cas, la définition est formellement une règle, car elle « ordonne » à l'interprète de donner un sens précis à un terme contenu dans une loi⁸⁶⁶. L'activité est intellectuelle, certes, mais elle reste *obligatoire* ou *sujette à contrôle*

⁸⁶⁴ Gérard CORNU, « Les définitions dans la loi », dans *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77, à la p. 88, au par. 25 : « C'est d'ailleurs parce qu'elle est, en elle-même, une notion-outil de l'ordre juridique, un concept de base (général et abstrait), que la définition réelle est (matériellement plus encore que formellement) une règle de droit de ce genre. »; tandis que la définition terminologique « apparaît formellement comme une règle accessoire. Liée, dans sa présentation, à la loi qu'elle accompagne, la définition des termes qui y sont employés, est l'accessoire des autres règles édictées dans la loi. Un peu comparable à un droit sur un droit (*jus supra jura*), les définitions terminologiques sont l'annexe des règles principales posées par la loi à laquelle elles se rattachent, des règles d'appoint. » (*Ibid.*, aux pp. 88-89).

⁸⁶⁵ Sur la conception de la norme à l'oeuvre ici, voir : Paul AMSELEK, « Norme et loi », *A.P.D.*, 1980, tome 25, à la p. 89 et s. Paul AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », (1978) *R.D.P.* 5, à la p. 5 : « Kelsen a su jeter une lumière salutaire sur la chose "norme", en démontrer la structure d'outil de direction des conduites humaines, c'est-à-dire de modèle de conduite à suivre servant de support de jugement et, par suite, à l'action des hommes; il a, du même coup, clairement élucidé l'opération mentale que l'on appelle "jugement éthique" et qui consiste à confronter un objet, en l'occurrence un comportement humain, à une norme et à faire ainsi apparaître sa valeur, positive ou négative, c'est-à-dire sa conformité ou sa non-conformité à la norme. » Par ailleurs, cette présentation de la « règle de conduite » n'est pas seulement admise chez les juristes français, voir : Joseph W. BINGHAM, « What is the Law », (1912) 11 *Michigan Law Rev.* 1, aux pp. 4-5 :

We unconsciously are led by common speech to think of principles and rules as integral things existing outside of the human mind, which may be perceived by a gifted or trained intelligence and communicated to others. [...] Regarded in any other than a metaphorical light, the conceptions of principles and rules indicated by such language are erroneous. [...] A rule or a principle is a connected series of concepts or associations or combinations of concepts. A concept is a psychological phenomenon. It does not exist outside the mind entertaining it. [...] Principles and rules cannot exist outside of the mind. The external expression of them does; and, in the case of writing, it may endure from generation to generation; but the external expression consists only of signs and symbols, and the meaning thereof exists only in the mind of the interpreter when he interprets.

⁸⁶⁶ La structure hypothèse-conséquence serait la suivante : si on *interprète* ce terme, il faut lui donner tel sens.

pour l'interprète. Pour cette raison peut-être, les juristes désignent les définitions que l'on peut trouver dans les arrêts comme des règles jurisprudentielles⁸⁶⁷.

Le professeur Cornu, dans un article fréquemment cité⁸⁶⁸, a rappelé l'importance et le rôle des définitions en droit civil. Ce faisant, il a présenté une classification des définitions qui, pour les fins du présent propos, permet d'expliquer et de préciser les différentes fonctions des règles jurisprudentielles au regard des lois. À ce titre, les juges sont intimement associés à cette fonction, étant donné qu'ils ont souvent à clarifier la signification d'un terme ou d'une notion⁸⁶⁹, ce qui justifie qu'on leur attribue la paternité des définitions. Et pour reprendre la classification proposée par le professeur Cornu, l'on peut distinguer les définitions jurisprudentielles selon qu'elles sont réelles ou terminologiques⁸⁷⁰. Les premières déterminent le sens *réel* d'une notion juridique⁸⁷¹, elle disent ce qu'elle *est*⁸⁷², tandis que les secondes font un « cheminement inverse », c'est-à-dire qu'elles donnent au mot le contenu qu'elle veut⁸⁷³.

Les définitions réelles émergent lorsque les juges attribuent un sens à des termes imprécis ou qui ont un contenu indéterminé. Dans ces cas, on peut observer que le sens des termes est précisé en procédant à *la manière* du législateur, c'est-à-dire en leur donnant une définition⁸⁷⁴. Un exemple donné par les professeurs Ghestin et Goubeaux⁸⁷⁵ est celui de la

⁸⁶⁷ Par exemple, André HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », (1989) 2 *R.R.J.* 257, à la p. 306 : les définitions des notions « d'oeuvre » (Civ. 1, 18 mars 1988, *J.C.P.*1987.20723, concl. Gulphe), de « représentation au sens de la loi du 11 mars 1957 » (Civ. 1, 1^{er} mars 1988, *J.C.P.*1988.21120, note A. Françon) « ou en l'absence de toute disposition textuelle, comme la garantie à première demande » (Com. 2 fév. 1988, B.A.C. IV, n. 55, p. 39, *D.*1988.somm. p. 239, obs. Levasseur).

⁸⁶⁸ Gérard CORNU, « Les définitions dans la loi », dans *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, à la p. 77.

⁸⁶⁹ On pourrait toujours prétendre que ces définitions étaient déjà implicites dans le texte de loi. En qualifiant ces interprétations de créatives, le juriste reconnaît que l'interprétation n'est pas seulement une activité déclarative d'un sens préexistant, mais créative de sens; sur cette distinction, voir : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 774, aux pp. 5-25.

⁸⁷⁰ C. CORNU, *loc. cit.*, note 868, à la p. 81 et s.

⁸⁷¹ *Id.*, à la p. 82.

⁸⁷² *Id.*, à la p. 81. Le professeur donne une série d'exemples de ce type de définition qui se trouvent dans le *Code civil*, telle la définition de la propriété, de l'usufruit et du nantissement.

⁸⁷³ *Id.*, à la p. 83.

⁸⁷⁴ *Id.*, à la p. 88 : « le travail de la jurisprudence [a] consisté à forger, sur le modèle des définitions légales (qui sont en nombre limité), des définitions prétoriennes (définition de l'apparence, de l'enrichissement sans cause, de l'erreur, etc.) »

⁸⁷⁵ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 818, à la p. 437.

définition de la cause, notion que l'on retrouve à l'intérieur des articles 1131 et 1133 du *Code civil*. La notion de cause est évidemment large lorsqu'elle est envisagée en dehors de toute référence jurisprudentielle et dans le cadre d'un rapport contractuel⁸⁷⁶. Mais la jurisprudence, s'appuyant sur la tradition juridique de droit civil, a distingué la cause de l'obligation⁸⁷⁷ de la cause du contrat⁸⁷⁸ en fournissant pour chacune, ce que l'on pourrait appeler, une définition. Celles-ci sont utiles, car elles tracent les contours d'une notion large⁸⁷⁹. Un autre exemple donné par les professeurs Ghestin et Goubeaux se trouve dans la détermination du champs d'application de la notion « d'erreur sur la substance »⁸⁸⁰. Tel qu'indiqué dans le *Code civil Dalloz*, il est précisé qu'il est de jurisprudence constante que ce motif de nullité s'étend aux « qualités substantielles (authenticité, origine, utilisation) en considération desquelles les parties ont contracté »⁸⁸¹. Même si le texte du Code civil ne contient pas expressément ces éléments, il faut les ajouter *comme s'ils en faisaient partie*⁸⁸².

Malgré leur utilité, cette forme de création judiciaire est probablement plus rare que la seconde, car les termes utilisés par le législateur sont déjà porteurs d'une définition qui est inscrite dans la langue utilisée et dans la tradition civiliste. Ce qui a pour effet que les juristes hésitent à reconnaître la paternité des définitions aux juges.

Les définitions terminologiques émergent lorsque le juge parvient à incorporer des cas concrets dans l'hypothèse d'application de la règle législative. Cet effet est d'une certaine importance, car il permet d'insérer des *choses, des situations* ou *des personnes* à l'intérieur de la portée de la règle alors que précédemment, ils n'y étaient expressément pas inclus. Le cas de

⁸⁷⁶ Pour un néophyte, la cause peut être conçue de façon strictement subjective et englober ce qui motive de près ou de loin l'intention de l'individu lorsqu'il contracte. Pour un philosophe, la cause peut évoquer les multiples types de « causes » dont traite Aristote, à savoir la cause finale, efficiente, matérielle et formelle : Alain SÉRIAUX, *Le droit naturel*, 2^e éd., coll. « Que sais-je ? », P.U.F., 1999, p. 11.

⁸⁷⁷ L'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation, envisagée par lui comme devant être effectivement exécutée.

⁸⁷⁸ Qui se trouve dans le mobile déterminant du contrat.

⁸⁷⁹ Qui peut aller, dans le langage courant, jusqu'à inclure l'objectif poursuivi dans la transaction, ex. j'achète un couteau de cuisine dans le but de faire un meurtre : est-ce une cause illicite ?

⁸⁸⁰ Qui est un motif de nullité d'une convention selon l'article 1110 du Code civil.

⁸⁸¹ Gilles GOUBEAUX, Philippe BIHR et Xavier HENRY, dir., *Code civil*, 96^e éd., Paris, Dalloz, 1996, à la p. 764, note sous l'article 1110 du Code civil, n° 6. (Ci-après cité : *Le Code civil Dalloz*).

⁸⁸² C'est le sens de la citation de Boulanger, cité note 861.

la reconnaissance du caractère contractuel de l'assistance pour autrui en est un exemple. Une illustration récente se trouve dans « un arrêt du 16 décembre 1997 relatif à la qualification de viol. Les faits étaient relatifs à des actes de fellation commis sur des mineurs »⁸⁸³ et, selon l'article 222-23 du Code pénal : « [est un viol] tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise. » Par conséquent, la fellation forcée ne répond pas à cette définition dès lors que l'on s'en tient à ces articles. La Cour de cassation a statué cependant que : « [t]out acte de fellation est un viol au sens des articles précités »⁸⁸⁴, donnant ainsi un repère aux juges du fond de la portée qu'il convient d'accorder à cette infraction.

Par conséquent, ce mode de création jurisprudentielle survient lorsque le juge doit appliquer une règle à une situation juridique qui n'était ou ne pouvait pas être prévue par le législateur et que, malgré tout, il rattache la nouvelle situation à la règle, – d'où l'idée que les tribunaux adaptent le droit aux faits⁸⁸⁵. Tel phénomène qui n'était pas envisagé par le législateur subit néanmoins les effets de la loi⁸⁸⁶. Historiquement, il s'agit d'un mécanisme qui a été abondamment utilisé pour régler des problèmes pratiques vraisemblablement non prévus par les codificateurs, comme ceux qui touchaient les transactions pour la femme mariée au XIX^e siècle : étant incapable, elle ne pouvait pas transiger pour répondre aux affaires courantes du ménage. Devant cet obstacle, la jurisprudence a développé la théorie du mandat domestique de la femme mariée⁸⁸⁷. Au lieu de procéder par voie de réforme législative, qui exige un processus lourd, la création d'une définition de nature terminologique permet d'adapter le droit sans

⁸⁸³ Yves MAYAUD, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra-legem* et *contra rationem* », D.1998.2.212, à la p. 212.

⁸⁸⁴ Cour de Cass. (ch. pén.), 16 déc. 1997, voir : J.C.P. 1998, II, n° 10074, note D. Mayer.

⁸⁸⁵ Boulanger a décrit ce processus créatif de la façon suivante : « La méthode de l'analyse permet tout d'abord au juge de rattacher une situation déterminée, le plus souvent nouvelle, à un concept, à une catégorie juridique d'où la loi elle-même tire des conséquences déterminées, soit dans un sens positif, soit dans un sens négatif (pour déclarer une nullité notamment) » (J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 790, à la p. 67); Jean-Louis BERGEL, « La loi du juge, dialogue ou duel ? », dans les *Mélanges Kayser*, t. 1, 1979, à la p. 24 : « Les tribunaux, amenés à combler des vides législatifs, sont également conduits à adapter les lois qu'ils appliquent à des réalités nouvelles issues des pratiques évolutives de la société, de l'évolution de ses mœurs ou de la technique. Ainsi naissent les règles jurisprudentielles. »

⁸⁸⁶ Faisant mentir l'adage de droit romain selon lequel une règle s'applique seulement aux cas qu'elle a prévus.

⁸⁸⁷ Voir, Jean CARBONNIER, *Droit civil, tome 2 : La famille*, 17^e éd., Coll. Thémis « Droit privé », Paris, P.U.F., 1995, pp. 127-128; « Mariage », *Jurisprudence générale Dalloz*, t. 31, Paris, à la p. 397, aux n° 809 et 810. Le mandat domestique était présumé même lorsque le mari était absent, ce qui en souligne le caractère

remettre en question les catégories antérieures. Bien entendu, l'aspect plus ou moins « créatif » d'une application de la loi dépend du contexte d'énonciation de celle-ci. Un cas clair d'activisme judiciaire s'est manifesté lorsque les tribunaux ont traité le contrat d'assurance-vie de stipulation pour autrui⁸⁸⁸. Les cours entraient alors en contradiction directe avec la volonté exprimée et connue du législateur initial⁸⁸⁹. Le plus souvent, et pour les mêmes raisons exprimées plus haut, il revient à la doctrine de souligner le caractère innovateur des décisions judiciaires.

Un dernier type de « règle » qui peut naître à la suite de l'application de la loi est celle où, ayant à diriger les situations recouvertes par un terme imprécis, comme dans le cas des lacunes *intra-legem*⁸⁹⁰, les juges formulent des critères qui permettraient d'en diriger l'interprétation. Ceux-ci n'ont pas réellement pour objet de définir un terme, mais ils visent généralement à en faciliter la compréhension. Par exemple, la question de savoir si une clause est *abusive* selon la loi peut se déterminer selon qu'elle procure un avantage excessif à l'une des parties ou selon qu'elle crée un déséquilibre excessif entre les droits et obligations des parties⁸⁹¹. Le juge ajoute alors des critères ou des directives qui permettent d'évaluer si oui ou non, une clause est excessive. Ainsi, sans vraiment chercher à définir les termes utilisés, cette méthode a pour effet d'ajouter des critères qui ne sont pas inclus dans le texte interprété : elle rend explicite ce qui était *a priori* implicite.

fictif.

⁸⁸⁸ Portalis avait écrit : « On a proscrit avec raison les assurances sur la vie des hommes parce qu'un pareil acte est vicieux en soi » (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, p. 119, tel que cité dans Antoinette MAURIN, *Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadiennes et françaises comparées*, Paris, Rousseau, 1938, à la p. 111).

⁸⁸⁹ On pourrait objecter qu'il est difficile, voire impossible, de déterminer ce qui a été prévu par le législateur. Certains théoriciens contestent même la possibilité d'une « volonté collective ». Mais cette question soulève toute la controverse sur l'existence d'une véritable *volonté du législateur*.

⁸⁹⁰ Philippe COET, *Les notions-cadres dans le Code civil. Études des lacunes intra-legem*, thèse de doctorat, Paris 2, 1984.

⁸⁹¹ Ce sont les critères les plus généralement retenus par la jurisprudence pour qualifier les clauses abusives, voir : Gilles GOUBEAUX, Philippe BIHR et Xavier HENRY, dir., *Code civil*, 96^e éd., Paris, Dalloz, 1996, à la p. 790, note sous l'article 1134 du Code civil, n° 10. (Ci-après cité : *Le Code civil Dalloz*)

2. Les règles jurisprudentielles qui ont pour effet de modifier le sens de la loi

L'interprétation des lois par les juridictions peut donner parfois l'impression qu'elles *détournent* non pas la signification d'un terme particulier, mais le sens général de la disposition elle-même. Un exemple souvent rappelé de ce mode de création est celui de la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde et, depuis l'arrêt *Blieck*, des personnes dont on doit répondre⁸⁹². Jusqu'à ce que la Cour de cassation fasse de l'alinéa premier de l'article 1384 du Code civil une source autonome de responsabilité, celui-ci avait été compris comme formulant l'annonce des régimes particuliers de responsabilité civile décrits par la suite⁸⁹³. D'autres cas sont moins clairs, car il sera toujours difficile de déterminer exactement quel était *l'intention du législateur* à l'époque de l'adoption de la loi. Mais la doctrine reconnaît que certaines dispositions ont connues une application extensive, comme l'élargissement du domaine d'application de la stipulation pour autrui qui avait, à sa rédaction, un caractère exceptionnel et s'est transformé en principe⁸⁹⁴. D'autres ont connu la situation contraire, comme la peau de chagrin qu'est devenue l'exception des dettes de jeu, pourtant clairement formulée à l'article 1965⁸⁹⁵, et qui est devenue inopposable lorsque le jeu a été « autorisé par la loi et réglementée par les pouvoirs publics »⁸⁹⁶. On se prend alors à croire que loin de s'intéresser aux termes utilisés par loi, la Cour de cassation les utilise à titre de prétexte pour l'élaboration d'une règle nouvelle et, dans ces cas, il est difficile de les distinguer des règles créées *ab initio*.

⁸⁹² Association des centres éducatifs du Limousin *c./ Blieck*, Ass. plé. 29 mars 1991, *D.*1991.juris.324, note Christian LARROUMET.

⁸⁹³ En effet, cet article rappelle le régime général (« On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait »), et annonce les autres régimes (« mais encore de celui qui est causé par les fait des personnes dont on doit répondre », soit les régimes prévus aux alinéés suivant de l'article 1384; et « ou des choses que l'on a sous sa garde », soit les régimes prévus aux articles 1385 et 1386 du Code civil). Sur cette question, voir : Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, P.U.F., 1987, p. 38.

⁸⁹⁴ P. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, note 822, à la p. 387 et s. En insistant sur l'exigence d'un « intérêt direct et immédiat », critère plus ou moins rigide ou fictif dans certains cas, entre le stipulant et le tiers, les tribunaux ont pu élargir la portée de l'article, voir : *Code civil Dalloz*, note sous l'article 1121, n° 1, critère fondé sur l'arrêt de la Cour de cassation, Ch. des req., 30 avril 1888, *D.P.* 1888.1.291.

⁸⁹⁵ « La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari ».

⁸⁹⁶ Voir, Huguette MAYER, « Jeu et exception de jeu », *J.C.P.*1984.3141, notamment la partie II intitulée : « L'exclusion de l'exception du jeu par la jurisprudence, passerelle jetée de la rive des moeurs à celle

Malgré la division qui a été présentée ici, il serait vain de prétendre épuiser la variété des fonctions de règles jurisprudentielles, car il y en a peut-être autant que celles poursuivies par les lois ! Les professeurs Ghestin et Goubeaux soulignent que la jurisprudence, en matière de coordination des normes, est également source de normativité dans la mesure où elle permet d'établir le domaine d'application des règles qui entrent en conflit⁸⁹⁷. Dans ce cas, « le juge élimine les antinomies »⁸⁹⁸ en précisant, pour chacune des lois, la portée exacte des règles qu'elles comportent. Les règles ainsi créées coordonnent l'application future des autres règles et, en ce sens, elles occupent un rôle important dans la mise en oeuvre des lois⁸⁹⁹.

On pourrait également imaginer des règles jurisprudentielles qui porteraient sur des moyens de preuves, sur des questions de procédure ou qui établiraient des présomptions, des nullités, etc. Mais l'intérêt de cette étude consiste à montrer que les juristes ont envisagé essentiellement l'action de la jurisprudence à partir de son effet sur la loi : lorsqu'un arrêt précise un terme ou lorsqu'il modifie ou détourne le sens de la loi, les juristes vont le catégoriser d'une certaine façon, car il offre une *valeur ajoutée* au droit et à sa connaissance. Sous l'École de l'exégèse, peut-être les auteurs auraient qualifié d'erronée une telle jurisprudence, aujourd'hui toutefois, elle provoque un effet plus ou moins encadré par la doctrine, celui de convaincre que l'état du droit a changé. Et si le juriste français désigne comme règle jurisprudentielle une action du juge sur la loi, son homologue canadien réserve la dénomination de *common law rule* aux seules décisions qui modifient ce droit *non écrit*, la *common law*.

du droit ».

⁸⁹⁷ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 818, aux pp. 438-439. Par exemple, on peut relever la solution retenue par la Cour de cassation lors de conflits de normes en droit du travail : « vu le principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflits de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application » (*Soc. 8 oct. 1996, Bull. civ. V, n° 315, p. 224*, extrait commenté par Remy LIBCHABER, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », (1997) 95 *R.T.D.civ.* 793).

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ Voir les commentaires et les exemples décrits dans : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 818, aux pp. 438-439.

Section 2 - En droit canadien

La conception de la règle de droit chez les juristes de *common law* a souvent été décrite par René David comme étant fondamentalement différente de celle qui règne en droit français⁹⁰⁰. En insistant sur cette divergence entre les deux systèmes, le comparatiste voulait mettre en garde contre les transpositions par trop simplistes que pouvaient faire les juristes en attribuant aux mots le sens qu'une traduction littérale indiquait. En même temps, le regretté professeur soulignait peut-être une autre caractéristique du système juridique anglais, celui de la malléabilité du vocabulaire juridique. Pour rendre compte de la variété des sens attribués aux termes en droit, il suffit simplement d'ouvrir un dictionnaire juridique pour constater à quel point celui-ci est « ouvert » aux nouveaux usages. L'expression *common law rule* fait véritablement partie de ces *choses* qui trouvent un usage particulièrement riche et varié auprès des juristes. En effet, certaines règles sont « établies » (*settled*), d'autres non, certaines portent un nom qui les relie à un arrêt (*Rule in Shelley's case*), d'autres portent un nom plus descriptif (*the neighbour rule*⁹⁰¹), etc. De plus, les *rules* côtoient des « doctrines », des « théories » ou des « principes », expressions qui servent parfois de synonymes aux premières ! Par conséquent, la présentation de la *common law rule* ne peut pas s'accomplir en suivant une approche taxinomique rigoureuse.

Néanmoins, il serait injuste de prétendre qu'il n'existe pas une certaine catégorisation des *common law rules*. D'une part, l'on pourrait distinguer les règles selon le degré de *certitude* qu'elles présentent quant à leur apport normatif. Par exemple, même si, selon la théorie du *stare decisis*, chaque décision des cours supérieures est susceptible d'engendrer une règle, les juristes procèdent avec précaution lorsqu'ils tentent d'en tracer le contours⁹⁰². Il est

⁹⁰⁰ Selon René David, un juriste anglais voit dans la formulation d'un principe une « formule creuse » car une règle ne peut se concevoir hors du « cas » (*case*) qui lui a donné naissance : René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1992, à la page 296; aussi : R. DAVID, *op. cit.*, note 724, à la p. 71.

⁹⁰¹ Formulé par Lord Atkin, dans *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (C. des L.).

⁹⁰² « It is only in a loose, metaphorical sense that *common law rules* 'exist' and are interpreted; it is more exact to say that formulations of common law doctrines are extracted or constructed from judicial opinions. The ways

donc généralement reconnu que c'est seulement par le jeu de l'application répétée de l'arrêt qu'une règle *stable* peut émerger et se transformer en *settled rule*. Ainsi, bien que la théorie du *stare decisis* soit ouvertement professée, une décision isolée engendre rarement une règle définie, et les juristes se méfient des déterminations hâtives de la portée d'un arrêt. Il est donc important de distinguer ces deux façons d'aborder les règles de *common law*, car elles ne procèdent pas du même type de réflexion : l'une relève d'une théorie prescriptive de la *common law rule* et l'autre se fonde sur une description de l'état du droit. D'autre part, les juristes utilisent un vocabulaire varié lorsqu'ils décrivent les *common law rules*. Au centre de ces notions, se trouvent des expressions que les juristes anglo-saxons opposent généralement, à savoir les principes et les règles; il sera donc utile d'isoler la raison d'être de cette distinction. Ensuite, il sera pertinent de souligner la présence de plusieurs expressions qui dénotent un apport normatif du juge.

§ 1 - Les différentes formations des *common law rules*

Alors qu'auparavant, les décisions judiciaires avaient une valeur en tant que source d'information sur le droit, les arrêts *Londons Tramways*⁹⁰³ et *Stuart c. Bank of Montreal*⁹⁰⁴ consacraient l'obligation pour les juges de respecter la règle de droit substantiel élaborée dans un arrêt antérieur, traitement qui est généralement réservé aux lois. Avec cette pleine reconnaissance de la normativité de la jurisprudence, plusieurs juristes ont tenté de formaliser le processus d'identification de la règle contenue dans un arrêt. C'est ainsi qu'ont pu être précisés la notion de *ratio decidendi* et les principes méthodologiques qui lui sont afférents, éléments qui feront l'objet d'un examen indépendant. Toutefois, l'accueil de la théorie du *stare decisis* ne fut pas unanime ni toujours aussi hospitalier : d'autres juristes ont fait part de leur scepticisme à l'égard de la possibilité de dégager une règle ferme à partir d'un arrêt, et ils ont mis au jour l'importance du processus d'affinement de la portée d'une règle de *common law* à

in which cases - the raw material of *common law rules* - are transformed into settled 'doctrine' are complex, varied and elusive; this is a topic about which there is little consensus among jurists. » : William TWINING et David MYERS, *How To Do Things With Rules*, 2^e éd., London, Weidenfeld and Nicolson, 1982, à la p. 153.

⁹⁰³ *London Tramways v. London County Council*, [1898] A.C. 375.

⁹⁰⁴ *Stuart c. Bank of Montreal*, (1909) 41 S.C.R. 516.

la suite de son application répétée⁹⁰⁵. Ainsi s'opposèrent deux conceptions de la règle de *common law* : l'une, fondée sur la définition de la *ratio decidendi*, est résolument prescriptive, tandis que l'autre, s'appuyant sur une observation du système juridique, est de nature descriptive. L'une et l'autre cohabitent l'univers juridique de la *common law* et il est important de les distinguer.

À la suite de la reconnaissance du caractère normatif des décisions judiciaires, très peu de juristes avaient perçu l'intérêt d'approfondir la méthode d'identification de la règle qu'elles étaient censées contenir. Arthur Goodhart fut probablement le premier à avoir dénoncé clairement les carences du système juridique anglais sur ce sujet. En guise d'introduction à sa propre méthode, il souligna que :

all the books on jurisprudence, from the time of Austin onward, had stated that it was necessary to distinguish between the general principle of a case, which constitutes the *ratio decidendi*, and the concrete decision, few attempts have been made to state the rules by which these general principles can be determined⁹⁰⁶.

Bien que les juges aient admis qu'un arrêt disposait d'une force obligatoire, peu d'entre-eux avaient véritablement fourni autre chose que de vagues indications quant à son étendue exacte. Les termes *ratio decidendi* et *obiter dictum*, suivis de quelques formules de circonstances, suffisaient généralement pour fonder un raisonnement qui s'appuyait sur des arrêts antérieurs. Or le débat sur la *bonne façon* d'isoler la *ratio decidendi*, ou sa simple définition, est devenu, pendant les années 1950⁹⁰⁷, le point central de la réflexion sur la portée des décisions judiciaires⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ Sir Carleton Kemp ALLEN, *Law in the Making*, 7^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1964, à la p. 217. Sur le rôle du traitement des arrêts sur le processus d'affinement de la portée d'une *common law rule*, voir *infra*, à la p. 349.

⁹⁰⁶ Arthur L. GOODHART, « The *Ratio Decidendi* of a Case », (1959) 22 *M.L.R.* 117, à la p. 118.

⁹⁰⁷ Parmi les nombreux articles, voir : A. L. GOODHART, « Precedent in English and Continental Law », (1934) 50 *L. Q. R.* 40; J. L. MONTROSE, « *Ratio Decidendi* and the House of Lords », (1957) 20 *M.L.R.* 124; A. L. GOODHART, *loc. cit.*, note 906; Julius STONE, « The *Ratio* of the *Ratio Decidendi* », (1959) 22 *M.L.R.* 597; A.W.B. SIMPSON, « The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent », dans A. G. GUEST, dir., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 151; Robert A. SAMEK, « The Dynamic Model of the Judicial Process and the *Ratio Decidendi* of a Case », (1964) 42 *R. du B. can.* 433.

⁹⁰⁸ Pour la majeure partie de son histoire, la controverse engendrée par l'admission de la règle du *stare decisis* fut dominée par la question de l'intérêt d'en faire un principe absolu.

Deux constats généraux émergèrent de cette controverse. Le premier consistait à reconnaître que la notion « *ratio decidendi* » était floue et ne correspondait pas toujours à une chose qui était *là* dans l'arrêt : un peu à la manière de la recherche de l'intention du législateur lorsqu'il interprète les lois, le juriste devait découvrir ou créer la *ratio decidendi* d'une décision judiciaire. Cette conclusion faisant naître le spectre de la subjectivité et, sans que cela ne remette en question le caractère normatif de l'arrêt qui l'énonce⁹⁰⁹, il devenait essentiel de fixer une *façon de faire* pour dégager cette règle. Curieusement, les juges répondirent peu à l'appel⁹¹⁰, et ce sont surtout les professeurs qui balisèrent le recours à la jurisprudence. Ainsi, ils bâtirent une théorie de la *ratio decidendi* qui postulait l'existence d'une règle de *common law* dans chacun des arrêts.⁹¹¹

Le second constat engendré par la réflexion sur la *ratio decidendi* a été de souligner l'effet déformant de son application répétée dans des affaires subséquentes⁹¹². Cet effet était si patent qu'il convenait de distinguer deux choses : la *ratio decidendi* de l'arrêt (c'est-à-dire ce

⁹⁰⁹ La théorie « stricte » du *stare decisis* dominait le paysage juridique anglo-saxon avant que n'intervienne la *Practice statement* de 1966. Dans l'esprit des juges, les décisions antérieures disposaient d'une autorité équivalente à celle des lois. Voir, Lord P. DEVLIN, *Samples of lawmaking*, Oxford, O.U.P., 1962, à la p. 112 : « the courts could no more get rid of it ...than they could get rid of an Act of Parliament ». Selon Montrose, la notion de *ratio decidendi* est une notion abstraite à laquelle : « nothing real may be related; and leads to the assumption that there is always a rule of law for which a case is of binding authority. » (J.L. MONTROSE, *loc. cit.*, note 907, à la p. 589). Selon Robert Samek, deux usages de la notion *ratio decidendi* auraient eu pour effet de créer une ambiguïté, à savoir que l'un se rapporterait à la règle de droit posée par le juge (théorie descriptive) et la portée obligatoire que devrait avoir un arrêt (prescriptive), voir : R.A. SAMEK, *loc. cit.*, note 907, aux pp. 434-435.

⁹¹⁰ Cet aspect sera étudié plus loin.

⁹¹¹ H. K. LÜCKE, « The Common Law : Judicial Impartiality and Judge-Made Law », (1982) 98 *L.Q.R.* 31, aux pages 69-70 : « it is the single precedent, decided by a court at the requisite level of the judicial hierarchy, which generates binding law, not just the repeated endorsement and application of a judicially announced rule ».

⁹¹² Il serait absurde, selon le professeur Simpson, de dire qu'une formulation de la Chambre des Lords puisse être comparée à une règle légale dont le seul énoncé intégrerait une règle dans le système normatif. Selon ce professeur :

[the] notion that the common law consists of rules which are the product of a series of acts of legislation (mostly untraceable) by judges (most whose names are forgotten) cannot be made to work, if taken seriously, because *common law rules* enjoy whatever status they possess not because of the circumstances of their origin, but because of their continued reception.

A.W.B. SIMPSON, « The Common Law and Legal Theory », dans A.W.B. SIMPSON, dir., *Oxford Essays in Jurisprudence (second series)*, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 77, à la p.86.

qui *devait* être) et la règle pour laquelle l'arrêt a été le fondement (ce qui était)⁹¹³. L'apparence de continuité du droit était soutenue par l'idée que les juges ne faisaient qu'appliquer les arrêts anciens à des circonstances nouvelles, mais l'évolution de certains principes jurisprudentiels trahissait l'inévitable « sagesse » qu'ont pu y ajouter les juges subséquents. En ce sens, Rupert Cross donne un exemple qui reflète la distance qui peut séparer la formule d'un arrêt de la règle qui en émergera :

[even if] it is assumed that Willes J's remarks concerning the master's benefit formed part of the *ratio* of *Barwick v. English Joint Stock Bank*, that case is no longer authoritative for the proposition enunciated by Willes J., but, even after *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, *Barwick's* case is authority for the proposition that a banker is liable for the fraud of his clerk committed in the course of his employment.⁹¹⁴

Ainsi, et malgré qu'elles partagent toutes un caractère obligatoire, les *common law rules* ne s'équivalent pas nécessairement. Un arrêt isolé de la Cour suprême a décidément la valeur d'une loi, mais sa réception au sein de la communauté juridique se révélera déterminante pour définir sa portée⁹¹⁵. On a même pu constater que la Cour suprême s'est déjà appuyée sur la résistance qu'avaient opposées les cours d'appel à l'une de leurs propres décisions pour légitimiser un revirement. En effet, lorsque la Cour devait évaluer l'opportunité de remettre en question un arrêt antérieur, le juge Lamer a souligné que : « En décidant que le temps est venu de renverser l'arrêt *MacAskill*, je suis conscient du fait que toutes les cours d'appel du pays qui ont eu à examiner la question ont cessé de suivre les règles de l'arrêt *Beard* (décision de la Chambre des Lords sur lequel l'arrêt de la Cour suprême était fondé) »⁹¹⁶. Il semble donc admis, même parmi les juges de la plus haute juridiction canadienne, qu'une règle de *common law* puisse être totalement constituée à la suite d'une décision unique, mais que son statut demeure fragile tant qu'elle ne sera pas *retouchée* par les juridictions inférieures.

Aussi, et pour clore cette présentation des deux modes de formation de la *common law rule*, il convient de souligner que la Cour suprême a pu répondre de deux façons différentes à cette réception aléatoire de ses propres règles auprès de la communauté juridique. On peut observer que

⁹¹³ Voir la discussion sur les définitions doctrinales de la *ratio decidendi* dans : Sir Rupert CROSS et J. W. HARRIS, *Precedents in English Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1991, aux pp. 72-75.

⁹¹⁴ Sir R. CROSS et J. W. HARRIS, *op. cit.*, note 913, à la p. 73.

⁹¹⁵ Voir *infra*, à la p. 349.

parfois elle tente de *forcer* le processus de réception, tandis que dans d'autres situations, elle l'anticipe.

En premier lieu, on peut rappeler l'existence d'un style de rédaction des arrêts qui semble être destiné à permettre aux juges de la Cour suprême de faire *directement* le droit, en énonçant des règles à portée générale⁹¹⁷. Dans ces cas, les juges résument leur opinion à l'aide d'une formule généralisante qui prend la forme d'une disposition législative : on peut lire une série de propositions qui sont souvent numérotées et qui ne font pas ou peu référence au litige. Comme cela a été mentionné plus haut, il devient alors facile pour les juges subséquents de traiter ces extraits comme la *ratio decidendi* de l'arrêt. Mais cet effet n'est pas toujours celui qui est recherché, et les juges de la Cour suprême ont parfois fait part de l'intérêt qu'il y avait à ne pas *tout prévoir* lorsqu'ils décidaient quels devaient être les critères applicables en droit. Ainsi, et en second lieu, on a pu constater que la Cour suprême refusait parfois de formuler des règles précises dans le but avoué de ne pas confiner l'évolution du droit. C'est cette méthode qui a été retenue par le juge McLachlin dans *C.N. c. Norsk Pacific Steamship Co*⁹¹⁸ où elle devait se prononcer sur la possibilité d'accorder une réparation lorsque les dommages étaient purement économiques⁹¹⁹. Au lieu de procéder comme la Chambre des Lords⁹²⁰, elle jugea que, dans cette matière, il valait mieux suivre la tradition de la Cour et d'afficher

un refus catégorique d'être limité par des formules et des règles arbitraires là où la justice commande le contraire. C'est la tradition à laquelle notre Cour s'est ralliée en affirmant, dans l'arrêt *Kamloops* que l'on devrait chercher à concevoir non pas une règle universelle

⁹¹⁶ *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, à la p. 702.

⁹¹⁷ *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521 à la p. 537; *C.U.Q. c. Corporation Notre-Dame de Bon-secours*, [1994] 3 R.C.S. 2 à la p. 20.

⁹¹⁸ *C.N. c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021. Dans cette affaire, la Cour était également divisée, elle fut réunie dans une affaire antérieure, voir : *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd et al. c. Saint John Shibuiling Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210.

⁹¹⁹ En *common law*, la perte purement économique n'est pas une cause suffisante pour être dédommée. Le raisonnement est le suivant : seule la personne qui subit des dommages matériels peut recouvrer les pertes. Les autres ne peuvent pas. Cette règle a reçu certains assouplissements, mais la crainte générale est liée au fait que si l'on permet le dédommagement dans ces cas, cela risque d'augmenter le nombre de réclamations.

⁹²⁰ *C.N. c. Norsk Pacific Steamship Co.*, précité, note 920, à la p. 1148 : l'approche de la Chambre des Lords serait celle où « il faut une règle qui traite le problème de façon exhaustive et définitive ». En fait, la Chambre des Lords avait adopté un principe, celui que la proximité engendrait un devoir de précaution *prima facie* (« *prima facie duty of care* » : *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728), mais cette théorie fut rejetée par la suite.

mais des catégories où l'indemnisation de la perte économique est justifiable sur une base individuelle.⁹²¹

Même si elle admet que ce procédé risque d'engendrer de l'incertitude⁹²², elle en défend le mérite de la façon suivante :

Mais [...] de quoi les tribunaux s'inspireront-ils à l'avenir ? La réponse est la suivante : des règles émergeront au fur et à mesure que les tribunaux reconnaîtront de nouvelles catégories d'affaires où l'indemnisation de la perte économique est possible. [...] Pendant ce temps, le droit sera peut-être incertain dans un domaine restreint de la négligence. Une telle incertitude est toutefois inhérente à la *common law* en général. C'est le prix que doit payer la *common law* pour sa souplesse, pour sa capacité de s'adapter à un monde en évolution.⁹²³

Dans ces cas, on peut considérer que la Cour affiche une certaine confiance dans la réception que pourra avoir sa décision.

Si les *common law rules* ne peuvent être utilement catégorisées selon leur rapport avec les lois, elles peuvent néanmoins se distinguer selon leur degré de *certitude*. La *ratio decidendi*, même si elle joue véritablement un rôle normatif, ne devrait donc pas être conçue comme ayant des contours clairs, il serait donc erroné de la confondre à la règle de droit tirée de la loi.

§ 2 - Les différentes expressions des *common law rules*

La *common law* englobe plusieurs types de règles dont l'expression se trouve dans les décisions judiciaires. Brian Simpson a décrit la diversité de ces appellations en soulignant qu'elles sont utilisées lorsque les juristes veulent *décrire* l'état du droit :

What may be called general theoretical propositions of the common law, which are the stuff of legal argument and justification, take a variety of forms. Sometimes they are said to state *doctrines* of the common law (the doctrine of offer and acceptance), sometimes *principles* or *general principles* (the principle of *volenti non fit injuria*), sometimes *rules* (the rule in *Rylands v. Fletcher*), sometimes *definitions* (the definition of conversion), and

⁹²¹ *C.N. c. Norsk Pacific Steamship Co*, précité, note 920, à la p. 1146.

⁹²² *Id.*, à la p. 1150.

⁹²³ *Id.*, à la p. 1152. Elle formule néanmoins un critère, celui du « lien étroit », à la p. 1152 : « la notion du lien étroit peut être considérée comme une expression générale qui vise un certain nombre de circonstances disparates dans lesquelles le rapport existant entre les parties est si étroit qu'il est juste et raisonnable de permettre l'indemnisation en matière délictuelle. »

this is by no means an exclusive list of diversity which is recognized more generously in the language of lawyers than in the writing of legal philosophers.⁹²⁴

Cet extrait est particulièrement utile dans la mesure où il relève les grandes catégories des créations jurisprudentielles telles qu'elles sont utilisées par les juristes en *common law*. Le sens exact que l'on doit accorder à chacun de ces types de créations jurisprudentielles n'est pas établi, et ce n'est que pour illustrer les directions qu'ont pu prendre les débats relatifs à chacun d'eux qu'ils seront examinés. Il convient cependant d'insister sur une catégorisation qui est la plus communément retenue, soit celle qui distingue la « règle » et le « principe » (A.), pour ensuite envisager sommairement le reliquat des expressions les plus souvent employées par les *common lawyers* pour désigner les produits de l'activité judiciaire (B.).

A. Les « règles » et les « principes »

Dans l'ouvrage *How To Do Things With Rules*, les auteurs Twining et Myers⁹²⁵ font une revue des différentes notions qui sont retenues en *common law* pour distinguer les types de règles. Dans cette étude, ils soulignent que les juristes de *common law* distinguent les principes (principes) – auxquels on associe généralement les *maxims*⁹²⁶ (maximes), des règles (règles)⁹²⁷ au motif que les premiers seraient marqués par une plus grande ancienneté et par une plus grande généralité que les secondes⁹²⁸. Quoique les professeurs rejettent la pertinence et la

⁹²⁴ Brian SIMPSON, « The Common Law and Legal Theory », dans William TWINING, dir., *Legal Theory and Common Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, p. 8, à la p. 9. Et sur la distinction entre les règles et les pratiques, il poursuit : « Some attempts have been made to differentiate these concepts; thus Bingham (J. W. Bingham, « What is the Law ? » (1912) 11 Michigan Law Rev. 1 and 109 at p. 22), and more recently Dworkin (R.W. Dworkin, « Is Law a System of Rules », in *Essays in Legal Philosophy* (1968; ed. Summers, R.) p. 25 at 34 ff.), have sought to distinguish rules from principles. » Mais, selon lui, ces définitions relèvent de la même conception de la *common law* « faite de règles », conception qu'il associe au positivisme et qu'il rejette dans la mesure où elle ne rendrait pas compte du mode de formation des règles (voir les pp. 84 et ss.). Et à la p. 89 : « [...] it is a feature of the common law system that there is no way of settling the correct text or formulation of the rules, so that it is inherently impossible to state so much as a single rule in what Pollock called 'any authentic form of words'. How can it be said that the common law exists as a system of general rules, when it is impossible to say what they are ? »

⁹²⁵ William TWINING et David MYERS, *How To Do Things With Rules*, 3^e éd., London, Weidenfeld and Nicolson.

⁹²⁶ Il existe un nombre important de maximes en droit canadien, et la plupart se retrouvent dans le livre d'Albert Mayrand : Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Yvon Blais, 1985.

⁹²⁷ W. TWINING et D. MYERS, *op. cit.*, note 925, aux pp. 57 et s.

⁹²⁸ *Id.*, à la p. 57. Les auteurs citent : Herbert BROOME, *A Selection of Legal Maxims*, 1845; à la p. v de la

justesse de cette distinction⁹²⁹, ils reconnaissent toutefois qu'elle fait partie de la tradition de la *common law* et qu'elle a connu un regain d'intérêt à la suite des théories de M. Dworkin. Parce que les « règles » et les « principes » sont souvent associés par les uns et dissociés par les autres, il est intéressant d'envisager ces deux notions en même temps; et le plus simple, pour ce faire, est de les aborder à partir des idées de celui qui a défendu leur différence, c'est-à-dire à partir de la théorie de Dworkin.

Le professeur Dworkin a introduit la notion de « principe » ou de « policy »⁹³⁰ à l'intérieur d'une critique générale du positivisme juridique dans laquelle il s'attaque plus particulièrement à la théorie de Hart⁹³¹. Selon M. Dworkin, les principes occupent une fonction importante en *common law*, notamment dans les situations où les règles ne fournissent pas de réponse quant à l'issue des litiges, c'est-à-dire en cas de lacunes ou de « hard cases » (cas difficiles)⁹³². Dans ces cas, et suivant les exemples qu'il donne, les juges font référence à des principes tels que « [traduction] Nul ne peut profiter de sa propre fraude ou bénéficier de sa turpitude »⁹³³ ou « [traduction] les cours ne peuvent servir d'instruments à l'inéquité ou à l'injustice »⁹³⁴. L'argument de Dworkin consiste à prétendre que ces principes juridiques sont d'une autre nature que les règles, ils formeraient une catégorie à part⁹³⁵. À la différence des règles, les principes ne sont pas nécessairement « obligatoires », car contrairement à elles⁹³⁶, on

préface, on peut lire que : « In the Legal Science, perhaps more frequently than any other, reference must be made to first principles. Indeed, a very limited acquaintance with the earlier Reports will show the importance which was attached to the acknowledged Maxims of the Law ».

⁹²⁹ W. TWINING et D. MYERS, *op. cit.*, note 925, aux pp. 132-133.

⁹³⁰ Terme difficilement traduisible, généralement associé aux expressions « politique », « principe » ou « idéologie ».

⁹³¹ Ronald DWORKIN, « Is Law a System of Rules ? », dans Robert S. SUMMERS, *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1968, p. 25, à la p. 35.

⁹³² C'est-à-dire en l'absence de règles législatives et de *common law*. Il ne s'agit pas, ici, de prétendre que Dworkin admet la présence de lacunes en *common law*. D'ailleurs, la présence des principes permet de nier l'existence théorique de celles-ci : pour toute question, il y a une réponse.

⁹³³ « [Version originale] [n]o one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong » : *Riggs v. Palmer*, (1889) 115 N.Y. 506, à la p. 509. Principe invoqué dans le cas d'un descendant qui avait assassiné son grand-père et qui réclamait la part de son héritage.

⁹³⁴ « [Version originale] the courts will not permit themselves to be used as instruments of inequity and injustice » : *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, (1960) 32 N.J. 358, à la p. 389.

⁹³⁵ R. DWORKIN, *loc. cit.*, note 931, aux pp. 36-37 : « The standards set out in these quotations are not the sort we think as legal rules. They seem very different from propositions like [...] 'A will is valid unless signed by three witnesses'. They are different because they are legal principles rather than legal rules. » Dans cet extrait, le professeur fait appel à une forme d'intuition.

⁹³⁶ « Rules are applicable in a all-or-nothing fashion » (*Ibid.*). Il n'envisage pas qu'il puisse y avoir un *conflit* ou

peut les écarter⁹³⁷, mais le juge doit quand même les prendre en considération. Par conséquent, même si la distinction entre les deux types de normes est parfois difficile à établir⁹³⁸, la présence des principes est réelle en ce qu'ils forment l'ensemble de valeurs fondamentales du système juridique⁹³⁹.

Bien que la théorie de Dworkin vise surtout à saper l'intérêt de la théorie positiviste de Hart, notamment dans sa quête d'un « critère » de juridicité⁹⁴⁰, elle met en évidence les traits principaux d'une catégorie de norme qui a souvent été isolée par les juristes de cette tradition juridique. En effet, certains points de distinction entre les règles et les principes de *common law* sont repris de façon récurrente par la doctrine et par les juges pour distinguer les types de normes juridiques. Un peu à la manière dont l'a fait Dworkin, on peut dégager deux idées principales. D'une part, les règles seraient le résultat d'une décision judiciaire, alors que les principes feraient parti de l'arrière-plan intellectuel du système juridique. Les deux participent à la résolution des litiges, mais la règle, plus particulière et plus précise, peut seule fournir directement une solution au litige⁹⁴¹, tandis que le principe se trouve à agir en sourdine, mais il est rarement déterminant quant son issue. C'est un peu cette interaction que décrit Lord Wright lorsqu'il souligne les deux grandes sources de règles « générales » en *common law* :

There can be no law without some general rules. In the common-law system these general rules are to be found in the generalizations, or *rationes decidendi*, enunciated in the

même une *contradiction* de normes à l'intérieur d'un système juridique. Selon l'auteur, les principes ont un « poids » qui varie selon les situations alors que les règles sont valides ou non et que tout conflit entre des règles est conceptuellement impossible (R. DWORKIN, *loc. cit.*, note 931, à la p. 40 : « If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule »). Cet aspect de la description de la portée des règles est pour le moins critiquable. Ici, le philosophe ne précise pas l'origine du postulat de non-contradiction et il n'approfondit pas ce qu'il entend par la notion de « conflit » de règles. Or à moins que l'on ne démontre qu'il existe un principe de non-contradiction en droit, ce type de conflit est récurrent, bien qu'il puisse être résolu grâce à des principes d'interprétation ou de coordination des normes.

⁹³⁷ « [Principles] do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met » : R. DWORKIN, *loc. cit.*, note 931, à la p. 37.

⁹³⁸ Il donne pour exemple le premier amendement de la Constitution des États-Unis qui protège la liberté d'expression.

⁹³⁹ Même si ce n'est pas l'objet de la présente analyse, on pourrait critiquer cette façon de concevoir les règles, dans la mesure où il présente la règle comme si son application était toujours catégorique.

⁹⁴⁰ L'argument principal de Dworkin consiste essentiellement à souligner l'existence de principes qui ne répondent pas aux critères généraux de juridicité. Cette critique se trouve aux pages 54 et s., lorsqu'il aborde les règles de reconnaissance : R. DWORKIN, *loc. cit.*, note 931, aux pp. 54 et s. Mais cet argument repose sur le postulat qu'il existe des critères de juridicité à l'égard des *common law rules*. Or il n'existe aucune norme positive qui attribue aux juges un pouvoir d'émettre des règles de portée générale.

⁹⁴¹ Paul WEILER, « Two Models of Judicial Decision-Making », (1968) 46 *R. du B. can.* 406, aux pp. 432-433.

particular cases, supplemented by statutes and some traditional principles of the common law, which form an ever-present back-ground save as varied by case-law or statute.⁹⁴²

D'autre part, les règles seraient obligatoires, tandis que les principes disposeraient d'une autorité⁹⁴³ qui varierait selon les circonstances. C'est l'opinion que défend également le professeur Cohen, car selon lui les principes possèdent un caractère potentiellement obligatoire, mais ils ne le sont pas par *nature*⁹⁴⁴.

Afin d'illustrer ces différences, on pourrait se référer à l'arrêt de la Cour suprême dans *In re Estate of Charles Millar*⁹⁴⁵. La Cour suprême devait évaluer la légalité d'une clause testamentaire dont l'objet était d'attribuer une somme d'argent à la femme qui, au cours des dix années précédentes, aurait donné naissance au plus grand nombre d'enfants dans la ville de

⁹⁴² Lord WRIGHT, « Precedents », (1942) 4 *U. of T. L. J.* 247, à la p. 273. On trouve la définition suivante de « principe » dans le *Black's Law Dictionary*, 6^e éd., St-Paul, West Publishing, 1990 [ci-après cité : *Black's Law Dictionary*], à la p. 1193 : « A fundamental truth or doctrine, as of law; a comprehensive rule or doctrine which furnishes a basis or origin for others; a settled rule of action, procedure, or legal determination. A truth or proposition so clear that it cannot be proved or contradicted unless by a proposition which is still clearer. That which constitutes the essence of a body or its constituent parts. That which pertains to the theoretical part of a science. » Pour des exemples jurisprudentiels : « It has always been a principle of the common law that mens rea is an essential element in the commission of any criminal offence against the common law. » (*R. v. Curley*, (1953) 16 C.R. 419, [1953] O.W.N. 603, 106 C.C.C. 125 (S.C.), j. Hogg).

⁹⁴³ Robert A. SAMEK, « The Dynamic Model of the Judicial Process and the *Ratio Decidendi* of a Case », (1964) 42 *R. du B. can.* 433, à la p. 445, n. 37 : « A principle is sometimes distinguished from a rule on the ground that the former is on a higher plane of generality, Cf. Co. Litt. 11. a. A more salient point of distinction, however, is the normative character of rules. Principles imply a degree of generality, but they need not be normative. » Pour cette raison, certains juristes préfèrent qualifier les directives d'interprétation comme des « principes » parce qu'elles n'ont pas ce caractère « obligatoire » ou « catégorique », voir : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 774, à la p. 49.

⁹⁴⁴ Stanley A. COHEN, *Due Process of Law*, Toronto, Carswell, 1977, à la p. 203. Cette idée est directement empruntée à Dworkin, mais il l'utilise pour faire valoir que l'exercice judiciaire d'un pouvoir discrétionnaire doit être mené en respectant les principes juridiques et non pas arbitrairement. Voir aussi : Joseph W. BINGHAM, « What is the Law », (1912) 11 *Michigan Law Rev.* 1, à la p. 22 : « A rule of law is a generalized abstract comprehension of how courts would decide concrete questions within its scope. A principle of law is an abstract comprehension of considerations which would weigh with courts in the decision of questions to which it is applicable. » Sur l'utilisation inconstante de la notion de « principe » voir : Melvin Aron EISENBERG, *The Nature of the Common Law*, Cambridge, H.U.P., 1988, à la p. 76 : « In the context of adjudicative reasoning, the term *principle* is sometimes used to mean a moral standard and sometimes used to mean a legal standard. Often it is unclear whether the term is being used in the first or the second sense. This lack of clarity might not be troublesome if the standards described by the two different senses of principle were coextensive, but that is not the case. » L'auteur distingue ces deux sens attribués à la notion de « principe », car l'un plonge véritablement sa source dans la morale, tandis que l'autre est proprement « juridique ». Par la suite, l'auteur distingue la notion de principe – entendu ici dans son sens « juridique » en l'opposant à son aspect « moral », et la notion de « règle », non pas dans leur qualité normative, qui est la même (« Within the universe of legal standards there is no logical distinction between those that might be called principles and those that might be called rules » : *Id.*, à la p. 77), mais dans leur degré de généralité (*Ibid.*).

⁹⁴⁵ [1938] R.C.S. 1.

Toronto. De l'avis de tous, cette clause ne portait atteinte à aucune règle législative ou de *common law*. Mais au lieu de trancher la question strictement à partir de ce constat, les juges examinèrent la question de savoir si elle contrevenait au principe de « public policy » (ordre public). Bien qu'il n'ait jamais été invoqué pour une telle clause, ce principe demeurait pertinent pour en évaluer la validité, car, selon le juge Duff :

It is the duty of the courts to give effect to contracts and testamentary dispositions according to the settled rules and principles of law, since we are under a reign of law; but there are cases in which rules of law cannot have their normal operation because the law itself recognizes some paramount consideration of public policy which over-rides the interest and what otherwise would be the rights and powers of the individual. It is, in our opinion, important not to forget that it is in this way, in derogation of the rights and powers of private persons [...] that the principle of public policy operates.⁹⁴⁶

Il poursuit alors son analyse en étudiant l'opportunité de créer un autre motif d'annulation des clauses testamentaires au nom de ce principe. Les autorités anglaises, qu'il cite abondamment, montrent l'extrême prudence des juges, frisant parfois la méfiance, lorsqu'ils envisagent la possibilité d'étendre l'application d'un tel principe à des cas nouveaux. Lord Halsbury, reconnaît le juge Duff, avait fermé la porte à toute extension du principe à d'autres types de clauses et Lord Lindley avait décrit le recours au principe d'ordre public comme un « [traduction] fondement très instable et dangereux de création d'un nouveau motif jusqu'à ce qu'il soit stabilisé par une décision »⁹⁴⁷. Malgré le fait qu'elle conclut qu'il n'y a pas de raison d'étendre le principe au cas qui lui était soumis, la Cour suprême adhéra à l'opinion légèrement plus libérale de Lord Wright qui envisageait la création de nouveaux chefs d'annulation, mais seulement dans certaines circonstances précises⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ *In re Estate of Charles Millar*, précitée, note 945, à la p. 4.

⁹⁴⁷ « [Version originale] public policy is a very unstable and dangerous foundation on which to build until made safe by decisions » : *Janson v. Driefontein Consolidated Mines, Ltd.*, [1902] A.C. 484, à la p. 507.

⁹⁴⁸ *Fender v. Milmay*, [1937] 3 All. E. R. 402, opinion de Lord Wright aux pp. 425-426 : « Public policy, like any other branch of the common law, is governed by the judicial use of precedents. They [the House of Lords] have proceeded to apply some recognized principle to the new conditions, proceeding by way of analogy and according to logic and convenience, just as courts deal with any other rule of law [...] ». Sur la portée de l'arrêt de la Cour suprême, voir : G.H.L. FRIDMAN, *The Law of contract in Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1994, à la p. 372.

Sans vouloir verser dans la caricature⁹⁴⁹, et pour reprendre les termes de Lord Lindley, on pourrait prétendre que l'attitude générale des juristes de *common law* à l'égard des principes est dominée par cette idée qu'ils sont « très instables et dangereux jusqu'à ce qu'ils soient appliqués dans un cas particulier ». L'on touche alors à un aspect qui révèle un trait fondamental dans la conception de la règle de droit : à savoir qu'un principe abstrait ne peut donner qu'une indication générale de la solution à retenir lors d'un litige, mais il est rarement déterminant ou suffisant comme peut l'être une règle. Les maximes⁹⁵⁰ font également l'objet des mêmes reproches⁹⁵¹. Les juges de la Cour suprême se sont même récemment *attaqués* à la maxime « *res ipsa loquitur* » au motif que l'application de la maxime dépend « fortement des circonstances établies en preuve, [et qu'] il est impossible de préciser à l'avance les genre de cas où la maxime s'appliquera »⁹⁵².

⁹⁴⁹ Certains juges ont adopté le principe du « prochain » formulé par Lord Atkin dans *Donoghue v. Stevenson* ([1932] A.C. 562, à la p. 580) presque sans réserve, voir : *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home office*, [1970] A.C. 1004, at 1023, Lord Reid : « the words of Lords Atkin expressed a principle which ought to apply in general 'unless there is some justification or valid explanation for its exclusion' »; *C.N. c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, à la p. 1137 de l'opinion du juge McLachlin : « Une proposition fondamentale sous-tend le droit en matière de responsabilité délictuelle : la personne qui, par sa faute, cause un préjudice à autrui peut en être tenue responsable. Lorsque cette faute est la négligence, l'obligation s'étend à toutes les personnes auxquelles l'auteur du délit peut de façon prévisible causer un préjudice : *Donoghue c. Stevenson* [...] » Cet arrêt a été célébré dans les pays de *common law*, provoquant même des pèlerinages à l'endroit où se sont déroulés les faits ! Voir : Peter T. BURNS et Susan J. LYONS (dir), *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence*, coll. « The Paisley Papers », Colombie-Britannique, The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1991.

⁹⁵⁰ Les maximes se distingueraient des principes de par leur origine en ce qu'elles se rattachent, le plus souvent, au droit romain ou à l'*equity*, voir : W. TWINING et D. MYERS, *op. cit.*, note 925, à la p. 58; dans le *Black's Law Dictionary*, à la p. 979, l'on trouve la définition suivante de l'expression « maxim » : « Maxims are but attempted general statements of rules of law and are law only to extent of application in adjudicated cases. » Les maximes de droit romain illustrent le rôle qu'a pu jouer le droit continental dans l'histoire de la *common law*. Cette interpénétration quelque peu oubliée des différentes cultures juridiques est particulièrement évidente dans le domaine de l'interprétation des lois : Pierre-André CÔTÉ, « L'interprétation en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différence d'accents », (1997) 31 *R.J.T.* 45, aux pp. 58 et s.

⁹⁵¹ Voir Lord Esher, dans *Yarmouth c. France*, (1887) 19 Q.B.D. 647, à la p. 653 :

I detest the attempt to fetter the law by maxims. They are almost invariably misleading: they are for the most part so large and general in their language that they always include something which really is not intended to be included in them.

⁹⁵² *Fontaine c. C.-B. (Official Administrator)*, [1998] 1 R.C.S. 424, à la p. 432; le juge Major la qualifie alors de « périmée »; voir, à la p. 435 :

Quelle que soit la valeur que la maxime *res ipsa loquitur* a pu avoir dans le passé, elle ne l'a plus maintenant. Diverses tentatives d'appliquer cette prétendue règle ont été plus déroutantes qu'utiles. Son utilisation a été limitée aux cas où les faits permettaient de déduire la négligence et où on ne disposait d'aucune autre explication raisonnable de l'accident. Vu cet usage restreint, il est quelque peu exagéré de le [sic] qualifier de règle de droit. Il semblerait que le

Cette méfiance à l'égard de l'utilité des principes ou des maximes, cette incapacité de voir dans leur formulation autre chose qu'un précepte vague et incertain, et qui en ferait une catégorie particulière, est illustrée par la méthode de détermination de la portée des décisions judiciaires⁹⁵³. En effet, bien que les tribunaux soient le haut lieu de la création-application de règles de *common law*, la valeur exacte des principes que les juges peuvent énoncer dans leurs motifs est, quant à elle, source de débats⁹⁵⁴. Un principe formulé dans un arrêt qui serait, par hypothèse, le soutien nécessaire à la conclusion et qui constituerait la *ratio decidendi*, pourrait-il avoir la même portée qu'une loi qui l'énoncerait ? Lorsque les juges se prononcent en formulant des principes généraux, les juristes refusent habituellement d'y voir la formulation d'une règle de droit qui couvrirait automatiquement tous les cas compris sous la formule sans que l'on prenne en compte les faits du litige⁹⁵⁵. Goodhart défend cette opinion en soulignant que même le passage célèbre dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*⁹⁵⁶, dans lequel Lord Atkin formule le principe du « prochain »⁹⁵⁷, ne doit pas être traité comme une règle de droit obligatoire, ce que les tribunaux ont, selon lui, évité de faire.⁹⁵⁸

droit s'en porterait mieux si la maxime était tenue pour périmée et n'était plus utilisée comme une notion distincte dans les actions pour négligence.

⁹⁵³ Il y a une littérature abondante sur la question. Parmi les nombreux articles, voir : R. A. SAMEK, « The Dynamic Model of the Judicial Process and the *Ratio Decidendi* of a Case », (1964) 42 *R. du B. can.* 433; A.W.B. SIMPSON, « The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent », dans A. G. GUEST, dir., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 151; Julius STONE, « The *Ratio* of the *Ratio Decidendi* », (1959) 22 *M.L.R.* 597; A. L. GOODHART, « The *Ratio Decidendi* of a Case », (1959) 22 *M.L.R.* 117; J. L. MONTROSE, « *Ratio Decidendi* and the House of Lords », (1957) 20 *M.L.R.* 124.

⁹⁵⁴ Sur le caractère critiquable d'une formulation trop large dans les motifs, voir : John SIMON, *The Limits of Precedent*, « Holdsworth Lectures », Birmingham, 1943, à la p. 5 : « [a] wise judge, therefore, takes the greatest pains to guard against the danger of laying down a proposition of law in too wide terms. »

⁹⁵⁵ Sir Frederick POLLOCK, *Continental Law in the Nineteenth Century*, Continental Legal History Series, xlv, tel que cité dans W. S. HOLDSWORTH, « Case Law », (1934) 50 *L. Q. R.* 180, à la p. 190 :

Judicial authority belongs not to the exact words used in this or that judgement, nor even to all the reasons given, but only to the principles recognised and applied as necessary grounds of the decision. [...] Therefore it has never been possible for the courts to impose dogmatic formulas on the Common Law, and the efforts of text writers to bind it in fetters of verbal definition have been constantly and for the most part happily frustrated by the reconsideration and restatement of guiding principles in the judgements of the highest tribunal.

Carl A. AUERBACH, « A Revival of Some Ancient Learning : A Critique of Eisenberg's *The Nature of the Common Law* », (1991) 75 *Minn.L.R.* 539, à la p. 563 : « A rule of law is a statement of the specific factual conditions on which specific legal consequence depend. No court can meaningfully announce a rule of law, or state the issues in a case, without reference to these factual conditions, which are always susceptible of statement at different levels of generality. »

⁹⁵⁶ [1932] A.C. 562.

⁹⁵⁷ *Donoghue v. Stevenson*, précité, note 956, à la p. 580 : « You must take reasonable care to avoid acts or

Néanmoins, et malgré la volonté de distinguer ces deux notions, les principes et les règles entretiennent indubitablement des rapports étroits. Par un raisonnement déductif, un principe peut mener à la création d'une règle, et, par un raisonnement inductif, les règles peuvent préparer la reconnaissance d'un principe. Ce double trajet qui mène du principe à la règle a été souligné à maintes reprises par les juristes de *common law*. Par exemple, on peut lire que l'application d'un principe à un cas particulier peut *faire naître* une règle⁹⁵⁹. C'est également l'opinion du juge Park pour qui : « [traduction] Notre système de *common law* consiste à appliquer à de nouvelles circonstances les règles de droit qui dérivent des principes juridiques et des précédents judiciaires »⁹⁶⁰. En droit canadien, la Cour suprême a montré la relation entre la notion de « principe de justice fondamentale »⁹⁶¹ et les règles de *common law* en soulignant que les règles étaient de véritables *exemples* de ces principes, et que leur analyse permettait d'en cerner les contours⁹⁶².

Mais encore, et par une espèce de glissement terminologique, certaines règles dont le caractère établi est reconnu sont parfois présentées comme des principes⁹⁶³. C'est ce que fait Sir Carleton Kemp Allen lorsqu'il prétend qu'une coutume ne peut entrer en conflit avec un

omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. » Principe que l'on peut traduire de la façon suivante : « Il faut agir avec diligence raisonnable pour éviter des actes ou omissions dont on peut raisonnablement prévoir qu'ils seront susceptibles de léser son prochain ».

⁹⁵⁸ A. L. GOODHART, *loc. cit.*, note 953, à la p. 120 : « This statement of the general principle cannot in my view be accepted as a binding rule of law, as has been shown in a number of subsequent cases where it has not been applied. »

⁹⁵⁹ « [P]rinciples do not alter, but old rules applying them change, and new rules spring into existence. » : *Edelstein v. Schuler*, [1902] 2 K.B. 144, 154 : tel que cité dans A. L. GOODHART, « Precedent in English and Continental Law », (1934) 50 *L. Q. R.* 40, à la p. 45.

⁹⁶⁰ « [Version originale] Our Common Law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedents » : *Mirehouse v. Rennel*, (1833) 1 Cl. & F. 527, à la p. 546.

⁹⁶¹ Expression qui est contenue à l'article 7 de la *Charte canadienne*.

⁹⁶² *R. c. Hébert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 163 de l'opinion du juge McLachlin (la Cour est unanime sur ce point) : « un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* peut être de portée plus large et plus générale que les règles particulières [de *common law*] qui constituent un exemple de son application. » Plus récemment, la Cour a réitéré cette position : *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 591 : « Bien que je souscrive aux observations du juge McLachlin dans *Hébert*, précité, à la p. 163 [...], il n'y a pas de doute que la *common law* joue un rôle important dans la détermination des principes fondamentaux de justice visés par l'art. 7 ».

⁹⁶³ Il n'est pas rare aussi que l'on présente des maximes comme des règles : « That Act alters the *common law rule nemo dat quod non habet* to the extent of protecting the interest of a bona fide purchaser for value but not

« [traduction] principe fondamental de la *common law* »⁹⁶⁴ et qu'il précise⁹⁶⁵ que cette notion recouvre :

a rule of the Common Law which, in the opinion of the court, is definite and settled beyond any reasonable doubt or argument. There may, of course, be differences of judicial opinion, and differences of degree, on this point, but there are many rules or underlying principles of the Common Law which are so indisputable that they may be regarded as fundamental.⁹⁶⁶

C'est dire que certaines règles, par leur pérennité et malgré leur source jurisprudentielle, peuvent être qualifiées de « principes fondamentaux »⁹⁶⁷. Parmi les règles *établies en common law*, on pourrait ranger les règles suivantes qui sont peut-être les plus connues : *Rule against perpetuities*⁹⁶⁸, *Rule in Hodges's case*⁹⁶⁹, *Rule in Philips v. Eyre*⁹⁷⁰, *Rule in Rylands v. Fletcher*⁹⁷¹ ou *Rule in Shelley's case*⁹⁷². Dans ces cas, par leur généralité respective, la

that of a transferee who is a volunteer. » : *Kaup v. Imperial Oil*, [1962] R.C.S. 170.

⁹⁶⁴ « [Version originale] [f]undamental principle of the Common Law » : Sir Carleton Kemp ALLEN, *Law in the Making*, 1964, 7^e éd., Oxford, Clarendon Press, à la p. 131. Il cite : *Smith v. Lane*, (1585) And. 191; *Peplow v. Rowley*, (1615) Croc. Jac. 357.

⁹⁶⁵ Cette affirmation avait été qualifiée de trop vague par Salmond, voir Sir C. K. ALLEN, *op. cit.*, note 964, à la p. 131, n. 6, il cite : SALMOND, *Jurisprudence*, 11^e éd., note 246.

⁹⁶⁶ Sir C. K. ALLEN, *op. cit.*, note 964, à la p. 131, n. 6; il cite : *Johnson v. Clark*, [1908] 1 Ch. 303.

⁹⁶⁷ L'arrêt *Semayne* ((1604), 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194) qui a formulé le principe selon lequel « la maison d'une personne est son château » en est un bon exemple. Dans l'affaire *R. c. Silveira* ([1995] 2 R.C.S. 297), le juge LaForest (dissident) a écrit, au par. 41 :

[i]l est étonnant que près de quatre cents ans après l'arrêt *Semayne* [...] on débâte encore de cette question. Cet arrêt a clairement établi le principe que "la maison d'une personne est son château" et que le souverain lui-même n'a pas le droit de passer outre à l'inviolabilité du domicile sans avoir préalablement obtenu un mandat judiciaire. Ce principe a toujours constitué depuis un rempart assurant la protection du particulier contre l'État.

⁹⁶⁸ « No interest is good unless it must vest, if at all, not later than twenty-one years after some life in being at the creation of the interest » : T. SHEARD, R. HULL et M.M.K. FITZPATRICK, *Canadian Forms of Wills*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 1982, à la p. 231.

⁹⁶⁹ (1838) 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136. « [I]n a case in which the prisoner could be found guilty, the jury must be satisfied "not only that those circumstances were consistent with his having committed the act, but they must also be satisfied that the facts were such as to be inconsistent with any other rational conclusion than that the prisoner was the guilty person" » : P.K. McWILLIAMS, *Canadian Criminal Evidence*, 3^e éd., Aurora, Canada Law Book, 1988, à la section 5-5.

⁹⁷⁰ (1870) L.R. 6 Q.B. 1. « In order to bring an action of tort in a local forum for a wrong committed somewhere else, the deed must be (1) actionable as a tort in that local forum, i.e., be something which would be a tort if done in the local forum; and (2) not justifiable where it was done » : J. G. McLEOD, *The Conflict of Laws*, Calgary, Carswell, 1983, à la p. 534.

⁹⁷¹ « A person who, for his own purposes, brings on to his land and collects and keeps there "anything" likely to do mischief if it escapes, keeps it at his peril. If he fails to prevent it escaping, he is liable for the damage which is the natural result of its escape » : I.H. JACOB, dir., *Bullen and Leake and Jacob's Precedents of Pleadings*, 12^e éd., London, Sweet & Maxwell.

⁹⁷² (1581) 1 Co. Rep. 93b, 76 E.R. 206. « Where land is vested in trustees in fee simple in trust for A for life, with remainder in trust for A's heirs or the heirs of A's body, A takes an equitable fee simple or estate tail as a

distinction entre les notions de règle et de principe s'amenuise⁹⁷³. Toutefois, comme on peut le constater dans l'extrait cité plus haut, Allen distingue quand même ces « rules » des « underlying principles », ce qui tend à montrer qu'il y a là deux espèces différentes de normes.

Par conséquent, quelle que soit la justesse de cette distinction, celle-ci est suffisamment ancrée dans le discours des juristes pour qu'on puisse y voir une caractéristique de la pensée juridique en *common law*.

B. Les adages et les « doctrines »

Le vocabulaire juridique de la *common law* est un monde florissant d'expressions qui servent à décrire les normes jurisprudentielles. Il serait inutile de les envisager toutes, dans la mesure où elles ne disposent pas chacune d'un sens précis susceptible d'en faire une catégorie établie. Abandonnant de prime abord toute velléité d'être exhaustif, le choix qui a présidé la sélection est purement lié à leur importance.

Parmi ces expressions, certaines ne trouvent pas véritablement d'équivalents en langue française. Ainsi en est-il de l'expression « doctrine » qui peut désigner un nombre varié de *types* de créations jurisprudentielles. Selon le *Black's Law Dictionary*, elle peut englober à la fois une règle, un principe, une théorie ou une proposition de droit⁹⁷⁴. Cette expression recouvre donc un nombre important de *choses*, et ce serait en vain que l'on pourrait en faire une description plus poussée⁹⁷⁵. Tel n'est pas le cas des adages qui sont, comme leurs homologues de droit français, directement tirés de la tradition juridique. Qu'ils aient ou non connu de

consequence of this rule » : D.M.W. WATERS, *The Law of Trusts in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1984, à la p. 22.

⁹⁷³ Dans le *Black's Law Dictionary*, l'on présente la *Rule against perpetuities* comme une « *common law rule or principle* » (à la p. 1331).

⁹⁷⁴ *Black's Law Dictionary*, définition de « Doctrine », à la p. 481.

⁹⁷⁵ Par exemple, dans l'ouvrage *Words & Phrases Judicially Defined in Canadian Courts and Tribunals*, vol. 3, Toronto, Carswell, 1993, on peut trouver de nombreux *types* de doctrine qui sont aussi des règles, comme la « doctrine in *Rylands and Fletcher* » (dans la notice accompagnant la définition, on fait invariablement référence à la *Rule in Rylands v. Fletcher*). Par contre, il est vrai que certaines règles sont souvent accompagnées du substantif « doctrine », comme celle de la « clean hands doctrine », la « doctrine of colourability » et la « doctrine of entrapment », pour ne citer que celles-là.

consécration formelle, certains ont marqué profondément le système juridique. Tel est le cas de l'adage « the king can do no wrong »⁹⁷⁶ dont l'origine est peut-être immémoriale, rejoignant ainsi l'idéal des règles tel qu'il a été formulé par Blackstone. Mais dans la mesure où leur sens ne bénéficie pas d'un contenu défini, il serait déformant de présenter ces notions *comme si* leur utilisation était constante. En effet, certaines *doctrines* sont parfois qualifiées de règles⁹⁷⁷, et certains adages, comme celui qui veut que « la maison d'une personne soit son château »⁹⁷⁸, sont parfois qualifiés de « principes ». L'inconstance du vocabulaire juridique anglais suit donc les caprices des juristes qui le formulent, il serait donc absurde de vouloir en dresser un tableau précis.

Conclusion du Titre II

L'étude des *common law rules* permet de souligner l'aspect principal qui les distingue des règles jurisprudentielles, celui de leur indépendance conceptuelle à l'égard des lois. La mise au jour de cette caractéristique est importante pour qui veut saisir les différences entre les deux notions. Car, outre leur *origine* judiciaire, les deux types de règles ne partagent pas nécessairement les mêmes fonctions dans le système juridique. Malgré tout, certains rapprochements demeurent séduisants : tirés de leur tradition juridique respective, les principes de *common law* (*principles*) et les règles *supra legem* en droit français semblent dotés des mêmes caractéristiques. Il est remarquable que les juristes adoptent une attitude teintée de prudence lorsqu'ils les appliquent. Chez les uns, on attend de la Cour de cassation qu'elle précise, par la technique des petits pas, la portée des principes qui risquent de mettre en péril des pans entiers du droit, tandis que chez les autres, on les qualifie ouvertement de « dangereux et instables » tant que ne surviendront pas des applications concrètes. En même temps, la présence simultanée des adages et des maximes tirées du droit romain dans les motivations judiciaires constitue un rappel que « l'univers de référence des auteurs est l'univers juridique

⁹⁷⁶ Qui formule une immunité du Souverain. « The *common law rule* that the Sovereign could do no wrong and could not be impleaded in his own Courts could not be abrogated except by clearly expressed legislation » : *Canadian Broadcasting Corp. v. Ontario (Att.-Gen.)*, [1959] R.C.S. 188.

⁹⁷⁷ De la même façon, les règles du *stare decisis* sont parfois qualifiées de « doctrines » ou de « principes ».

⁹⁷⁸ Formulé dans l'arrêt *Semayne*, (1604) 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194.

occidental [et que] [d]e manière directe ou indirecte, les pays étudiés sont effectivement tous héritiers de Rome »⁹⁷⁹.

Conclusion de la Première partie

À la différence du pouvoir législatif, la prétention que les juges sont à la source de règles constitue déjà une certaine conception de leur fonction. Et la relation entre la représentation de leur oeuvre, à savoir la « jurisprudence » et la « common law », et la compétence normative ouvertement reconnue aux juges est trop intime pour que l'on puisse s'abstenir d'en souligner la présence. Sans que l'on puisse prétendre qu'il s'agit d'un rapport causal, il s'avérerait nécessaire de montrer en quoi la représentation de l'activité des juges a pu évoluer parallèlement à une prise de conscience du caractère normatif de leur production. Or cette description était d'autant plus importante que le discours sur le rôle des juges a provoqué l'émergence d'une série de directives méthodologiques qui encadrent le recours à cette source de droit et qui permettent d'en guider la mise en oeuvre ou l'application.

⁹⁷⁹ Thèse défendue par Pierre-André CÔTÉ, dans : « L'interprétation de la loi en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différence d'accents », (1997) 31 *R.J.T.* 45, à la p. 50.

SECONDE PARTIE

Application de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule*

S'ils devaient faire une liste des autorités habilitées à dire le droit, les juristes français et canadiens risqueraient fort probablement de pointer du doigt une série d'institutions étatiques, celles dont on dit généralement qu'elles sont « institué[e]s à la tête des populations humaines pour les gouverner »⁹⁸⁰. Que ce soit les pouvoirs constituant, législatif, judiciaire ou réglementaire, ils détiennent tous, à des degrés divers, une certaine habilitation à faire du droit, ce qu'ils disent *est le droit*. Comme l'a résumé le professeur Atias, « [l]e juriste contemporain connaît et utilise des sources du droit; mais ni la loi, ni le jugement ne sont des informations à vérifier; même faux - si le qualificatif a ici un sens admis -, ils sont à traiter comme vrais. La critique est réputée ne jamais pouvoir entamer l'autorité institutionnelle »⁹⁸¹. Dans ce contexte, le débat relatif à la nature et à la légitimité de la fonction normative des juges a pu bousculer quelque peu le rôle joué par les principaux acteurs du droit; il a permis, par contre, de délimiter l'espace normatif que pouvaient occuper les juges tout en légitimant cette source de droit. Ainsi, loin d'être préjudiciables, les controverses engendrées par la montée du pouvoir judiciaire furent incontestablement enrichissantes pour les cultures juridiques qui les ont connues.

En effet, la reconnaissance du pouvoir normatif des juges a provoqué une réflexion d'une nature plus technique dont l'objet principal a été de déterminer le processus de reconnaissance des règles prétoriennes. Par exemple, les juristes ont formulé des réflexions telles que « seuls [les arrêts de la Cour de cassation] ont une autorité suffisante pour poser une règle de droit nouvelle »⁹⁸² ou que « [d]ans notre système de droit, les tribunaux d'instance

⁹⁸⁰ Paul AMSELEK, « La teneur indéterminée du droit », (1992) 26 *R.J.T.* 1, p. 4.

⁹⁸¹ Christian ATIAS, *Épistémologie du droit*, coll. « Que sais-je? », Paris, P.U.F., 1994, pp. 66-67.

⁹⁸² Philippe MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Faculté de droit et des sciences économiques de Poitiers, Paris, Dalloz, 1965, p. 603, à la p. 608.

inférieure sont tenus de suivre les arrêts de [la] Cour [suprême], et s'ils ne le font pas, ils peuvent être dans l'erreur »⁹⁸³. Élaborés en dehors de toute référence normative permettant de les justifier, les énoncés rapportés ici sont d'une catégorisation difficile. Même si, à lire la doctrine, leur fonction consiste à décrire le plus objectivement possible l'état du droit⁹⁸⁴, les propos tenus sur ces questions ont rempli une fonction *ordonnatrice* de la réalité, car ils ont provoqué la mise au monde d'une méthode. Celle-ci, faite d'arguments, de règles et de directives, dirige le regard des juristes lorsqu'ils tentent de déterminer le poids des arrêts et le lieu de la règle qu'ils véhiculent. Cette méthode doit donc être maîtrisée avant de pouvoir prétendre appliquer une règle jurisprudentielle ou une *common law rule*.

Curieusement, l'essentiel de la réflexion doctrinale en matière de règle prétorienne a porté davantage sur son identification que sur son traitement. Et pourtant, la capacité de situer une règle dans un arrêt ne constitue pas l'aboutissement de la mise en oeuvre de la norme, elle ne forme que son point de départ : vient ensuite un autre processus, capital lui aussi, celui qui consiste à construire la « portée » de la règle dégagée. Quand arrive le moment de son application, l'identification de la règle jurisprudentielle est suivie, implicitement ou explicitement, d'une autre opération intellectuelle, celle de son interprétation. Comme pour la loi, il est indispensable de s'interroger sur les prémisses méthodologiques à partir desquelles l'interprète peut s'appuyer lorsqu'il tente de cerner l'aire d'application de la règle. Malgré l'intérêt de la question, le sujet soulève des difficultés qui varient selon les systèmes juridiques étudiés.

D'une part, l'interprétation a fait l'objet d'une importante réflexion doctrinale qui a opposé un grand nombre de théories. Un juriste qui voudrait faire la description d'une méthode d'interprétation serait donc contraint de sélectionner celles qui lui paraissent correspondre le mieux à la conception dominante du système juridique, avec le caractère aléatoire et subjectif

⁹⁸³ *R. v. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, au par. 79, opinion du juge Lamer.

⁹⁸⁴ Voir, Michel BOUDOT, *Le dogme de la solution unique [:] Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse Aix-Marseille III, 1999, à la p. 1 : « [L]e discours doctrinal a un caractère théorique singulier. Description de l'état du droit positif et prescription pour en changer s'y conjuguent inséparablement. »; voir aussi les pp. 318 et 340.

que cette approche comporte⁹⁸⁵. En droit français, le caractère succinct des motifs, notamment ceux de la Cour de cassation⁹⁸⁶, fait en sorte qu'il est difficile de retracer le raisonnement des juges lorsqu'ils interprètent les lois. Pour dépister une quelconque directive d'interprétation, la doctrine française doit généralement rationaliser *a posteriori* les décisions de justice⁹⁸⁷, le plus souvent en s'appuyant sur des indices secondaires. Il n'est donc pas étonnant que la littérature juridique en la matière se résume, le plus souvent, à un exposé des différents raisonnements logiques (*a pari*, *a fortiori* et *a contrario*) et des différentes théories (la *libre recherche scientifique*, l'*exégèse*, etc.) que l'on peut tenir à l'égard des lois⁹⁸⁸. Cette situation s'amplifie, *a fortiori*, lorsqu'il s'agit de déterminer une méthode d'interprétation des « règles jurisprudentielles », car la lacune devient alors jurisprudentielle *et* doctrinale.

En droit canadien, par contre, il existe plusieurs directives méthodologiques reliées à la compréhension des arrêts et à leur portée normative. Aussi, il est peut être plus simple de fixer, avec un certain degré d'objectivité, ce que les juges disent faire de leurs arrêts antérieurs : la motivation explicite des opinions judiciaires a ceci de bon qu'elle permet de connaître et de discuter les justifications d'une décision. En matière d'interprétation, les tribunaux canadiens ont aussi formulé des directives, des principes et quelquefois des « règles » qui permettent, avec plus ou moins de succès, de deviner l'application future des lois et, dans une moindre mesure, des arrêts⁹⁸⁹. Il y a donc une différence notable entre les sources d'information canadiennes et françaises. Toutefois, l'intérêt du sujet est le même, car il serait absurde de prétendre que les

⁹⁸⁵ En droit canadien, on pourrait souligner qu'il arrive que les différents législateurs (le Parlement fédéral et les législatures provinciales) fassent référence à « un sens véritable » des lois, adoptant ainsi une conception objective de la signification des lois, voir : *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970. c. O-2, art. 8 (loi abrogée par la *Loi sur les langues officielles*, L.C. 1988, c. 38, art. 110); *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. 1-21, art. 10; *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. 1-16, art. 41.

⁹⁸⁶ Voir : Alfred TOUFFAIT et André TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », (1974) 72 *R.T.D.civ.* 478.

⁹⁸⁷ Par exemple, on peut observer que la Cour de cassation refuse que l'on admette la présence de « lacunes » : Michel TROPER, Christophe GRZEGORCZYK et Jean-Louis GARDIES, « Statutory Interpretation in France » dans Neil MacCORMICK et Robert SUMMERS, *Interpreting Statutes*, Aldershot, Dartmouth, 1991, p. 171, à la p. 177. Cela n'implique pas qu'il n'en existe pas, mais seulement que les juges n'ont pas l'autorisation de le mentionner dans les motifs de leurs décisions.

⁹⁸⁸ Voir M. TROPER, C. GRZEGORCZYK et J.-L. GARDIES, *loc. cit.*, note 987, aux pp. 179 et s.

⁹⁸⁹ En droit canadien, le rassemblement et la description critique des méthodes d'interprétation ont été menés par plusieurs auteurs : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999; Louis-Philippe PIGEON, *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e éd., Québec, Publications du Québec, 1986; Ruth SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto and Vancouver, Butterworths, 1994.

tribunaux français usent d'un langage si clair qu'il devient inutile d'en systématiser l'interprétation⁹⁹⁰. En effet, que ce soit à l'égard des lois, de la jurisprudence ou des écrits de la doctrine, l'interprétation des textes « appartient au quotidien de la vie juridique »⁹⁹¹ et il est utile de tenter de cerner le caractère spécifique de l'interprétation qui a pour objet l'oeuvre des juges.

Par conséquent, l'identification (Titre I) et l'interprétation (Titre II) des règles créées par les juges constituent les deux étapes nécessaires à leur mise en oeuvre. Leur étude permet de cerner la mesure et l'étendue de l'application des règles prétoriennes en même temps qu'elle révèle l'importance du traitement qu'elles subissent lorsqu'elles sont maniées par les juristes. Aussi, ces deux moments de l'application des règles se chevauchent peut-être, se recoupent ou se confondent, mais, pour faciliter leur compréhension, elles seront analysées de façon successive.

⁹⁹⁰ Il s'agit de l'essentiel des critiques formulées par A. TOUFFAIT et A. TUNC, *loc. cit.*, note 986. Dominique DAMBRA dans sa thèse *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, thèse, Strasbourg, 1991, à la page 205, rappelle cet « [idéal] de rédaction assigné aux décisions judiciaires par l'Ordonnance de Villers-Cotterêt d'août 1539 (art. 110) : " Nous voulons que les arrêts soient faits et écrits si clairement qu'il n'y ait ou puisse n'y avoir aucune ambigüité ou incertitude ni lieu à demander l'interprétation " ».

⁹⁹¹ P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 989, à la p. 312.

Titre I – Identification de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule*

En principe, une norme ne peut simplement s'ajouter dans un système juridique et être sanctionnable sans qu'intervienne un régime procédural fixé préalablement. Il serait, en effet, intolérable qu'un organisme étatique puisse faire et défaire le droit à sa guise sans agir selon une habilitation reconnue. D'ailleurs, la plupart des compétences normatives sont encadrées et sur le fond et sur la forme. Souvent reléguées au rang de simples exigences techniques, ces conditions formelles partagent une fonction essentielle en ce qu'elles permettent de distinguer, parmi les choses produites par les institutions juridiques, les éléments véritablement créateurs de droit de ceux qui n'en sont pas. Ainsi, l'on peut admettre que le législateur dispose d'un pouvoir de faire des lois, mais ce n'est pas tout ce qui est dit en Chambre parlementaire ou à l'Assemblée législative qui formera la loi : des règles de fond et de forme définissent ce qui est susceptible d'engendrer des normes légales. En est-il de même pour le juge ? La réponse peut paraître brutale, mais *a priori*, non.

Dans l'ordre juridique français, la question de la reconnaissance des règles jurisprudentielles se pose d'une façon singulière. On a pu souligner l'existence de dispositions législatives et constitutionnelles qui rejettent la possibilité d'une émergence de règles jurisprudentielles⁹⁹². Dans ce cas, on ne saurait faire reposer le caractère normatif des règles prétorienne sur ces sources de droit⁹⁹³ ! Par conséquent, même si cette approche peut paraître

⁹⁹² Voir *supra*, aux pp. 81 et s.

⁹⁹³ Tout au plus, on pourrait défendre l'idée qu'en créant un organe juridictionnel au-dessus des autres, le législateur voulait imposer une unité de jurisprudence qui, par implication nécessaire, entraînerait une acceptation implicite du pouvoir jurisprudentiel qui en résulterait. Mais ce raisonnement fait fi de la raison d'être de cette institution, qui est de préserver l'unité et l'intégrité de la législation. Pour une admission récente de l'absence de toute « investiture officielle habilitant la Cour de cassation à créer son Droit », voir : Denys de BÉCHILLON, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, à la p. 121. Pour une opinion contraire, voir : Jean ROCHE, « Rapport français », *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'association Henri-Capitant, t.xxxi, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 555, à la p. 558 : « Il y a quasi unanimité pour fonder ce pouvoir sur l'article 4 du Code civil : l'obligation de juger implique, si nécessaire, le pouvoir de créer (Ch. Enseignmann, *Juridiction et logique*, Mél. Marty, p. 477). Ce point est aussi admis par la plupart des classiques. » Il est difficile de faire reposer un pouvoir de créer des règles de droit sur une disposition qui ne fait qu'interdire le déni de justice. Et puis, l'admission d'un pouvoir de créer n'explique ni ne détermine l'étendue du pouvoir normatif des juges.

incongrue, il est nécessaire d'étudier comment s'identifient les règles jurisprudentielles sans faire appel à la validité de celles-ci. Pour une règle tirée de la loi, ces aspects sont généralement indissociables : jugement de validité et jugement d'existence de la règle ne font qu'un. Dans le cas de la jurisprudence, l'appréciation de la validité des règles jurisprudentielles est forcément secondaire, étant donné qu'aucune norme n'en prévoit l'apparition⁹⁹⁴. Ainsi, l'interrogation demeure : comment déterminer si une règle existe ou non dans ce système ?

Même si on peut observer certains traits similaires, le problème de l'identification des *common law rules* se pose différemment en droit canadien. D'une part, il est important de rappeler que le pouvoir de la jurisprudence en tant que source de droit n'a été explicité ni par une norme législative ni par une norme constitutionnelle⁹⁹⁵. On a donc pu écrire que : « [traduction] le pouvoir judiciaire est différent d'un pouvoir délégué, dans la mesure où il s'agit d'un pouvoir originel plutôt que dérivé »⁹⁹⁶. D'autre part, bien qu'il existe une théorie « officielle » de la méthode d'identification de la *common law rule*, contenue dans les règles du *stare decisis*, celle-ci est relativement étriquée⁹⁹⁷ et est indubitablement en décalage avec l'émergence réelle des règles de *common law*⁹⁹⁸. Pour illustrer cette carence, on peut rappeler

⁹⁹⁴ Olivier DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II « Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé », Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 349, à la p. 357 Certains auteurs, comme les réalistes de l'École d'Uppsala, infèrent la validité des normes à partir de leur effectivité dans la réalité. En matière jurisprudentielle, le danger serait de conclure que, parce qu'une norme est sanctionnée par les tribunaux à plusieurs reprises, elle serait effective. Au contraire, une jurisprudence constante peut être interprétée comme étant le signe que la règle n'est pas établie, qu'elle est contestée et donc incertaine.

⁹⁹⁵ René DAVID, « Jurisprudence », [1985] 5 *R.R.J.* 773, à la p. 799 :

L'obligation pour les juges de suivre le précédent (*stare decisis*) ne résulte en général que d'une certaine manière de concevoir le droit, que les juges eux-mêmes entretiennent dans un certain pays et à une certaine époque. Ni les Lois ni la Constitution ne leur ont imposé cette manière de voir et, si l'on peut parler à ce sujet de coutume, il ne s'agit ici que d'une coutume jurisprudentielle, c'est-à-dire en d'autres termes de la pratique des tribunaux.

Les juges ont tenu des propos quelque peu contradictoires sur la nature de la règle du *stare decisis*, voir : J. David MURPHY et Robert RUETER, *Stare decisis in Commonwealth Appellate Courts*, Toronto, Butterworths, 1981, aux pp. 2-3.

⁹⁹⁶ « [Version originale] judicial power is unlike delegated power in that it is original rather than derivative » : M. R. MacGUIGAN, « Precedent and Policy in the Supreme Court », [1967] 45 *R. du B. can.* 627, à la p. 664.

⁹⁹⁷ Elle se résume à quelques formules, à savoir qu'un juge doit suivre la *ratio decidendi* de ses décisions antérieures et qu'il doit respecter les *rationes decidendi* des décisions émanant des juridictions qui lui sont hiérarchiquement supérieures.

⁹⁹⁸ Selon le professeur Weiler : « Almost every respectable scholar admits the existence of sufficient ambiguity in either the common law or statutory rules that an intelligent judge can rationalize almost any decision in the

que, selon le principe du *stare decisis*, l'*obiter dictum* d'un arrêt n'a pas une portée obligatoire; en revanche, il existe une tendance jurisprudentielle forte en droit canadien qui contredit cette règle : une majorité des cours d'appel canadiennes a qualifié de « contraignants » certains types d'*obiter dicta* de la Cour suprême du Canada⁹⁹⁹. Contraire à la théorie, ce courant jurisprudentiel constitue un indice que le principe du *stare decisis* a une portée descriptive aléatoire¹⁰⁰⁰. Enfin, son statut juridique précis est difficile à cerner. Un peu comme les « règles » d'interprétation des lois, les règles du *stare decisis* ressemblent souvent plus à des *arguments* sur ce qui, dans un arrêt, devrait constituer la règle de droit¹⁰⁰¹. Par conséquent, la question du mode d'identification des règles jurisprudentielles est soit ignorée par les sources institutionnelles du droit, soit celles-ci ont formulé des règles officielles qui ne rendent pas compte de la complexité et de la diversité de leur émergence¹⁰⁰². Il serait donc fallacieux de présenter la règle du *stare decisis* comme un outil de validation des *common law rules*.

light of previous authorities. » : Paul WEILER, « Legal Values and Judicial Decision-Making », (1970) 48 *R. du B. can.* 1, à la p. 25.

⁹⁹⁹ *Re Hardimand-Norfolk Health Unit and Ont. Nurses Ass'n*, (1981) 31 O.R. (2d) 730 (C.A.Ont.); *Clark c. Les chemins de fer nationaux du Canada et du Nouveau-Brunswick*, (1985) 62 N.B.R. (2d) 276 (C.A.N.B.); *R. v. Barrow*, (1985) 14 C.C.C. (3rd) 470 (C.A.N.S.); *Scarff v. Wilson*, (1988) 33 B.C.L.R. (2d) 290 (C.A.C.-B.); *R. v. Chartrand*, (1992) 81 Man. R. (2d) 81 (C.A.Man.); *R. v. Cobham*, (1993) 135 A.R. 249 (C.A. Alta.); *Canada v. Neuman*, [1997] 1 C.F. 79 (C.A.F.); *Williston Wildcatters Oil Corp. (Bankrupt), Re.*, (1997) 152 Sask.R. 179 (C.A. Sask.). Sur ce sujet, et à titre indicatif seulement, on peut consulter : Mathieu DEVINAT, « L'autorité des obiter dicta de la Cour suprême », (1998) 77 *R. du B. can.* 1

¹⁰⁰⁰ On pourrait aussi défendre l'idée qu'en droit canadien, les règles du *stare decisis* sont partiellement modifiées par cette jurisprudence, car les arrêts des cours d'appel ayant affirmé ce principe ont une portée obligatoire pour les tribunaux inférieurs du même ordre judiciaire. En effet, on a pu constater qu'ils avaient provoqué un effet de dominos. De même, la distinction *ratio decidendi/obiter dictum* fait parfois l'objet de commentaires cyniques de la part des juges, voir, à titre d'exemple, le commentaire suivant du juge Sarchuk, dans *Neuman v. Canada (Minister of National Revenue - M.N.R.)*, (1992) 92 D.T.C. 1652. (T.C.C.), à la page 1657 :

quick perusal of the leading cases makes it apparent that the distinction between ratio and dicta is blurred [...]not the least of the reasons for such blurring, so several learned authors have noted is the tendency by judges to embrace whatever definition best suits their immediate purpose.

¹⁰⁰¹ Sur les règles d'interprétation, le juge La Forest a écrit dans *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, p. 298, par. 61 : « [c]omme pour tout principe d'interprétation, il ne s'agit pas d'une règle, mais d'une présomption qui doit céder le pas lorsqu'il ressort des circonstances que telle n'était pas l'intention du législateur ». On peut aussi, comme l'a fait Lord Denning, dans *Davis v. Johnson*, [1979] A.C. 264, prétendre que les règles du *stare decisis* ne sont pas de véritables règles de droit : « a rule as to precedent (which any court lays down for itself) is not a rule of law at all. It is simply a practice or usage laid down by the court itself for its own guidance; and as such, the successors of that court can alter that practice or amend it or set up new guidelines, just as the House of Lords did in 1966 »; mais son opinion a été contredite par la Chambre des Lords, en appel de la décision précitée.

¹⁰⁰² En *common law*, il existe une théorie officielle des principes d'identification des règles jurisprudentielles contenues dans les règles du *stare decisis*. Par contre, on ne peut pas comprendre la complexité de ce processus

Ainsi, l'identification des règles jurisprudentielles, dans le cadre des systèmes juridiques français et canadien, ne peut s'effectuer selon une approche calquée sur le modèle de la loi. Même si le juriste de l'ordre juridique étudié entretient une conception positiviste, légaliste ou normativiste du droit, le comparatiste doit regarder ailleurs que dans les lois et dans la Constitution s'il veut être en mesure de prévoir l'apparition des normes ou de les identifier. Surtout, il doit éviter de limiter son champ d'étude aux seuls critères formels d'appréciation de la portée des arrêts, car il aura à consulter cet aspect de l'expérience juridique que l'on appelle la *méthode* de travail et d'analyse des juristes¹⁰⁰³.

En effet, à l'intérieur de chacun des systèmes, la recherche de la stabilité, de la prévisibilité et de la cohérence du système juridique a incité les juristes à préciser les modalités d'émergence de ces normes¹⁰⁰⁴, que ce soit en élaborant des théories à vocation soit prescriptive, soit descriptive¹⁰⁰⁵. Pour cette raison, le juriste travaille avec des concepts forgés par ses pairs dont l'utilité première est de permettre le tri de l'information issue des tribunaux, tri dont l'objet est de dégager l'élément normatif, celui qui possède les attributs d'une règle de droit.

en se limitant à ces seules règles qui sont, fort heureusement, peu nombreuses. Par exemple, l'ouvrage de référence sur le sujet, celui de Sir Rupert CROSS et de J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1991, contient 246 pages, ce qui illustre l'insuffisance des règles pour expliquer l'effet des précédents. Cet ouvrage est intéressant, car il analyse à la fois ce que les tribunaux *font* et ce qu'ils *devraient faire*. Il ne semble donc pas exister de barrière étanche séparant le fait et la norme (ou l'être et le devoir être) dans ce domaine du droit.

¹⁰⁰³ Il s'agit d'une source de difficulté réelle que posent les recherches de droit comparé, voir : Pierre LANGERON, « La recherche en droit comparé », [1996] 2 *R.R.J.* 1101.

¹⁰⁰⁴ Voir, André HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », [1989] 2 *R.R.J.* 257, à la p. 295 : « il y a donc un lien certain entre systématisation et sécurité, qui conduit à opposer un droit jurisprudentiel dont les solutions seraient énoncées de façon totalement casuistique et empirique, à celui qui au contraire établirait des règles répondant à certains principes, claires, précises et fiables, et seraient ainsi suffisamment déterminables. »

¹⁰⁰⁵ L'ambiguïté entre la fonction descriptive et prescriptive des théories de l'émergence des règles jurisprudentielles est due, en partie, à la relation intime et l'influence réciproque qu'entretiennent la théorie et la pratique dans le droit. En effet, on peut comprendre la doctrine de la *stare decisis* comme étant la transcription de la pratique judiciaire qui consiste à suivre les arrêts antérieurs et à respecter les décisions des cours suprêmes. On peut aussi interpréter ces comportements comme étant la preuve qu'il existe une règle non écrite du *stare decisis*, suivie par une majorité de juristes. De la même façon, le fait que la doctrine française traite les arrêts de la Cour de cassation comme s'ils établissaient des règles de droit n'est certainement pas indifférent à la reconnaissance du pouvoir normatif de ceux-ci. Ainsi, en droit français comme en droit canadien, la pratique et la théorie s'éclairent mutuellement.

À lire les théories relatives aux règles prétoriennes, on constate que les juristes, lorsqu'ils traitent du pouvoir des juges, sont tiraillés entre l'adoption d'une analyse formelle, ou théorique, et d'une analyse sociologique, ou pragmatique. La première met l'accent strictement sur des critères fixés *a priori* qui visent à prédéterminer ce qui, à l'intérieur des motivations judiciaires, aura valeur de norme. Si les systèmes étudiés tendent à préférer cette façon de concevoir l'avènement d'une norme prétorienne, ils semblent incapables d'enfermer le phénomène dans ce carcan. Que l'on soit en droit français ou dans les systèmes de la tradition de *common law*, la réception de la règle constitue un aspect dont il est tenu compte pour nuancer ou affiner les théories formalistes.

Par exemple, en droit français, la proposition selon laquelle le chapeau d'un arrêt de cassation dispose d'un poids normatif prépondérant est le plus souvent complétée par une affirmation du rôle essentiel que joue la doctrine dans la mise au jour de la règle jurisprudentielle. D'autres juristes vont même jusqu'à affirmer qu'une décision non commentée ou non publiée ne saurait donner lieu à l'émergence d'une règle¹⁰⁰⁶ ! En droit canadien, ainsi que dans les autres pays de *common law*, les juristes font également état de l'importance de la réception judiciaire dans la détermination du domaine d'application de la *common law rule*. Même si, formellement, elle est *parfaite* dès qu'elle est énoncée par le juge, combien de *common law rules* ont fait l'objet de *distinguos* répétés, réduisant ainsi leur portée comme une peau de chagrin ?

Deux façons de concevoir la jurisprudence, l'une que l'on pourrait qualifier de « sociologique », dont l'objet est d'expliquer le comportement des juristes, et l'autre de « légaliste », qui engendre des critères formels de reconnaissance, cohabitent paisiblement dans

¹⁰⁰⁶ Philippe MALAURIE, « Rapport français », dans *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'association Henri-Capitant, t.xxxi, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 83, à la p. 87; Michel van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », (1985) 30 *A.P.D.* 207, à la p. 209 :

La première cause d'incertitude, sur [l]e plan [de la décidabilité d'un système juridique], réside dans le mode de publicité très imparfait dont les décisions judiciaires font l'objet [...] On peut donc dire qu'à défaut de publication, non seulement il est peu probable qu'une décision judiciaire aboutisse à la création d'une règle jurisprudentielle, mais encore qu'il sera

les systèmes juridiques, la seconde étant toutefois dominante, sans être réellement triomphante. On peut donc difficilement faire fi de ces deux aspects que présente le phénomène : l'étude de la réception des règles prétoriennes serait d'ailleurs sans objet si l'on devait admettre que le juge, par son simple verbe, puisse modeler le droit à sa guise. La chose est plus complexe, et il convient de situer comment et pourquoi l'accueil des créations judiciaires remplit un rôle important – et parfois essentiel – dans leur émancipation.

Afin d'engager la comparaison des méthodes, il convient d'insister sur les critères *a priori* de l'identification des normes prétoriennes, c'est-à-dire ceux qui se rapportent généralement à l'émission de la règle (Chapitre I). En second lieu, et parce que la règle jurisprudentielle et la *common law rule* partagent un même problème, celui de ne pas être promulguées, il est important d'envisager comment la réception de la règle par la communauté des juristes peut jouer sur son degré d'effectivité (Chapitre II).

impossible, le cas échéant, de “vérifier, avec toutes les précisions nécessaires, l'existence d'un précédent.”

Chapitre I – Émission de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule*

L'apparition de la règle jurisprudentielle ou de la *common law rule* constitue un phénomène juridique dont le déroulement se trouve à cheval entre l'émergence d'un *habitus* des juristes et l'édiction d'une loi. Elle ressemble à la coutume dans la mesure où la répétition de la règle et la croyance commune qu'elle fait partie du système juridique sont des facteurs qui semblent déterminer son effectivité et, à tort ou à raison, certains juristes en font même un critère de reconnaissance de la règle¹⁰⁰⁷. En retour, elle partage des traits avec sa grande rivale, la loi, en ce qu'elle peut résulter d'une décision unique et recevoir une obéissance *immédiate* au sein de la communauté juridique¹⁰⁰⁸. À la faveur de cette dernière conception, les juristes ont élaboré des critères qui permettent de dégager des règles à partir de principes posés *a priori*. Par conséquent, et même si l'étude des facteurs expliquant ou prévoyant l'émission d'une règle formulée par les juges doit être fidèle à la double conception décrite plus haut, c'est principalement sous son aspect prescriptif que la question de l'émission de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule* sera abordée ici.

C'est à ce stade que se manifeste clairement l'influence que peut exercer la représentation de l'oeuvre judiciaire sur la méthode de travail des juristes : nulle théorie de la « jurisprudence » ou de la « common law » ne peut revendiquer une quelconque neutralité, et nulle méthode, en cette matière, ne peut être qualifiée de *nécessaire*. Car, pour voir des règles dans les arrêts, il faut préférer une conception du rôle du juge qui est relativement récente dans

¹⁰⁰⁷ Jacques Maury a peut-être été l'un des premiers privatistes à avoir formulé clairement des critères de cette nature, voir : Jacques MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, à la p. 43; Jean BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) 59 *R.T.D.civ.* 417; Philippe JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.*1987.III.11, à la p. 15.

¹⁰⁰⁸ Par exemple, Pierre Hébraud a souligné à quel point le premier arrêt interprétant une loi nouvelle pouvait susciter un grand enthousiasme :

Le juriste français [...] est toujours à l'affût de l'arrêt le plus récent, y cherchant l'expression de la jurisprudence actuelle; et lorsqu'une loi nouvelle suscite hésitations et controverses, et divise les juridictions inférieures, c'est avec impatience qu'est attendu le premier arrêt de la Cour de cassation. L'autorité de la jurisprudence est immédiate.

les systèmes de droit, conception qui n'a été imposée par aucune norme¹⁰⁰⁹. Tel que l'a écrit M. Boudot, dans une remarque qui vaut pour les deux systèmes étudiés :

[J]e juriconsulte qui analyse la jurisprudence a [...] deux attitudes possibles : soit il recherche les raisons de décider, passées et présentes, pour ce qu'elles ont d'intéressant en elles-mêmes et les utilise indépendamment de la valeur de précédent de la décision rapportée, soit il utilise la continuité, la permanence, la constance, la régularité factuelle des énoncés juridictionnels répétés pour en dégager une valeur normative.¹⁰¹⁰

La question est pertinente : en vertu de quels principes un système de droit favorise-t-il un type d'arrêt plutôt qu'un autre ? À lire l'extrait du professeur Boudot, la sélection d'un arrêt en vue de lui reconnaître une valeur normative procède d'un choix fait délibérément, mais dont les fondements n'apparaissent pas toujours clairement à la lecture des textes qui en font état. Une communauté juridique pourrait organiser son approche méthodologique en s'appuyant sur la qualité de la motivation, et écarter ainsi les considérations liées à leur forme et à leur origine. Une autre communauté pourrait sélectionner les arrêts en préférant les décisions écrites par les juges dont la réputation et l'autorité ne feraient aucun doute, pour écarter celles qui seraient émises par les autres. De telles méthodes ne seraient ni impraticables, ni excentriques, ni aléatoires; au contraire, elles seraient fondées sur des jugements de valeur liés au mérite de la production des juges, plutôt qu'au statut hiérarchique du tribunal. Curieusement, les juristes des deux systèmes étudiés ont connu une *époque* où ils procédaient selon des critères qui se rapprochaient de ceux présentés ici¹⁰¹¹. Toutefois, l'approche dominante actuelle est autre, car elle tend à préférer une systématisation formelle des arrêts.

L'identification d'une règle élaborée par les juges suit généralement un processus en deux étapes. La première consiste à faire le tri des arrêts. En effet, l'inflation jurisprudentielle touche tous les systèmes de droit et un juriste doit être en mesure de pouvoir justifier rationnellement pourquoi un arrêt est préférable à un autre, que ce soit selon son ancienneté, son origine ou sa qualité. Cette sélection des arrêts est l'une des caractéristiques de la

Pierre HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329, à la p. 331.

¹⁰⁰⁹ Même en *common law*, il est difficile d'envisager la portée de la jurisprudence comme une conséquence d'une norme supérieure. Si une telle norme existait, elle aurait empêché les juges des Cours suprêmes (Chambre des Lords anglaise, Cour suprême du Canada) de revenir sur leurs propres décisions.

¹⁰¹⁰ M. BOUDOT, *op. cit.*, note 984, à la p. 340.

¹⁰¹¹ Du moins, c'est ce qui ressort de leur discours critique de l'utilisation des décisions judiciaires.

méthodologie liée à la jurisprudence, car elle ne connaît pas d'équivalent en matière législative. La seconde étape est plus précise : elle a pour objet de cerner la « règle » dans l'arrêt. L'objet du processus à l'oeuvre est toutefois d'une description ardue : s'agit-il d'une recherche d'une formule ou d'un raisonnement ? Les deux systèmes, sur ce point, sont ambivalents, et il conviendra de montrer à quel point et dans quelle mesure.

L'étude portera donc sur les approches retenues par les juristes dans le processus de sélection des arrêts et de la détermination de la règle, que ce soit en droit français (Section 1) ou en droit canadien (Section 2).

Section 1 - Émission de la règle jurisprudentielle

Lorsque les juristes français ont traité la question des règles jurisprudentielles, ils ont tenu un discours qui oscillait entre la prescription de la *bonne méthode* à suivre pour dégager la règle et la description de son émergence. Par exemple, en droit français, on lit fréquemment qu'une règle jurisprudentielle ne s'établit qu'à la suite d'un nombre important d'arrêts ou qu'il n'y a de jurisprudence que de cassation. Or chacune de ces propositions contient une information sur ce qui *devrait être* la méthode d'identification des règles jurisprudentielles. Également, elles peuvent être lues comme un constat de la réalité de l'apparition de celles-ci. Ainsi, parce ces deux niveaux de discours jouent à la fois le rôle de guide et de témoin dans la *bonne façon* d'utiliser la jurisprudence, ils méritent d'être étudiés ensemble.

Depuis les années 1950, la controverse sur les règles jurisprudentielles a donné naissance à une série d'approches théoriques différentes au regard de la jurisprudence. En cette matière, on peut constater que le traitement des décisions de justice tend à se fonder sur des considérations plus formelles que substantielles. Et, sans connaître une formulation sacramentelle, la méthode d'identification de la règle prétorienne se présente le plus souvent comme un processus qui consiste à situer le type d'arrêt susceptible d'engendrer une règle (§ 1), pour ensuite dégager la proposition générale qui semble incarner « dans sa forme la plus pure » l'opinion du Haut tribunal (§ 2).

§ 1 - La sélection des arrêts

Le processus de sélection des arrêts en droit français relève d'une représentation de la jurisprudence qui fait de certains juges des organes créateurs de règles juridiques. En droit privé, la Cour de cassation occupe un espace et joue un rôle primordial qu'il serait téméraire de contredire, tant l'adhésion des juristes à son égard semble établie¹⁰¹². D'une certaine façon, on peut considérer qu'il y a eu une élection de la Cour de cassation (A.) à titre de principale productrice des arrêts porteurs de règles jurisprudentielles. Malgré cette unanimité, peu d'auteurs ont abordé la question technique qui permettrait de valoriser formellement les arrêts. Fort heureusement, cette lacune tend à se combler. Depuis que des spécialistes du déchiffrement des arrêts en ont révélé les arcanes, il est devenu possible de dégager un véritable « code » de lecture de ceux-ci. C'est, du moins, la description qu'en a faite M^{me} Serverin lorsqu'elle a écrit que :

[q]uant à leur forme, les arrêts sont l'objet, depuis le milieu du siècle, d'un travail d'écriture et de présentation aux fins d'identification et de classement des règles jurisprudentielles. Il existe actuellement un véritable "code" d'écriture et de lecture des arrêts, dont les règles s'énoncent dans de multiples écrits spécialisés.¹⁰¹³

Par conséquent, il est important de distinguer deux aspects du discours doctrinal qui, chacun, attribuent un rôle dans la détermination de la portée normative des arrêts. Le premier s'intéresse plus à l'institution qu'est la Cour de cassation, il consiste à lui accorder un espace dans lequel elle peut créer de nouvelles règles; critères qui ressemblent, à toutes fins utiles, à un pouvoir d'attribution. Le second aspect se dégage, quant à lui, de la lecture d'écrits spécialisés rédigés par des praticiens et des juges qui sont intimement associés à la Cour de cassation et qui permettent d'affiner l'évaluation de la portée des arrêts. C'est donc sous l'impulsion de ces juristes que l'on peut reconnaître, à un stade embryonnaire peut-être, l'ébauche d'une méthode

¹⁰¹² « Tous les précédents ne font pas jurisprudence. Seuls ont la grâce de devenir de véritables normes juridiques ceux qui ont été consacrés dans le cadre d'une procédure de cassation. [...] il n'y aurait de jurisprudence que de cassation. » (Frédéric ZENATI, *La jurisprudence*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1991, à la p. 109).

¹⁰¹³ Evelyne SERVERIN, « La Cour de cassation », dans *Les juridictions suprêmes, du procès à la règle*, Colloque de mai 1990, Saint Étienne, 1991, p. 161, à la p. 177.

formelle dans la valorisation ou la pondération des arrêts¹⁰¹⁴. À tout les moins, ils servent d'instruments de *prévision* d'émergence d'une règle jurisprudentielle (B.). Ces deux aspects reposant sur des critères institutionnels différents, il convient de les aborder séparément.

A. L'élection de la Cour de cassation

Depuis sa création, et plus clairement depuis la *loi du 1^{er} avril 1837*, la spécificité des arrêts de la Cour de cassation dans l'ordre juridique français est largement reconnue¹⁰¹⁵, à tel point que son affirmation est devenue un lieu commun. La chose semble aller de soi : elle forme le niveau supérieur des juridictions en droit civil et sa fonction principale consiste à préserver l'intégrité de l'interprétation judiciaire des lois. Depuis sa création, sa fonction a pris une dimension symbolique et on lui a reconnu un rôle plus large, celui de préserver l'unité de l'application des lois dans toute la France. Ainsi, en vue d'assurer l'égalité des citoyens, un gardien a été placé au-dessus des juridictions judiciaires, et c'est cette sentinelle de la loi qui, au fil des ans, s'est taillée une place enviable dans l'ordre normatif, celui de pouvoir créer des règles jurisprudentielles.

Une étude historique de la représentation de la jurisprudence a permis de souligner que les méthodes doctrinales et les sources du droit ont créé un jeu de miroirs¹⁰¹⁶ qui explique sommairement pourquoi, à ce jour, la Cour de cassation détient un quasi monopole sur les productions jurisprudentielles. À lire la doctrine majoritaire, le fondement de cette mission

¹⁰¹⁴ Tel que l'a présenté M^{me} Serverin, fort justement d'ailleurs, il s'agit surtout de « guides » qui fournissent des « indices » quant à l'importance d'un arrêt, voir : Evelyne SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé - Théorie d'une pratique*, coll. « Critique du droit », Lyon, P.U.L., 1985, aux pp. 275 et s.

¹⁰¹⁵ Il serait inutile de souligner les multiples affirmations doctrinales qui attribuent un statut suprême à la Cour de cassation. Pour un aperçu général de cette question, voir : Laboratoire d'Épistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille et la Cour de cassation, dir., *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994; J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 1007, à la p. 422; pour une opinion plus nuancée : P. JESTAZ, *loc. cit.*, note 1007; André HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », [1989] 2 *R.R.J.* 257, à la p. 285. On a pu constater que cette reconnaissance du pouvoir souverain de la Cour de cassation repose non pas sur le mérite de ses décisions, mais plutôt sur le rapport de force qu'elle entretient avec les hiérarchies judiciaires inférieures, voir « A. L'autorité de la Cour de cassation », *supra*, aux pp. 91 et s.

¹⁰¹⁶ Voir, Alain SÉRIAUX, « Le juge au miroir [:] L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, à la p. 171.

régulatrice tient à ce qu'elle est une juridiction judiciaire, d'une part, et qu'elle est suprême, d'autre part.

La relation qui unit le pouvoir de la Cour de cassation et son rôle judiciaire a été particulièrement bien cernée par Pierre Hébraud¹⁰¹⁷. En affirmant que « [l]e pouvoir, pour le juge, de modeler le système juridique, a pour base l'autonomie qui lui appartient dans le règlement du cas concret qui lui est soumis »¹⁰¹⁸, le professeur retient l'importance du rôle institutionnel de mettre en oeuvre le droit dans la reconnaissance d'un pouvoir normatif des tribunaux. C'est donc en tant qu'institution judiciaire que la Cour de cassation peut participer à la création de nouvelles règles¹⁰¹⁹. Ce qui la distingue toutefois de ses homologues, c'est qu'elle les domine et qu'elle a une dimension nationale. En effet, la Cour a pu gagner une souveraineté complète sur les règles substantielles du droit privé français lorsque fut aboli le référé législatif et lorsque fut rétabli le caractère final de la décision des Chambres réunies, lors d'un second pourvoi¹⁰²⁰. Tout ceci, grâce à la *loi du 1^{er} avril 1837*, loi qui a permis à la Cour d'acquérir « à la fois la plénitude de l'autonomie à l'égard du pouvoir législatif, et la souveraineté de son autorité à l'égard de toutes les juridictions inférieures. »¹⁰²¹ Sa domination est réelle, car l'étendue de son pouvoir de surveillance des tribunaux inférieurs est telle que nulle initiative ne peut se dégager du regard scrutateur de la Cour. Pouvant contrôler les cours inférieures lorsqu'elles formulent à la manière d'un législateur des énoncés de droit, elle détient un

¹⁰¹⁷ P. HÉBRAUD, *loc. cit.*, note 1008, p. 361. Les raisonnements doctrinaux font souvent référence à cette fatalité qu'est la suprématie de l'opinion de la Cour de cassation sur les autres juridictions. Par exemple : « La Cour de cassation a en la matière [de l'interprétation des lois] un rôle régulateur. Juge du droit, elle assure l'unité de la jurisprudence, qui ne serait pas sans une certaine discipline, destinée à respecter le préalable légal, et à éviter tout débordement de type judiciaire. C'est dire combien sont sensibles ses propres interprétations, par la portée qu'elles ont auprès des juridictions du fond, devenant références pour elles, sinon obligées, du moins déterminantes. » (Yves MAYAUD, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra legem* et... *contra rationem* », *D.* 1998.chr.212, à la p. 212)

¹⁰¹⁸ P. HÉBRAUD, *loc. cit.*, note 1008, p. 335. Il ajoute, à la p. 338 : « L'existence à sa base [de la jurisprudence], du pouvoir juridictionnel, qui est un véritable pouvoir de droit, lui confère une valeur juridique, qui permet de l'intégrer dans le système des sources du droit. »

¹⁰¹⁹ « La juridicité de la coutume, comme celle de la règle jurisprudentielle, procède en réalité du sceau dont elle est marquée par la délibération du juge, délibération dont la vertu est de faire d'une règle sociale une règle juridique » : F. ZENATI, *op. cit.*, note 1012, à la p. 142; voir aussi, les pages 153 (n. 1 et 2), 158 et 159.

¹⁰²⁰ Cette formation a été remplacée par l'Assemblée plénière lors des réformes de 1967 (la *loi du 3 juillet 1967*). Tel que l'a écrit le professeur Zenati : « [la] règle jurisprudentielle n'est vraiment formulée d'une manière achevée que lorsqu'elle est produite par une cour suprême, et pour cause, car la mission de ce type de juridiction est réglementaire » : F. ZENATI, *op. cit.*, note 1012, à la p. 94

¹⁰²¹ P. HÉBRAUD, *loc. cit.*, note 1008, p. 341.

pouvoir de vie ou de mort sur tout écart jurisprudentiel. De plus, selon le professeur Sériaux, cette surveillance est efficace même lorsque les cours tentent de dissimuler leurs opinions sous des motifs abscons :

la Cour de cassation traque et censure toutes tentatives des juges du premier ou du second degré de s'ériger en législateurs au petit-pied. Ces juges doivent statuer pour le seul cas qui leur est soumis. S'ils peuvent à l'évidence procéder dans leur motivation par affirmations d'ordre général, c'est toujours à la condition que les principes ainsi formulés leur servent à résoudre le litige qui est soumis à leur appréciation.¹⁰²²

Ainsi, la mesure de son champ régulateur est déterminé, en quelque sorte, par l'étendue de son pouvoir de surveillance, c'est-à-dire sa juridiction, telle qu'elle est fixée par la loi et qu'elle a élargie sensiblement par la suite¹⁰²³. De plus, sur un plan symbolique, et malgré les contradictions qui peuvent diviser les diverses chambres, la Cour de cassation est unique; et cette unité organique la situe dans une catégorie à part des autres juridictions d'appel, qui sont de réelles juridictions locales¹⁰²⁴ : la Cour de cassation ne parle qu'à une voix¹⁰²⁵ et ses opinions valent à l'égard de tous, quelque soit le lieu d'origine du pourvoi. Comme la loi, elle a une vocation nationale¹⁰²⁶.

Mais si la portée de son pouvoir de surveillance permet d'établir la mesure de sa compétence, elle en définit également les limites. En effet, une interprétation de la Cour de

¹⁰²² A. SÉRIAUX, *loc. cit.*, note 1016, à la p. 175. Par contre, précise le professeur Sériaux, « [c]e que la haute juridiction refuse net et clair aux juges "inférieurs", elle paraît bien en revanche se l'accorder sans hésiter » (*Id.*, p. 176).

¹⁰²³ Voir, la description de l'évolution des motifs de contrôle, dans : « 1. Le contrôle externe de l'unité de jurisprudence par la Cour de cassation ».

¹⁰²⁴ Par exemple, il est bien connu qu'il existe des cours *privilegiées* pour certains types de questions. On se référera aux cours alpines pour les accidents de ski, à la Cour de Bordeaux pour le vin, aux cours d'Aix-en-Provence ou de Rouen pour le droit maritime, aux Cours de Colmar, de Nancy ou de Douai pour les contrats de brasserie, etc. Voir : Xavier HENRY, « La jurisprudence accessible - Mégacode civil : théorie d'une pratique », [1999] 4 *R.R.J.* 631, à la p. 677. C'est le constat que fait M^{me} Serverin au sujet des cours d'appel : « Une des fonctions essentielles du contrôle hiérarchique est donc d'établir un *partage des tâches de vérification entre la Cour de cassation et les Cours d'appel*, cette répartition revenant à déterminer une sphère d'autonomie pour les cours d'appel, à l'intérieur de laquelle pourront s'établir des jurisprudences locales » : E. SERVERIN, *loc. cit.*, note 1013, à la p. 177. Mais cette « jurisprudence locale » demeure toujours à la merci de la Cour de cassation. Voir cependant une étude convaincante de la pertinence de la jurisprudence d'appel : Catherine LARHER-LOYER, « La jurisprudence d'appel », *J.C.P.* 1989.1.3407 où elle souligne certains secteurs du droit, notamment dans le cas où la qualification n'est pas contrôlée par la Cour de cassation, où l'on peut observer la présence de règles. Néanmoins, elle admet que la faible diffusion de celles-ci, leur portée territoriale limitée, ainsi que leur formulation « près de faits » font en sorte qu'une véritable reconnaissance de la normativité de cette jurisprudence reste à faire.

¹⁰²⁵ Sauf, bien entendu, lorsqu'elle connaît des dissidences internes.

¹⁰²⁶ Voir le *Code de l'organisation judiciaire*, art. L. 111-1.

cassation ne s'imposant pas aux autres ordres juridictionnels, elle peut être contredite par le Conseil d'État¹⁰²⁷ ou le Conseil constitutionnel¹⁰²⁸ sans que les juristes y voient nécessairement une incongruité¹⁰²⁹. En retour, l'inverse n'est pas vrai en matière constitutionnelle, car la Constitution prévoit que « [les décisions du Conseil constitutionnel] s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »¹⁰³⁰. Obligation non assortie de sanction, elle n'engage que la Cour qui y adhère; et, fort heureusement sans doute, on a pu souligner que la Cour de cassation s'est inclinée sans trop se faire tirer l'oreille¹⁰³¹. Mais parce

¹⁰²⁷ Une illustration souvent rappelée est celle où, à la suite de l'arrêt *Café Jacques Vabre* (C. cass. mixte 24 mai 1975, (1975) *A.J.D.A.* 567, note Boulouis), la Cour de cassation a fait prévaloir une règle internationale sur une loi interne, tandis que le Conseil d'État faisait prévaloir cette dernière lorsqu'elle était postérieure à la première. Le malaise est palpable, par contre, devant ces positions contradictoires. Par exemple, dans le cadre d'un commentaire d'arrêt du Conseil d'État, critiquant la qualification juridique des bas-reliefs d'immeuble par nature, M. Deumier souligne qu'il est « difficile d'expliquer la solution commentée autrement » que par des considérations d'opportunité, mais il y en a une autre qui, selon lui, est supérieure à celles préférées par le Conseil d'État : « celle de l'unification des jurisprudences judiciaires et administratives. » (Conseil d'État, 24 fév. 1999, *Sté Transurba*, *J.C.P.G.* II.10232). Et il donne un exemple de contradiction entre les deux juridictions : Cass. 1^{re} civ., 31 jan. 1989, *Bull. civ.* I, n° 50, « estimant un décret de déclaration d'utilité publique non publiée opposable aux intéressés sur le fondement de leur connaissance personnelle, contrairement à la jurisprudence constante du Conseil d'État. » Voir aussi l'exemple donné dans : Michelle GOBERT, « La jurisprudence, source de droit triomphante mais menacée », (1992) 91 *R.T.D.civ.* 344, à la p. 346.

¹⁰²⁸ Quoique la chose soit plus rare. Toutefois, le recours par le Conseil constitutionnel au procédé des réserves d'interprétation dans le cadre de l'évaluation de la constitutionnalité des lois soulève la question du poids qu'il convient de leur accorder à l'intérieur des juridictions judiciaires. Ce procédé consiste à maintenir la constitutionnalité d'une loi, à la condition qu'elle soit interprétée d'une certaine façon ou qu'on lui donne une portée définie par le Conseil. L'avantage de cette méthode est qu'elle évite de déclarer une loi inconstitutionnelle. En retour, si l'article 62 de la Constitution prévoit que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux autorités administratives et judiciaires, il est important de souligner, comme l'a fait M. Molfessis, que « l'obligation de l'article 62 de la Constitution n'est pourvue d'aucune sanction » (Nicolas MOLFESSIS, « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *J.C.P.* 2000.I.210, par. 17). Par conséquent, souligne le professeur, l'effet des réserves dépend essentiellement de leur bien fondé et de leur capacité de convaincre les juges (*Id.*, par. 19).

¹⁰²⁹ C'est ce qui fait qu'en droit français, un même texte peut recevoir plusieurs interprétations d'ordres juridictionnels différents, et qui peuvent coexister *paisiblement*, voir : Yves GAUDEMET, « Fonction interprétative et fonction législative : aménagements juridiques de leurs rapports », dans Paul AMSELEK, *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant-P.U.A.-M., 1995, 201, aux pp. 206-207; à la p. 207, on peut lire :

des interprétation juridictionnelles contradictoires peuvent subsister; parfois à l'intérieur d'un même ordre de juridiction (ainsi entre les chambres de la cour de cassation); plus souvent, entre juridictions n'appartenant pas au même ordre : ainsi [...] coexistent fort harmonieusement les deux interprétations contradictoires données l'une par le Conseil d'État, l'autre par le Conseil constitutionnel, de la disposition du préambule de la Constitution de 1946 consacrant le droit de grève.

¹⁰³⁰ Art. 62, al. 2 de la *Constitution* de 1958.

¹⁰³¹ Ce n'est que pendant les années 1980 que la Cour semble avoir réellement manifesté qu'elle suivrait les décisions du Conseil constitutionnel, voir : D. DAMBRA, *op. cit.*, note 990, aux pp. 94 et ss. Jusqu'à cette prise de position, la Cour de cassation aurait fait montre d'une certaine indifférence à l'égard des décisions du Conseil constitutionnel (Louis FAVOREU, « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution », *D.* 1986.chr.28.169, au par. 8). Selon le professeur Favoreu, il serait illogique qu'un texte

que chaque juridiction peut théoriquement avoir et maintenir sa propre interprétation, les juristes français admettent que les décisions du Tribunal des conflits, à l'égard desquelles il n'existe pas de recours, sont « souveraines » et peuvent provoquer l'émergence d'une règle jurisprudentielle¹⁰³². Ainsi, la logique qui sous-tend la portée de la compétence de la Cour de cassation semble se résumer dans l'équation suivante : étendue de la juridiction = étendue de la compétence normative¹⁰³³.

B. La hiérarchisation des arrêts de la Cour de cassation

Depuis que les chambres de la Cour de cassation se sont multipliées, et que plusieurs mécanismes procéduraux ont été créés afin d'alléger le poids des pourvois sur le fonctionnement de la Cour, plusieurs juristes ont affiné la méthode de sélection des arrêts en vue de leur attribuer un ordre hiérarchique. En cette matière, tous les arrêts ne sont pas égaux¹⁰³⁴. Certains arrêts, par leur solennité, tendent à montrer que la Cour s'est prononcée de façon catégorique sur un point de droit qui faisait l'objet d'une controverse. Dans d'autres cas, la Cour semble simplement appliquer une jurisprudence constante en écartant le pourvoi du revers de la main. Enfin, certaines décisions ont un rôle disciplinaire¹⁰³⁵ à l'égard des

puisse recevoir des interprétations différentes selon les juridictions qui l'interprètent et, pour cette raison, « [i]l est [] raisonnable de considérer que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux juges judiciaires et administratifs lorsque la loi que doivent appliquer ceux-ci a fait l'objet d'une interprétation par le Conseil constitutionnel. »

¹⁰³² Par exemple, l'arrêt *Blanco* a eu une portée importante dans le système de droit français : T. C. 8 février 1873, *D.* 1873.3.17. concl. DAVID.

¹⁰³³ P. HÉBRAUD, *loc. cit.*, note 1008, p. 359 : « La réalité [de la règle jurisprudentielle] n'est clairement observable que dans le jeu du contrôle exercé par le juge dont les modalités et le mécanisme permettent seuls de définir avec netteté le sens et la portée de ce qu'il engendre. » Voir aussi : Evelyne SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé - Théorie d'une pratique*, coll. « Critique du droit », Lyon, P.U.L., 1985, à la page 159 : « (en parlant de Gény et de Lambert) Ceci revient à dire que la jurisprudence vaut moins pour son contenu juridique – c'est-à-dire la pertinence des solutions qu'elle propose – que par son *mode de désignation* des situations à réguler ».

¹⁰³⁴ Toutefois, comme le note le doyen Perdriau, « tous les arrêts de la Cour suprême ont la même force et la même autorité. Il en est ainsi qu'ils soient de rejet ou de cassation, qu'on doive les tenir pour des décisions d'espèce ou de principe, qu'ils émanent d'une chambre ou d'une autre[, etc.] » (André PERDRIAU, « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1990.I.3468, au par. 3).

¹⁰³⁵ On peut reconnaître les pourvois disciplinaires, c'est-à-dire ceux qui concernent strictement la violation de règles de procédure, par la lecture du texte de loi visé dans l'arrêt : André PERDRIAU, « Visas, "chapeaux" et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *J.C.P.* 1986.I.3257, aux par. 14-15.

juridictions inférieures¹⁰³⁶, rôle que l'on distingue généralement de sa fonction régulatrice. Cette gradation dans les différentes vocations des arrêts de la Cour de cassation se trouve reflétée par le processus décisionnel qui en est à la base, et les juristes français ont tenu compte de cette réalité institutionnelle des arrêts pour catégoriser leur poids normatif.

Ainsi, tout en haut du classement des arrêts, trônent ceux de l'Assemblée plénière¹⁰³⁷, l'ancienne Chambres réunies¹⁰³⁸, qui disposent d'un poids sans équivalents. Tel que l'a écrit M^{me} Serverin, « ce dispositif [celui de l'Assemblée plénière] dépasse la simple manifestation d'un contrôle hiérarchique ponctuel pour établir un *pouvoir de clôture à l'égard de toute contestation formulée dans les mêmes termes dans le cadre de procédures différentes.* »¹⁰³⁹ Ce type d'arrêt, souvent rendu à la suite d'âpres débats, s'impose « aux juges du fond [...] engageant l'institution dans son intégralité, au terme d'une procédure marquée de tous les attributs symboliques du faste et de la puissance. »¹⁰⁴⁰ Au niveau intermédiaire de cette hiérarchie se situent les Chambres réunies en formation plénière (ou les Chambres mixtes), qui regroupent douze ou quinze magistrats et qui semblent avoir une valeur symbolique plus élevée que le « simple » arrêt de cassation. Viennent ensuite l'arrêt de la Chambre réunie en formation plénière et le *simple* arrêt. Et au bas de la hiérarchie, l'on pourrait placer les arrêts rendus par les « formations restreintes »¹⁰⁴¹ des chambres de la Cour de cassation. En effet, dans ces cas, les juges posent un jugement de valeur sur l'intérêt de la question soulevée par le pourvoi, car seules les questions *dont la solution s'impose* peuvent faire l'objet d'une telle procédure visant à désengorger le fardeau que présente les milliers de pourvois¹⁰⁴². Or de l'aveu même des magistrats, ces arrêts n'ont pas de *valeur jurisprudentielle* :

¹⁰³⁶ Pour une analyse historique de cette fonction : E. SERVERIN, *op. cit.*, note 1033, aux pp. 248 et s.

¹⁰³⁷ André PERDRIAU, « La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1994.I.3798.

¹⁰³⁸ Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, Sirey, 1961, à la p. 200 : les arrêts de la Cour de cassation ont une autorité particulière, mais « [c]ette autorité atteint son degré le plus élevé avec les arrêts des chambres réunies [...] ».

¹⁰³⁹ E. SERVERIN, *loc. cit.*, note 1013, à la p. 175.

¹⁰⁴⁰ Rémy LIBCHABER, « Un revenant : l'arrêt des chambres mixtes », (1999) 97 *R.T.D.civ.* 734, à la p. 735.

¹⁰⁴¹ Sur cette formation, voir : André PERDRIAU, « Les formations restreintes de la Cour de cassation », *J.C.P.*, éd. G, 1994.I.3768. L'auteur souligne que les réformes législatives instituant ce type de formation, dont l'objet premier est de distinguer le traitement qui sera réservé aux pourvois « importants » des autres pourvois, n'a fait qu'entériner une pratique déjà solidement établie (*Id.*, par. 6).

¹⁰⁴² Art. L.131-6 *Code de l'organisation judiciaire*. Créé par la loi du 23 avril 1997 (Loi n° 97-395 du 23 avril

la chambre sociale a reçu en 1993, 7500 pourvois à juger. Pour faire face à ce contentieux de masse, elle juge en formation restreinte 70 à 80 % des dossiers choisis comme ne posant pas de questions de principe. Les arrêts rendus par les formations restreintes ne peuvent, en aucun cas, être considérés comme résolvant une question nouvelle ou comme modifiant une jurisprudence acquise; s'il s'avérait qu'une formation ait rendu un arrêt résolvant une difficulté non tranchée ou contenant une solution hétérodoxe, sa décision n'engagerait pas la chambre. C'est pourquoi d'ailleurs ces arrêts ne sont pas publiés au bulletin, sauf s'ils réaffirment, très clairement, une solution classique.¹⁰⁴³

La difficulté que pose cette dernière classification des arrêts de la Cour de cassation est que la version publiée de l'arrêt ne mentionne pas la formation qui l'a rendue, du moins jusqu'à tout récemment et dans une seule revue connue seulement¹⁰⁴⁴. En réalité, même s'il est discutable de faire reposer une règle jurisprudentielle *nouvelle* sur la foi d'un arrêt rendu selon une formation restreinte, celui-ci peut être d'une grande utilité pour le praticien, car il peut présumer que ce dernier est l'expression d'une jurisprudence constante¹⁰⁴⁵.

Par conséquent, sur un strict plan méthodologique, il ne suffit pas de souligner que tel arrêt provient de la Cour de cassation pour que l'on puisse conclure à l'émergence d'une règle jurisprudentielle : il est pertinent de relever quelle formation l'a rendu, si cela est connu bien

1997 relative à l'examen des pourvois devant la Cour de cassation »), cette mesure permet à une formation composée de trois magistrats (la loi n'utilise plus le terme « formation restreinte ») de statuer sur un pourvoi « lorsque la solution s'impose », elle peut donc renvoyer un pourvoi ou, mais alors le geste est plus cruel, casser la décision contestée de la Cour d'appel. En dehors de ce cas, la formation doit renvoyer « l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre. » Sur cette loi, voir : Christophe JAMIN, « Droit judiciaire (Chronique) », (1997) 95 *R.T.D.civ.* 774.

¹⁰⁴³ Ph. WAQUET, « La dénonciation des usages de l'entreprise et des engagements unilatéraux de l'employeur », *Sem. soc. Lamy*, 1994, n° 693, p. 3, à la p. 4, tel que cité dans Paul-Henri ANTONMATTEI, « Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 3, à la p. 7.

¹⁰⁴⁴ La publication hebdomadaire Dalloz a pris l'initiative de préciser si ceux-ci ont été rendus par une formation restreinte (lettre F), une formation de section (lettres FS), une formation plénière de chambre (lettres FP) ou, enfin, si l'arrêt a été mis sur Intranet (lettres FI), voir : *Dalloz*, 1^{er} cahier, 25 mai 2000, n° 20, à la p. vi. Ces indications supplémentaires tendent à montrer l'importance accrue que gagnent les critères formels dans l'évaluation des arrêts.

¹⁰⁴⁵ A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1037, n° 51; Xavier HENRY, « La jurisprudence accessible - Mégacode civil : théorie d'une pratique », [1999] 4 *R.R.J.* 631, à la p. 641 : « Les décisions rendues dans cette configuration sont repérables par le visa du texte et il est souvent implicitement admis qu'un arrêt rendu en formation restreinte ne présente aucun intérêt doctrinal. Cependant, comme le bulletin ne reproduit pas, le cas échéant, la mention de l'art.131-6, il est difficile de vérifier l'exactitude d'une telle proposition. » L'auteur constate, à la suite d'une analyse de l'ensemble des décisions de la Cour de cassation rendues au cours du mois de mai 1995, que plus de dix pour cent des arrêts publiés proviennent des chambres restreintes, ce qui n'est pas négligeable, et que seule la troisième chambre civile de la Cour semble adopter une politique étanche de non-publication de ces arrêts (*Id.*, voir les pages 641-642). L'auteur conclut, à la p. 642, que « [l]a solution n'est d'ailleurs pas surprenante : les formations restreintes sont le lieu d'expression naturel des jurisprudences constantes, or la stabilité d'une jurisprudence est une information précieuse qui mérite d'être diffusée. »

entendu. Cependant, il convient de rappeler que cette hiérarchisation n'entraîne pas des conséquences automatiques quant à l'effet que provoquera un arrêt dans l'ordre juridique français. Mais sur un plan purement statistique, la question de savoir si oui ou non la Cour de cassation formule une opinion de façon catégorique ou celle de prévoir si elle sera tenue comme telle dans la communauté des juristes doit être évaluée en retenant le type de formation qui a tranché le pourvoi.

Par ailleurs, il est difficilement *envisageable* qu'une juridiction autre que la Cour de cassation puisse créer une nouvelle règle jurisprudentielle; et lorsque la chose est évoquée, elle l'est souvent sur un plan strictement théorique. D'une part, même en cas de résistance concertée, la Cour de cassation dispose du « droit au dernier mot » qui oblige la cour de renvoi à suivre l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière¹⁰⁴⁶. D'autre part, l'étendue du contrôle de la Cour de cassation conjugué à la relative facilité avec laquelle on peut y avoir accès ont chacun pour effet d'inciter un plaideur à contester une décision dissidente d'une Cour d'appel¹⁰⁴⁷. Ces caractéristiques expliquent donc pourquoi les cours d'appel ne sont pas perçues comme disposant des prérogatives nécessaires pour qu'on leur reconnaisse la paternité d'une règle jurisprudentielle; leurs créations, si elles existent, seront toujours fragiles, précaires et d'une portée locale¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁶ *Code de l'organisation judiciaire*, art. L. 131-4, al. 2. Un exemple rappelé par M. Bellet : « unanimement et continûment, de 1961 à 1975, les cours d'appel ont décidé, contrairement à la Cour de cassation, que le délai de deux ans ouvert aux victimes des accidents de l'air, pour agir en responsabilité, [...] n'était susceptible ni de suspension ni d'interruption, jusqu'à ce que l'assemblée plénière de la haute juridiction, le 14 janvier 1977 vienne imposer sa solution. » (Pierre BELLET, « Le juge et l'équité », dans *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 9, à la p. 9)

¹⁰⁴⁷ Pour une analyse de cet aspect de l'autorité de la Cour de cassation : Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil - Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, aux pp. 419 et s.

¹⁰⁴⁸ En fait, il peut se développer des jurisprudences locales, mais sur des matières qui ne feront pas l'objet d'un contrôle par la Cour de cassation. Voir E. SERVERIN, *loc. cit.*, note 1013, à la p. 173. Il est difficile d'imaginer qu'une telle autonomie puisse porter sur des points de droit substantiel. Pour une opinion contraire, voir : Antoine BOLZE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », [1997] 3 *R.R.J.* 855, à la p. 860 où M. Bolze affirme, dans le cadre de son analyse d'un certain type de « norme jurisprudentielle » qui serait « inexistante ou inutilisable », que « la doctrine admet aujourd'hui que la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas une source exclusive de droit, la jurisprudence d'appel ayant acquis une certaine audience » et il cite, au soutien de cette proposition, un article de M^{me} Larher-Loyer (C. LARHER-LOYER, *loc. cit.*, note 1024) dans lequel, pourtant, elle reconnaît que : « Ces deux facteurs : autorité hiérarchique et publicité ont conféré à la Cour de cassation un quasi-monopole dans l'élaboration de la jurisprudence. L'activité des juridictions du fond, lorsqu'elle présente un certain caractère normatif, mais touche au fait (tels les barèmes d'indemnisation) n'est qualifiée que de "pratique" ».

Outre les critères institutionnels permettant de cerner l'importance *probable* d'une décision, il existe également un *code* d'analyse des arrêts, auquel M^{me} Serverin a fait référence, qui permet de dégager l'intérêt *doctrinal* d'une décision de la Cour de cassation. Ces critères, mis au jour par des magistrats et par des praticiens, sont particulièrement utiles pour les néophytes dans la mesure où ils permettent de peser le contenu d'une décision selon une série d'indices formels et ce, en dehors de toute qualification préalable par la doctrine. Avec l'accessibilité accrue des arrêts, rendue possible grâce aux banques informatisées, le juriste aura de plus en plus à se prononcer *par lui-même* sur la portée d'une décision, ce qui risque d'augmenter le recours à ces repères dans l'argumentation juridique.

Ainsi, le type de réponse au pourvoi à la cassation (cassation ou rejet) lue en conjonction avec les moyens invoqués¹⁰⁴⁹ permettent de déterminer si l'arrêt est susceptible ou non de contenir une affirmation jurisprudentielle importante. Afin de présenter cette approche, il convient de faire une distinction entre les arrêts qui rejettent un pourvoi de ceux qui l'accueillent¹⁰⁵⁰.

L'analyse de la portée des arrêts de rejet est peut-être la plus délicate, car les praticiens en soulignent fréquemment l'importance, même s'ils admettent que celle-ci se constate surtout à la lecture des motifs. Il y a donc peu de critères *a priori* qui justifient qu'on les retienne ou qu'on les exclue. Selon le doyen Perdriau, sont dépourvus de portée doctrinale les arrêts de rejet de pourvoi pour seul motif qu'ils sont irrecevables pour une inobservation de conditions de forme ou de délais, ou ceux qui sont fondés sur un grief de dénaturation¹⁰⁵¹. À l'inverse, dans le cas particulier où la Cour rejette un pourvoi en substituant un motif de pur droit à un

¹⁰⁴⁹ En effet, la Cour s'affaire à l'étude du seul « moyen ». Or, ceux-ci sont partiellement repris à l'intérieur des motifs, voir : A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1035, au par 142 où l'auteur plaide pour que l'on publie intégralement « l'énoncé complet du ou des moyens [...] tant il est vrai que la Cour de cassation juge les pourvois bien davantage que les jugements qui lui sont déférés. »

¹⁰⁵⁰ Cette catégorisation des arrêts selon le résultat du pourvoi reflète, selon M^{me} Saluden, une véritable gradation dans la sévérité du contrôle de la Cour de cassation, voir : Marianne SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence, étude sociologique*, Thèse Paris II, 1983, aux pp. 77 et s.

¹⁰⁵¹ A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1034, aux par. 30 et s. Il s'agit d'un cas d'ouverture qui est appliqué lorsque la dénaturation porte sur un document obligatoire, comme un contrat, un testament, un brevet, etc., ou sur un

motif erroné¹⁰⁵², on peut déduire que le motif retenu par la Cour correspond à l'expression fidèle de son opinion sur une question de droit. Outre cette dernière situation exceptionnelle, il faut admettre que les arrêts de rejet sont d'une catégorisation difficile. Bien qu'ils comportent souvent un message sur l'état du droit¹⁰⁵³, celui-ci n'est pas toujours clairement exprimé¹⁰⁵⁴, le juriste ne peut donc pas se permettre d'examiner uniquement les moyens afin de déterminer leur valeur.

En retour, dans le cas d'une cassation, la connaissance du moyen permet de prévoir la portée normative de l'arrêt. Comme pour l'arrêt de rejet, la substitution de moyen¹⁰⁵⁵ constitue une forme efficace, quoique rare, de transmission d'un message juridique : « les décisions qui la consacrent sont presque toujours publiées comme étant de principe »¹⁰⁵⁶. Viennent ensuite les cassations pour une violation de la loi¹⁰⁵⁷. En effet, dans ce type de pourvoi, la Cour est généralement amenée à formuler une proposition sur l'état du droit¹⁰⁵⁸, affirmation qui est souvent des plus explicite¹⁰⁵⁹. Un peu moins évident pour la classification des arrêts exposée ici, est celui qui casse une décision du juge du fond pour un défaut de base légale¹⁰⁶⁰. Il y a eu une

élément de preuve, voir : Jacques BORÉ, *La cassation en matière civile*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, à la p. 1031, n° 3484 et s.

¹⁰⁵² *N. C. P. C.*, art. 620, al.1^{er}. Le procédé de substitution de motif permet à la Cour de cassation de maintenir le dispositif de la décision attaquée et de modifier, parce qu'il est erroné, un élément des motifs de cette même décision; sur ce procédé, voir : J. BORÉ, *loc. cit.*, note 1051, aux pp. 805 et s., n° 2709 et s.

¹⁰⁵³ À noter qu'ils occupent près de la moitié des arrêts que l'on peut trouver dans l'ouvrage de François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1991.

¹⁰⁵⁴ André PERDRIAU, « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1995.I.3866, aux par. 3-4. Le doyen Perdriau souligne que, pour des raisons techniques liées à la forme et au contenu du pourvoi, on ne peut nécessairement déduire que la Cour a adopté l'interprétation retenue par la Cour d'appel. Au par. 4 de l'article il conclut : « Il s'ensuit que la lecture du moyen, si elle est possible, n'est pas assez souvent que d'un faible secours pour la découverte du texte en vertu duquel la Cour de cassation s'est prononcée, et que la recherche de celui-ci risque d'être incertaine. »

¹⁰⁵⁵ *N. C. P. C.*, art. 620, al. 2. En vertu de cet article, la Cour peut substituer un motif de pur droit à un motif erroné, que ce soit dans une situation où elle rejette le pourvoi (art. 620 al. 1) ou qu'elle casse la décision.

¹⁰⁵⁶ André PERDRIAU, « Ce que la Cour de cassation relève d'office », *J.C.P.*, éd. G.1996.I.3911, par. 26.

¹⁰⁵⁷ La violation de la loi inclut le cas d'une mauvaise application de la loi, que ce soit par une interprétation erronée de celle-ci, un refus de l'appliquer ou une fausse qualification des faits. Elle exclut, du moins officiellement, la violation de la jurisprudence.

¹⁰⁵⁸ A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1034, au par. 55 : « Contrairement à une opinion assez répandue, les arrêts de rejet, comme ceux de censure pour manque de base légale, peuvent être autant porteurs de messages juridiques que les cassations prononcées pour violation de la loi. »

¹⁰⁵⁹ Jacques VOULET, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1970.I.2305, au par. 26.

¹⁰⁶⁰ Le défaut de base légale s'invoque lorsque « la motivation de la décision ne permet pas à la Cour de cassation d'exercer un contrôle de la conformité du jugement attaqué aux règles de droit » (Yvon

controverse sur la question de savoir si « le défaut de base légale » constitue un indice quelconque de l'importance de l'arrêt. Et c'est sans prétendre clore le débat que l'on reprend les propos de M. Boré, selon lequel :

Et c'est par une erreur tout aussi grave, démentie par la majorité de la doctrine, que M. Bel ajoute que cette ouverture [défaut de base légale] n'a aucun caractère normatif et ne porte aucun message juridique [...] Combien d'arrêts de principe ont en effet été rendus sur des défauts de base légale! Car, en définissant les constatations de fait qu'elle juge *nécessaires* à la formulation de la règle de droit, la Cour régulatrice *définit les éléments constitutifs de la qualification juridique* qu'elle retient (ex. Cass. 1^{re} civ., 22 fév. 1978, *D.*, 1978.601, note Malinvaud). Cette forme de contrôle est essentielle car c'est elle qui a permis l'exercice du *pouvoir créateur de la jurisprudence*.¹⁰⁶¹

Il est donc plus prudent d'examiner les motifs de ces arrêts afin de vérifier si ceux-ci contiennent bel et bien une information juridique pertinente. Enfin, semblent être dépourvus de *valeur* juridique, les arrêts de la Cour qui ne portent que sur des questions liées à la forme des arrêts attaqués¹⁰⁶².

Par conséquent, un juriste peut valablement préjuger de la valeur normative d'une décision en se fiant sur la chambre qui l'a rendue, le traitement qui a été réservé au pourvoi et les moyens qui lui servent de fondement. La méthode n'est pas nouvelle et, en cela, il est utile de souligner qu'elle existait déjà chez Aubry et Rau¹⁰⁶³. Or c'est spécialement sur le plan de *l'effet produit* par la rencontre de ces critères que l'approche actuelle semble se distinguer. À lire certains auteurs, il est possible, selon des circonstances précises, de préjuger de la valeur d'un arrêt en dehors d'une appréciation du *contenu* matériel de la décision étudiée. Et même si ces indices ont une valeur relative, leur simple existence, appuyée d'une justification défendue

DESDEVISES, Jacques NORMAND, et Georges WIEDERKEHR, *Nouveau Code de Procédure Civile*, 89^e éd., Paris, Dalloz, 1997, art. 604, notes 49 et 50).

¹⁰⁶¹ Jacques BORÉ, « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.*1995.chr.133, à la p. 137. Pour une opinion similaire, voir : André BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », dans les *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1975, tome 23, p. 7, à la p. 19; Henri MOTULSKY, « Le "manque de base légale" », pierre de touche de la technique juridique », dans *Écrits [:] Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, p. 31.

¹⁰⁶² Ainsi, les griefs pour absence de motifs, motifs hypothétiques ou dubitatifs, contradictions de motifs et motifs critiqués pour défaut de réponse à conclusion ont peu d'intérêt pour le juriste : J. VOULET, *loc. cit.*, note 1059, au par. 19.

¹⁰⁶³ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. 1, Paris, 1869, à la p. 128, n. 9 : « Les arrêts de rejet sont d'une autorité bien moins grave que les arrêts de cassation. Et, parmi les arrêts de rejet, il faut distinguer ceux qui déclarent *que la décision attaquée a bien été jugée, qu'elle a rempli le vœu de la loi, qu'elle a jugé conformément à la loi*, de ceux qui disent simplement *qu'elle n'a pas violé la loi*. Les arrêts rendus par les chambres réunies sont ceux auxquels on doit reconnaître le plus d'importance. »

par des *spécialistes* de la Cour de cassation, font en sorte qu'ils ont une valeur argumentative indéniable. Entre deux arrêts contradictoires, l'un rendu par l'Assemblée plénière et l'autre rendu par la 1^{ère} chambre civile, le juriste risque de pencher pour le premier à titre de représentation fidèle de l'opinion de la Cour et de reléguer le second au rang de la dissidence. Incidemment, il est utile de préciser que la contradiction entre deux chambres de même *niveau* semble se résoudre par un recours à la décision la plus récente¹⁰⁶⁴. Et malgré la simplicité que présente une telle démarche, celle-ci risque de connaître un certain succès dans la mesure où le juriste aura tendance à être de plus en plus confronté à une quantité importante d'arrêts dont il n'aura pas le temps de peser la valeur intrinsèque¹⁰⁶⁵.

§ 2 - La sélection de l'énoncé normatif

À côté du processus d'identification des arrêts susceptibles de provoquer la reconnaissance d'une règle jurisprudentielle se profile une seconde étape qui se distingue de la première, celle de l'extraction de la proposition qui servira de support à la règle de droit. La

¹⁰⁶⁴ Il s'agit là d'une transposition du raisonnement que l'on tient au regard de la loi. Pour une affirmation de ce principe de coordination des arrêts, on peut lire de MM. Ghestin et Goubaux : « Entre deux décisions de même degré dans la hiérarchie judiciaire, c'est la plus récente qui a le plus d'autorité, puisqu'elle exprime le plus probablement le sens des décisions futures » : Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil - Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, à la p. 450; Jean CARBONNIER, *Droit civil [:] Introduction*, 24^e éd., Paris, P.U.F., 1996, aux pp. 241-242 et 248-249, aux n^{os} 144 et 148. En cas de contradiction flagrante et perturbatrice de l'unité d'interprétation de la Cour de cassation, il existe le remède du recours à l'Assemblée plénière qui a, semble-t-il, un effet pacificateur important, voir : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, à la p. 430. Pour une théorie *contra* : Adélarde ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », (1902) 1 *R.T.D.C.* 5, à la p. 13, au sujet de la « jurisprudence acquise » :

Il faut d'abord la prendre dans ses origines, la suivre dans ses développements, marquer ses détours et ses hésitations, ses retours en arrière; et à ce point de vue la jurisprudence ancienne, celle des premières années qui suivirent la promulgation du Code civil, et celle de la première moitié du XIX^e siècle, sont aussi importantes que la jurisprudence récente, celle des dernières années.

¹⁰⁶⁵ Leur simplicité serait peut-être le gage de leur succès futur, sur ce sujet, voir : Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, coll. « Les voies du droit », Paris, P. U. de F., 1987, à la p. 122 : « [L]e succès irait aux théories qui simplifient l'exposé du droit positif en évitant les trop nombreuses exceptions et les perturbations trop profondes ». Voir aussi le cri d'alarme lancé par le professeur Atias sur les dangers que comporte la quantité croissante de l'information juridique : Christian ATIAS, « Des réponses sans questions 1804-1899-1999 (quantitatif et qualitatif dans le savoir juridique) », *D.1998.chr.406* : « La question de la sélection des décisions à retenir ou à ignorer devient cruciale. [...] En 1999, le stock d'informations juridiques disponibles excède manifestement les possibilités intellectuelles de leur exploitation. »

nature de cette proposition est nécessairement ambiguë¹⁰⁶⁶, car elle se présente comme un discours qui aurait une seule ambition, celle de décrire le droit. De plus, elle n'est pas toujours expressément formulée ou située en exergue, *prête* à l'emploi. Parfois l'opinion de la Cour se détermine *par contraste*, c'est-à-dire en l'opposant à celle du juge du fond d'où est issu le pourvoi. La formulation se caractérise alors par sa forme elliptique et exige, entre autres, que l'on tienne compte des faits. Or, si l'une et l'autre des expressions traduisent l'opinion de la Cour, leur efficacité n'est pas exactement la même. À toutes fins utiles, la formule explicite gagne en force ce qu'elle perd en nuance et elle demeure la voie royale d'une reconnaissance de la règle jurisprudentielle. Afin de présenter la technique de repérage de l'opinion de la Cour, il convient de distinguer les cas où elle procède par une affirmation expresse de son opinion (A.) de ceux où elle se laisse deviner (B.).

A. Les formules explicites sur l'état du droit

En droit français, la méthode d'identification d'une règle jurisprudentielle est liée au style de rédaction des arrêts. Au fil des ans, la technique de rédaction des arrêts de la Cour de cassation s'est révélée concise et péremptoire. Malgré les critiques dont elle a pu faire l'objet¹⁰⁶⁷, le style de motivation des arrêts de la Cour de cassation s'est maintenu et demeure exemplaire par son originalité et par sa constance. En fait, il sera toujours surprenant pour un juriste de *common law* de constater qu'un tribunal puisse modifier l'état du droit avec si peu de mots, et que de si *petites* formules puissent avoir de si grands effets. La méthode semble

¹⁰⁶⁶ Voir : Christian ATIAS, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *J.C.P.* 1984.1. 3145.

¹⁰⁶⁷ Voir : A. TOUFFAIT et A. TUNC, *loc. cit.*, note 986, à la p. 489 :

La Cour de cassation procède par affirmation de principes dont elle ne fait même rien pour éclairer la portée. D'autre part, les "constatations de fait" qu'elle relève comportent normalement des appréciations, dont certaines sont discutables. Là encore, on trouve couramment des affirmations péremptoires, qui convainquent mal parce qu'elles cachent toute une discussion possible.

Et plus loin, à la p. 497 :

La Cour de cassation procède par voie d'affirmation. Le souci de la sécurité juridique, à laquelle elle attache légitimement une très grande importance, la conduit à reprendre les mêmes principes dans les mêmes termes, quelles que soient les discussions qu'ils ont pu susciter, tout se passe donc comme si la Cour se considérait infaillible. On peut discuter la portée du dogme, non son existence. De là résulte un certain immobilisme, une constance excessive, une « force d'inertie », – certains ont dit : une certaine sclérose.

efficace, car l'une des techniques privilégiées d'expression du droit reste celle de la formule de portée générale ayant un haut degré d'abstraction¹⁰⁶⁸. Cette généralité est telle que les motifs semblent se dégager de la contingence des faits. Pour l'illustrer, on peut lire dans les arrêts de la Cour de cassation des formules comme :

Le nom ne se perd pas par le non-usage.¹⁰⁶⁹

L'action en réclamation d'aliments prévue par ce texte (l'art. 342 al. 2 c. civ) n'est recevable que si son auteur a la qualité d'enfant naturel simple adultérin ou incestueux.¹⁰⁷⁰

Il n'y a pas d'enrichissement sans juste cause lorsque l'enrichissement puise sa source dans un acte juridique qui le légitime.¹⁰⁷¹

Ces propositions ne sont pas tirées directement de la loi, mais, à n'en pas douter, elles en empruntent le style et en partagent l'autorité¹⁰⁷². Déceler la formule équivaut alors à trouver le support d'expression de la règle jurisprudentielle de l'arrêt. Malgré le caractère un tantinet réducteur de cette approche, il n'en demeure pas moins que, pour un bon nombre de juristes, la formule exprime directement la règle¹⁰⁷³, dans la mesure, bien entendu, où il parvient à la dénicher.

La forme ramassée de la proposition juridique a pour résultat qu'il est relativement simple d'en localiser le lieu à l'intérieur des motifs : le plus souvent, la Cour de cassation formule ses principes à l'intérieur d'un paragraphe isolé. Que ce soit dans le cadre d'un arrêt de

¹⁰⁶⁸ Le professeur Jestaz, par exemple, décrit la jurisprudence comme une « proposition[] énoncée[] sous la forme normative, si possible par une Haute juridiction - Cour de cassation et Conseil d'État - et qui évoque[] un texte de loi par [son] caractère de généralité et d'abstraction » (Philippe JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.1987.chr.III.11*, à la p. 11).

¹⁰⁶⁹ Ch. Civ. 1^{re}, 15 mars 1988, *D.1988.549*, note J. Massip.

¹⁰⁷⁰ Ch. Civ. 1^{re}, 20 mai 1968.

¹⁰⁷¹ Ch. Civ., 28 févr. 1939.

¹⁰⁷² Pour un commentaire récent des arrêts rendus par la chambre sociale, voir : Paul-Henri ANTONMATTEI, « Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 3. Le professeur écrit que : « L'autorité de la règle jurisprudentielle en droit du travail procède aussi de la qualité de sa rédaction. Depuis quelques années, la chambre sociale de la Cour de cassation prend un soin particulier à adopter des formules concises, parfois lapidaires, le plus souvent de portée générale, construites sur le modèle de la règle légale. » (*Id.*, p. 5)

¹⁰⁷³ Lors de l'enquête sociologique effectuée par M^{me} Saluden, on pouvait apprendre qu'en entrevue, les juges de la Cour de cassation admettaient que lorsqu'ils interprètent de nouvelles lois, la Cour exerce son pouvoir normatif, car « à partir du moment où a été fixée l'interprétation d'un point de la loi, en un ou plusieurs arrêts [...], la recherche de l'intention législative s'efface au profit de la formule jurisprudentielle. » (M. SALUDEN, *loc. cit.*, note 1050, à la p. 129).

rejet¹⁰⁷⁴ ou d'un arrêt de cassation, « [o]n trouve [...], dans une formule volontairement condensée, l'interprétation que la Cour estime devoir donner à une disposition légale, non seulement pour l'affaire qu'elle juge, mais encore pour toutes les affaires de même nature »¹⁰⁷⁵. Les propositions de droit traduisent donc la position doctrinale de la Cour. Pour en décrire le lieu exact, les juristes français ont recouru à la notion de « chapeau »¹⁰⁷⁶, généralement en l'associant au « visa » de l'arrêt placé en tête de celui-ci, c'est-à-dire « [au] texte de loi sur lequel la cassation est fondée »¹⁰⁷⁷.

Par exemple, M. Perdriau insiste sur le fait que le « chapeau » est « [dépouillé] de toutes considérations contingentes pour ne reposer que sur des notions strictement juridiques[,] il constitue dans son état le plus pur la réponse de la Cour à la question de droit que lui pose le pourvoi »¹⁰⁷⁸. Ce « chapeau » devrait, selon l'auteur, être utilisé de façon plus systématique, quitte à ce que la Cour le perfectionne « par retouches successives », l'objectif étant que, ayant pris une forme « définitive », la Cour répète la même formule « jusqu'à ce qu'[elle entre] dans tous les manuels et dans tous les esprits, voire dans la loi [...] »¹⁰⁷⁹. La réflexion n'est pas nouvelle, car déjà, Henri Batiffol soulignait ce phénomène selon les termes suivants :

[l'interdiction des arrêts de règlement] n'empêche cependant pas [la Cour de cassation] de casser en répétant la formule précédemment donnée, ce qui confère finalement à ces formules une efficacité de même ordre qu'à celles de la loi dès que leur netteté, leur bien-

¹⁰⁷⁴ Une illustration récente dans le cas d'un arrêt de rejet : « Ce motif de pur droit hisse cette décision de rejet au rang d'un arrêt de principe » (Cour de cass., 1^{ère} ch. civ., 6 mai 1997, *D.*1998.357, note Jacques RAVANAS, à la p. 358, par. 8).

¹⁰⁷⁵ J. VOULET, *loc. cit.*, note 1059, par. 26.

¹⁰⁷⁶ Comme son homonyme vestimentaire, le « chapeau » en question coiffe souvent la motivation de l'arrêt, mais il peut aussi être à « l'intérieur » de la motivation, surtout dans les cas de rejet du pourvoi. André BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », dans les *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1975, tome 23, p. 7, à la p. 18 : « Le chapeau, le principe général qui justifie la cassation de la décision attaquée, est en règle aussi indispensable que le visa. C'est l'union de l'un et de l'autre qui constitue la majeure du syllogisme imposant la cassation »; André PERDRIAU, « Visas, "chapeaux" et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *J.C.P.*1986.I.3257, au par. 45 : « Dans la terminologie du Palais, on appelle "chapeau" l'énoncé sous une forme abstraite et condensée, de la norme juridique qui, dans l'hypothèse d'une cassation, a été violée par la décision attaquée, ou qui, dans l'hypothèse d'un rejet, a été correctement appliquée par cette décision. »

¹⁰⁷⁷ Art. 1020 du nouveau *Code de procédure civile*. Malgré l'obligation de viser un texte de loi, la Cour fait référence parfois à un principe jurisprudentiel, voir les exemples fournis par le doyen Perdriau : A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1076, au par. 39 et s.

¹⁰⁷⁸ A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1076, au par. 46.

¹⁰⁷⁹ A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1078, au par. 57.

fondé et l'assurance que leurs auteurs ne se déjugeront pas enlève tout espoir à l'utilité d'une résistance.¹⁰⁸⁰

Outre le « chapeau » de l'arrêt, la Cour évoque parfois la violation d'un principe général de droit, d'une maxime ou d'un adage à l'intérieur du visa¹⁰⁸¹. Cette situation, exceptionnelle, rappelle que tout le droit n'est pas dans la loi, et la Cour, consciente peut-être du caractère audacieux de la démarche, en réserve l'usage aux seuls principes qui font l'objet d'une reconnaissance commune et qui s'inscrivent dans la tradition juridique¹⁰⁸². En cette matière par contre, la constance n'est pas sans failles : le professeur Antonmattei a relevé que « la chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas hésité récemment à censurer les juges du fond sous le visa suivant : « *Vu le principe selon lequel l'employeur qui entend dénoncer un usage doit respecter un délai de préavis suffisant... Qu'en statuant ainsi... la Cour d'appel a violé le principe susvisé* »¹⁰⁸³ et, constatant que nul texte de loi ne pouvait fonder ce principe, il souligna qu'« on se rapproche très fortement d'un cas d'ouverture à cassation pour violation de la jurisprudence. »¹⁰⁸⁴

Par conséquent, la méthode retenue par les juristes français consiste en la recherche d'une formule qui correspond à l'expression de la règle jurisprudentielle, qu'elle soit à l'intérieur de chapeau ou, plus rarement, d'un visa¹⁰⁸⁵. Tel que l'affirme Pierre Hébraud :

¹⁰⁸⁰ Henri BATIFFOL, « Note sur les revirements de jurisprudence », (1967) 12 *A.P.D.* 335, à la p. 335, et il ajoute : « Les témoignages sont nombreux de ce que les arrêts de la Cour suprême entendent bien énoncer des directives, et plus précisément des règles qui guident et finalement lient les tribunaux. »

¹⁰⁸¹ Voir : Jacques BORÉ, *La cassation en matière civile*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1988, aux pp. 378 et ss.

¹⁰⁸² À titre d'exemples, voir : A. BRETON, *loc. cit.*, note 1061, à la p. 17 : « Vu le principe du respect des droits de la défense » (Civ., 2^e, 11 janvier 1968, *Bull. civ.*, II p. 10) « Vu la règle de l'égalité du partage » (Civ., 1^e, 16 juillet 1968, D. 1968, J.C.P. 1968.II.15694), « Vu l'article 189 *bis* du code de commerce et la règle *contra non valentem agere non currit praescriptio* » (Com., 19 mars 1974, J.C.P. 1975.II.17941). Pour un relevé des principes les plus fréquemment évoqués, voir : A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1076, au par. 39 et s.

¹⁰⁸³ P.-H. ANTONMATTEI, *loc. cit.*, note 1072, à la p. 6.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.* Un autre principe récent retient l'attention, celui « selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » : Cass. 2^e civ., 28 juin 1995, Cts Ficarelli *c/* Sté Laiterie Harrant, tel que cité dans Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1999, à la p. 89. Voir aussi : Cass. 3^e ch. civ., 11 mai 2000, Porcheron *c/* Syndicat coprop., D.2000.I.R.165.

¹⁰⁸⁵ Le constat revient de façon récurrente dans les écrits doctrinaux. Un exemple : Jean BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) LIX *R.T.D.civ.* 417, à la p. 426 :

Le texte de la loi a été progressivement recouvert, en droit positif, d'une formule *fabriquée par les arrêts* et qui est utilisée comme si c'était le texte même de la loi. Il faut, en quelque sorte, gratter la formule composée des données jurisprudentielles, pour voir reparaître, en dessous, le texte légal dans sa simplicité primitive, et parfois, ce qui est encore plus curieux, dans son sens primitif.

Dans le cas souligné par le professeur Antonmattei, il qualifie les formules élaborées par la Cour de la façon

Sans doute ces propositions de droit, en lesquelles réside la substance jurisprudentielle de l'arrêt, sont-elles souvent réduites à de simples affirmations; cela ne fait qu'accroître leur netteté et faciliter la diagnostic de la "ratio decidendi". La Cour de Cassation, en évitant d'entrer dans les détails d'une argumentation, refuse de se placer au niveau de tous ceux, juges et juristes, qui discutent d'une question controversée; elle affirme sa position, et lui confère une valeur juridique comme expression de l'autorité juridictionnelle. Celle-ci s'exerce d'autant plus clairement que la proposition de droit est énoncée explicitement [...]¹⁰⁸⁶

En ce sens, cette méthode présume que la volonté de la Cour est parfaitement traduite par les termes qu'elle utilise¹⁰⁸⁷ : étant donné le soin apporté à la rédaction d'un arrêt, il est difficilement concevable qu'il puisse s'agir d'une erreur de rédaction. Et lorsque la Cour va au-delà de ce qui lui était formellement demandé, l'effet produit correspond, selon le professeur Sériaux, à l'effet recherché :

En statuant, d'ailleurs sans contrôle, au-delà des termes du pourvoi, en édictant des règles nouvelles qui ne permettent en rien de trancher le litige sur l'interprétation d'une disposition légale ou réglementaire qui lui est soumis, la Cour de cassation ne peut pas ne pas savoir qu'elle oeuvre en vue de la construction *forcément à venir* d'un ordre juridique opposable *erga omnes*.¹⁰⁸⁸

C'est donc avec le plus grand enthousiasme qu'André Perdriau suggère que l'on procède à la compilation des propositions de « pur droit » :

À condition d'être cités intégralement, ils peuvent être invoqués d'une façon extrêmement fiable comme ayant valeur de « précédents »; on sait que ce n'est pas toujours le cas pour les autres énonciations des arrêts, mélangés de fait et de droit, qu'il est hasardeux de détacher de leur contexte.

On se plaît à imaginer ce que pourrait être un ouvrage qui les reproduirait [...] en regard des textes correspondants et dans l'ordre logique de ces textes, matière par matière. Il n'est pas douteux qu'il constituerait un *corpus* capital, une sorte de Digeste moderne, dont la consultation serait aisée et sûre, et la mise à jour facile.¹⁰⁸⁹

suivante : « Il est toutefois peu discutable qu'il y a bien dans de telles formules l'existence de règles que la Cour de cassation entend bien faire respecter; le juge s'estime ainsi lié pour l'avenir » (P.-H. ANTONMATTEI, *loc. cit.*, note 1072, à la p. 6).

¹⁰⁸⁶ P. HÉBRAUD, *loc. cit.*, note 1008, à la p. 347.

¹⁰⁸⁷ Selon M. Perdriau : « [c]'est dans le chapeau que réside, sous une forme condensée, l'expression la plus élaborée et, en même temps, irréductible de la Cour de cassation; c'est là où celle-ci traduit en quelque sorte à l'état pur sa pensée à propos de la question de droit » (A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1078, au par. 81). Il s'agirait d'un style traditionnel de motivation des tribunaux : Adélarde ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », (1902) 1 *R.T.D.C.* 5 : « Le jugement d'un tribunal français, c'est une sentence écrite, oeuvre collective du tribunal, que doivent agréer tous les membres du siège, précédée de considérants dans lesquels la pensée, nécessairement comprimée, est tenue de se réduire à l'expression la plus brève et la plus concentrée. » En retour, ce style judiciaire ne fait pas l'unanimité, voir les suggestions formulées dans : A. TOUFFAIT et A. TUNC, *loc. cit.*, note 986, à la p. 506.

¹⁰⁸⁸ A. SÉRIAUX, *loc. cit.*, note 1016, à la p. 178, n. 48.

¹⁰⁸⁹ A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1076, aux par. 81-82.

Ainsi, lorsque cette méthode est envisagée en rapport avec l'approche dominante en *common law*, on ne peut qu'être étonné du peu d'espace que prennent les faits dans le processus d'extraction de la règle¹⁰⁹⁰. Certains, comme Jacques Héron, vont même jusqu'à affirmer que les *obiter dicta* de la Cour de cassation ont un effet plus important lorsqu'ils ne constituent pas « le soutien de la décision concrète du juge » dans la mesure où ils sont « énoncé[s] pour [eux]-même, comme dans un texte de loi »¹⁰⁹¹. C'est d'ailleurs, ce qui leur donnerait une supériorité sur les autres créations prétoriennes¹⁰⁹².

Peut-être parce que les arrêts rendus par la Cour de cassation sont trop nombreux ou ne soulèvent pas tous une question ayant un intérêt doctrinal, il arrive que certaines d'entre eux ne comportent pas de tels énoncés. Malgré cette lacune, il est possible que l'on soit en présence d'une opinion sur le droit; c'est le cas notamment lorsque, pudique, la Cour transmet le contenu de sa pensée en filigrane, et elle fait connaître son avis de façon implicite; le juriste doit alors tenter de dévoiler la règle appliquée par le tribunal en rendant explicite ce qui est implicite.

B. Les opinions implicites sur l'état du droit

Il peut paraître curieux qu'un tribunal décide volontairement de dissimuler ses convictions, mais il arrive parfois que la Cour ne veuille pas livrer directement un message jurisprudentiel de peur de s'enfermer dans une formule trop contraignante, la question juridique n'ayant pas encore suffisamment *mûrie*. Dans ces cas, certaines informations contenues dans les motifs peuvent malgré tout servir de guides pour comprendre le sens de l'arrêt et, quelquefois, donner une indication du droit qui est à venir.

¹⁰⁹⁰ Il convient de souligner que certaines modifications récentes qui ont été apportées au Code de l'organisation judiciaire risquent de rendre plus difficile la localisation des faits, voir : André PERDRIAU, « Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 au regard du juge de cassation », *J.C.P.*2000.I.115, à la p. 405.

¹⁰⁹¹ Jacques HÉRON, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », [1993] 4 *R.R.J.* 1083, à la p. 1089.

¹⁰⁹² J. HÉRON, *loc. cit.*, note 1091, à la p. 1087 :

D'où vient la supériorité technique de cette règle par rapport aux autres normes que pose le juge? La réponse est facile à donner. Elle vient de ce que la règle n'est pas vraiment le soutien de la décision rendue et qu'elle acquiert ainsi une plus grande autonomie par rapport à celle-ci. En d'autres termes, en posant un *obiter dictum*, le juge se place dans une position très proche de celle du législateur. Sa norme en devient meilleure.

Deux types d'informations contenues dans les motifs des arrêts sont susceptibles de servir à retracer l'opinion de la Cour et à lui attribuer éventuellement une portée normative. Le premier type d'information se trouve dans le cadre des arrêts de rejet. Sans que la Cour ne prenne la peine d'affirmer explicitement un principe juridique, elle peut avoir recours à des termes qui valent à titre d'indices de son opinion sur un point de droit; et leur prise en compte, selon les spécialistes, est nécessaire. Outre cette terminologie particulière, un second type d'information permet parfois de reconnaître la mise en oeuvre d'une nouvelle règle jurisprudentielle, il s'agit de la description des faits. Celle-ci fournit une indication du contenu de certains types de règles jurisprudentielles. La méthode consiste alors à reconstituer le raisonnement tenu par la Cour pour tenter d'en dégager la norme qui lui sert de fondement. Par conséquent, les juristes français semblent attribuer une certaine importance à ces deux types de données que contiennent les arrêts et il convient de les aborder. Toutefois, il est important de souligner que le recours à ces indices n'aboutit pas à des conclusions irréfutables : sans le sceau de la formule explicite, les règles ainsi dégagées souffrent d'un handicap qui les rend foncièrement incertaines.

En premier lieu, il arrive que la Cour ne veuille pas exprimer trop clairement les raisons d'être d'un rejet de pourvoi. Malgré cette dissimulation, il est utile de relever le caractère sibyllin d'une série d'expressions utilisées par la Cour et dont la signification a fait l'objet d'études particulières entreprises par MM. Voulet¹⁰⁹³ et Perdriau. En effet, grâce à ces recherches, il est possible de souligner l'importance que peuvent prendre certaines tournures qui, dans un contexte différent seraient dénuées d'intérêt, mais qui acquièrent une toute autre dimension lorsqu'elles sont employées par la Cour de cassation. Utilisés dans le cadre d'un rejet de pourvoi, ces termes prennent un sens particulier et ils peuvent exprimer, quoique sous une forme elliptique, une opinion sur le droit¹⁰⁹⁴, il convient donc de les aborder.

¹⁰⁹³ J. VOULET, *loc. cit.*, note 1059.

¹⁰⁹⁴ J. VOULET, *loc. cit.*, note 1059, au par. 19. Outre les griefs de forme qui n'ont *aucun* intérêt « comme précédent », la Cour fait, le plus souvent, l'effort de formuler son opinion de façon expresse lorsqu'elle casse une décision et ce, à l'intérieur d'une formule condensée et d'une manière qui a été décrite plus haut.

Suivant une simple intuition, on pourrait prétendre que l'arrêt de rejet implique que la Cour de cassation exprime son accord avec l'arrêt attaqué. Par conséquent, l'on serait en droit d'induire qu'il y a une correspondance entre l'opinion de l'une et l'opinion de l'autre. Or, si cela est vrai dans certaines circonstances, une lecture attentive des motifs de la Cour se révèle toujours nécessaire pour qui veut cerner la portée véritable de ce type d'arrêt. Il arrive que la Cour de cassation fasse connaître son avis sur le bien fondé de l'opinion émise par le juge du fond au sujet de la question de droit : on dit alors qu'elle a « contrôlé » la décision de la Cour d'appel. Plusieurs variantes terminologiques semblent traduire différents niveaux de « contrôle »¹⁰⁹⁵; et, sans entrer dans une description technique, on peut souligner que c'est le cas lorsque la Cour rejette un moyen tiré du fond du droit et souligne que « l'arrêt attaqué, en retenant que [...], a par là même justifié sa décision », « les juges du fond *ont pu* décider que... », « l'arrêt attaqué a retenu à bon droit que... » ou « a retenu justement que... » : cela veut dire que la Cour accepte le fondement juridique de la décision contestée. Le principe juridique énoncé par la cour inférieure est alors simplement avalisé, sans être *posé* pleinement par la Cour¹⁰⁹⁶.

Si l'intuition en droit est parfois un bon guide, elle est un bien mauvais maître pour qui veut saisir la portée juridique des arrêts de rejet. À lire les indications fournies par M. Voulet, on ne peut simplement pas prétendre que la Cour de cassation adopte le raisonnement de la Cour d'appel à chacune des fois qu'elle rejette un pourvoi en cassation. Même si elle maintient les conclusions de celle-ci, il est possible qu'elle puisse avoir une opinion divergente sur l'état du droit et, dans ces cas, elle le fait savoir, mais à mots couverts. Par exemple, lors d'un moyen tiré du défaut de réponses à conclusions, si elle écrit : « Que par ce motif *quel qu'en soit la*

¹⁰⁹⁵ Voir : X BACHELLIER et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *La technique de cassation - pourvois et arrêts en matière civile*, 3^e éd., coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1994, aux pp. 82-83. Les auteurs précisent que la formule *a pu estimer* indique la réalité du contrôle de la Cour de cassation, tandis que dans sa préface, M. Ponsard précise que les formules « a justement déduit », « retient exactement » et « à décidé à bon droit » indiquent « un contrôle lourd » (*Id.*, p.vi) et que la formule « a pu estimer » indique un « contrôle léger » (*Id.*, p.vi).

¹⁰⁹⁶ Selon le doyen Perdriau : « Le chapeau “par motif approuvé” n'est pas aussi net en ce que, avec lui, ce n'est pas la Cour de cassation qui s'exprime : elle fait parler la Cour d'appel en reproduisant, soit intégralement (et parfois entre guillemets), soit en résumé ou par extraits, le motif de la décision attaquée, puis déclare que ce motif a justifié “légalement” sa décision. » (A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1076, au par. 67).

valeur, l'arrêt attaqué a répondu aux conclusions prétendument délaissées¹⁰⁹⁷ », il faudrait comprendre que le juge du fond a fait une erreur de droit. Par ailleurs, d'autres formules indiquent que la Cour n'entend pas se prononcer sur le point de droit tranché par la Cour d'appel. Si le moyen porte sur une question de fait et que la Cour écrit que : « c'est par une appréciation souveraine que les juges du fond ont décidé que... » ou que : « les juges du fond constatant que... »¹⁰⁹⁸, cela impliquerait soit qu'ils ont fait une évaluation souveraine des faits et que la Cour ne s'y penchera pas ou soit que la Cour n'entend simplement plus contrôler cette qualification. Également, on ne peut pas tirer un argument de droit des motifs contestés¹⁰⁹⁹ lorsque, en cas de motifs surabondants, la Cour formule « [qu'] ainsi les juges du fond ont justifié leur décision, abstraction faite des motifs surabondants vainement critiqués par la première branche du moyen » ou qu'« Attendu que par ce seul motif la Cour d'appel a justifié sa décision ».

Outre ces figures de style conventionnelles, il est important de souligner, en second lieu, la fonction que peuvent avoir les faits dans le processus d'extraction de la règle jurisprudentielle. *A priori*, leur rôle est ambivalent, car au niveau de la Cour de cassation, les faits ne devraient pas entrer en contact avec le droit : la Cour n'aurait pour fonction que de vérifier la légalité d'une décision judiciaire et non de trancher le litige. Or, malgré leur caractère secondaire, ils font l'objet d'une description à l'intérieur des motifs, ce qui indique qu'ils doivent avoir une utilité quelconque, ne serait ce que sur le plan didactique¹¹⁰⁰. Mais encore, à l'égard de la formation de certaines règles, comme les règles de qualification, on peut estimer que la description des faits peut participer directement à son expression.

En effet, lorsque la Cour de cassation contrôle la qualification d'une situation factuelle donnée, la description des faits risque d'avoir une influence directe sur le contenu de la règle jurisprudentielle dégagée. On peut admettre que, dans ces cas, le degré de généralité des termes

¹⁰⁹⁷ J. VOULET, *loc. cit.*, note 1059, au par. 8.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹⁹ *Id.*, au par. 11.

¹¹⁰⁰ Sur l'importance de la présentation des faits : André BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », (1975) 23 *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse* 7, à la p. 10. Voir : Jacques VOULET, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *J.C.P.*1970.1.2305, au par. 2.

décrivant cette situation pèsera directement sur la généralité de la règle. Dans le cas d'une règle de qualification, les faits ainsi décrits s'inséreront directement au niveau de l'hypothèse de la règle jurisprudentielle¹¹⁰¹. En retour, on peut observer que les juristes se montrent prudents lorsqu'ils doivent tirer une conclusion sur la portée d'un arrêt ne comportant aucune formule explicite sur le droit.

Par exemple, dans l'affaire Thorens¹¹⁰², la chambre civile a posé un principe relatif à l'application de l'article 1641 du *Code civil* sur la question des vices cachés en matière de vente de médicaments. En effet, la proposition principale de cet arrêt portait sur la définition du « vice caché » et, à la suite d'un commentaire sur la portée de cette définition, les professeurs Viala et Viandier ont tenu à souligner un second aspect de la décision qui semblait indiquer une opinion de la Cour sur un point de droit controversé, celui de la qualification exacte de la relation qui unissait les laboratoires aux consommateurs. Tel qu'ils l'ont souligné, même si formellement il y a absence de contrat entre les parties, la Cour « paraît renforcer la thèse de la responsabilité contractuelle »¹¹⁰³ étant donné qu'elle situe le débat sur la question des vices cachés. En effet, la reproduction du raisonnement de la Cour, que l'on peut dégager à la lecture des faits et du résultat obtenu, incline à penser que celle-ci a qualifié la relation de contractuelle. Et selon M. Hervieu, il faudrait conclure que la Cour de cassation avait l'intention d'établir une règle jurisprudentielle implicite¹¹⁰⁴. Mais en l'absence d'une formulation claire à cet effet, on peut constater que cette conclusion est fragile, et, pour s'en convaincre, il n'y a qu'à lire les termes prudents, voir dubitatifs, avec lesquels les commentateurs tentent de circonscrire la portée de l'arrêt¹¹⁰⁵.

Il semble donc ressortir du discours doctrinal que les faits et le raisonnement qu'ils entraînent peuvent jeter un éclairage sur le sens ou la portée d'un arrêt, ils peuvent servir à atténuer le caractère catégorique des propositions qu'il contient. Mais la question de savoir s'ils

¹¹⁰¹ La structure de la règle serait la suivante : telle situation (hypothèse), telle que décrite dans les motifs, doit être qualifiée d'une telle façon (conséquence).

¹¹⁰² Cass. civ. 1^{ère} ch., 8 avril 1986, *J.C.P.* 1987.20721, note G. VIALA et A. VIANDIER, tel que cité dans : A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 1015, à la p. 309.

¹¹⁰³ G. VIALA et A. VIANDIER, *loc. cit.*, note 1102.

¹¹⁰⁴ A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 1015, à la p. 309.

peuvent permettre de dégager une règle jurisprudentielle ne semble pas faire l'objet d'un consensus. Aussi, on admet généralement que le juriste français est confronté à deux *lectures* possibles d'un arrêt, car « [i] fera [sic] toujours question de savoir si l'on doit s'attacher au contenu concret de la décision prise eu égard aux circonstances de fait, ou aux motifs énonçant les propositions de droit sur lesquelles elle est fondée »¹¹⁰⁶. L'attention qu'il accordera à l'un ou à l'autre de ces modes de compréhension d'un arrêt dépend essentiellement de l'information recherchée. Dans le cas particulier où les juges créent une « règle de qualification », il est fort probable que les faits du litige puissent faire l'objet d'une étude approfondie¹¹⁰⁷. Mais en général, tel que l'a affirmé Pierre Hébraud, qui rejoint ici la doctrine majoritaire, la « substance jurisprudentielle » des arrêts semble se résumer dans les « propositions de droit »¹¹⁰⁸ qu'ils contiennent. C'est, d'ailleurs, le constat qu'a fait M^{me} Serverin :

la doctrine du milieu du siècle allait développer une analyse normative de l'action de la Cour de cassation, voyant dans les seuls arrêts *comportant une interprétation* les produits caractéristiques d'une juridiction suprême. Il y aura jurisprudence là seulement où figure l'énoncé à caractère interprétatif, rédigé selon le modèle du texte de loi, voire en concurrence avec lui.¹¹⁰⁹

Ainsi, le rapprochement avec le texte législatif, cet outil privilégié de transmission du droit, semble acquis.

Par conséquent, entre la Cour de cassation et son auditoire, la communication va ainsi : la Cour émet une proposition censée traduire son opinion sur le droit et ce message est ensuite décodé par les juristes, ceux-ci cherchant à reproduire le plus fidèlement possible l'expression d'une volonté qui correspond essentiellement à la règle jurisprudentielle. Ce qu'elle *fait* importe peu, c'est ce qu'elle *dit* qui compte. Ceci implique que la lecture des arrêts de cassation doit s'effectuer méticuleusement, les mots étant soigneusement pesés par les juges qui les choisissent. En retour, certains auteurs critiquent cette assimilation du texte jurisprudentiel au texte de loi¹¹¹⁰. Roger Houin souligne, pour sa part, qu'elle ne correspond pas à la réalité de

¹¹⁰⁵ G. VIALA et A. VIANDIER, *loc. cit.*, note 1102.

¹¹⁰⁶ P. HÉBRAUD, *loc. cit.*, note 1008, à la p. 347.

¹¹⁰⁷ Voir *supra*, aux pp. 203 et s., la présentation de ce type de règle. Si la règle n'est pas formulée telle quelle, il est en effet probable que le juriste s'attarde à dégager les faits pertinents qui justifient la qualification retenue.

¹¹⁰⁸ P. HÉBRAUD, *loc. cit.*, note 1008, à la p. 347.

¹¹⁰⁹ E. SERVERIN, *loc. cit.*, note 1013, à la p. 177.

¹¹¹⁰ Voir : Jean CARBONNIER, « Notes sur des notes d'arrêts », *D.* 1970.chron. XXX.138

l'analyse judiciaire : « les motifs de principe, donnés à l'appui de l'arrêt, ne sont pour le juge qu'une justification de la solution fondée essentiellement sur des considérations de fait. »¹¹¹¹ Et, pour cette raison, l'« interprétation d'un arrêt de principe est toujours délicate »¹¹¹². Il admet néanmoins que la formation des juristes semble aller à l'encontre de ce constat¹¹¹³.

De façon générale, on peut relever que cette recherche « de la volonté » de la Cour de cassation et la mise au second plan de son « raisonnement » correspond à une conception volontariste du droit¹¹¹⁴ qui, sans pêcher par excès de dogmatisme, tente simplement de s'attarder à la recherche de la volonté de la Cour lorsqu'elle se prononce sur l'état du droit. En cela, elle se distingue de l'approche des juristes de *common law*, dans la mesure où ceux-ci ont retenu une méthode qui pose l'existence d'une règle quelle que soit la volonté des juges qui l'ont rendu.

Section 2 - Émission de la common law rule

Si l'on devait faire un tableau quelque peu impressionniste de la *common law*, on pourrait la comparer à un jardin anglais. D'évolution lente et sans véritable esprit de système¹¹¹⁵, la végétation normative, composée de coutumes, de principes, de théories, de doctrines, de règles et d'un nombre infini d'arrêts, est laissée à elle-même, les juges préférant adopter une attitude contemplative plutôt qu'organisatrice à l'égard de leur environnement. Mais à cette vision bucolique du paysage de la *common law*, il faut ajouter certains éléments qui jouent un rôle régulateur, c'est-à-dire qui permettent de guider, avec plus ou moins de

¹¹¹¹ Roger HOUIN, « *De lege ferenda* », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, p. 273, à la p. 283; LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t. 1, Paris, Marescq, 1878, à la p. 359 : « [L]es décisions judiciaires ne sont jamais des interprétations purement doctrinales; elles sont portées sur des espèces, c'est-à-dire sur un litige de fait; les circonstances de la cause influent nécessairement sur la décision de la question de droit; les faits changeant, la décision changerait aussi. »

¹¹¹² *Id.*, à la p. 283.

¹¹¹³ *Id.*, à la p. 274.

¹¹¹⁴ Christian ATIAS, « Une crise de légitimité seconde », (1986) 4 *Droits* 21, à la p. 26 : « La réflexion sur les raisons, sur celles qui permettraient de découvrir les moins mauvaises solutions, se transforme en enquête psychologique sur les raisons retenues par le législateur et par le juge; les autres sont indifférentes, voire inexistantes. C'est la volonté qui transcende la raison et lui donne vie pour le droit. »

succès, les transformations inévitables que doit subir tout système juridique. À ce titre, la règle du *stare decisis* joue un rôle majeur dans la direction qu'a pu prendre la *common law*, et pour se permettre une dernière métaphore, son action est comparable à celle d'un tuteur auprès d'une plante : elle renforce les créations jurisprudentielles, en leur donnant une force obligatoire, en même temps qu'elle sert de carcan limitant leur évolution.

Malgré la description romantique qui peut en être faite, le *stare decisis* présente aussi un visage formel qui, après les assauts des réalistes américains, fut largement remis en question par les universitaires anglais et canadiens. En effet, un bon nombre de juristes a critiqué la soumission des tribunaux à leurs décisions passées et a présenté plusieurs types d'arguments afin de les convaincre d'abandonner les aspects obtus de l'approche¹¹¹⁶. D'une part, s'attaquant peut-être à l'aspect le plus faible du *stare decisis*, on a pu relever son caractère *aveugle* ou mécanique : il paraissait absurde de s'acharner à appliquer une règle pour la simple raison qu'elle avait été énoncée sous le règne du roi Henri IV¹¹¹⁷ ! D'autre part, une pluie d'articles a porté sur la notion au cœur de cette approche, la « *ratio decidendi* », qui ne connaissait pas de définition *officielle*¹¹¹⁸ et dont la détermination relevait plus d'un art que d'un processus objectif¹¹¹⁹. Curieusement, les tribunaux n'ont pas répondu directement aux critiques qui leurs furent adressées : la pratique judiciaire semble, sur ces points précis, avoir évolué parallèlement à l'ensemble du débat portant sur le rôle des précédents. Encore aujourd'hui, les notions principales que comporte le *stare decisis* sont utilisées comme si elles désignaient des éléments

¹¹¹⁵ Lord WRIGHT, « Precedents », (1942) 4 *U. of T. L. J.* 247, à la p. 274 : « Our law, like our constitution has grown. It has not been constructed on one plan by a single great designing mind. »

¹¹¹⁶ En 1948, le professeur Goodhart s'était plaint de la rigidité croissante qui caractérisait le recours aux précédents : « [...] the English doctrine of precedent is more rigid today than it has ever been in the past [...] » : Arthur L. GOODHART, « Precedents in Divisional Courts », (1948) 64 *L.Q.R.* 40, à la p. 41.

¹¹¹⁷ Oliver Wendell HOLMES, « The Path of the Law », (1896-97) 10 *Harv. L. Rev.* 457, à la p. 469.

¹¹¹⁸ Plusieurs articles ont porté sur la difficile définition de cette notion, voir : Arthur L. GOODHART, « Precedent in English and Continental Law », (1934) 50 *L. Q. R.* 40; J. L. MONTROSE, « *Ratio Decidendi* and the House of Lords », (1957) 20 *M.L.R.* 124; Julius STONE, « The *Ratio* of the *Ratio Decidendi* », (1959) 22 *M.L.R.* 597; A.W.B. SIMPSON, « The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent », dans A. G. GUEST, dir., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 151.

¹¹¹⁹ Pour une affirmation du caractère éminemment subjectif que peut avoir l'application des *common law rules* : « Almost every respectable scholar admits the existence of sufficient ambiguity in either the common law or statutory rules that an intelligent judge can rationalize almost any decision in the light of previous authorities. » : Paul WEILER, « Legal Values and Judicial Decision-Making », (1970) 48 *R. du B. can.* 1, à la p. 25. Pour une analyse similaire, voir : Robert A. SAMEK, « The Dynamic Model of the Judicial Process and the *Ratio Decidendi* of a Case », (1964) 42 *R. du B. can.* 433.

distincts d'une décision judiciaire et il n'est pas rare que les juges affirment ouvertement se sentir contraints de suivre un arrêt antérieur avec lequel ils ne sont pas d'accord. Ainsi, on peut constater la présence de deux niveaux de discours dans l'univers juridique anglo-saxon : l'un que l'on peut lire dans les opinions formulées par les juges, et qui évoque une théorie *officielle* car *institutionnelle* du processus de décision judiciaire, et l'autre qui se trouve dans les ouvrages ou les articles de doctrine, qu'ils soient écrits par des praticiens ou par des universitaires. Pour donner une image *vivante* du système juridique canadien, il sera nécessaire de recourir à ces deux sources d'informations sur le droit.

Ainsi, lorsqu'un juriste tente de déterminer l'état du droit sur une question précise, il effectue une recherche qui lui permettra de dégager l'ensemble des arrêts et des jugements qui formeront le bassin général dans lequel il aura à puiser les règles applicables. Il procède alors à une sélection des textes recueillis en isolant, d'une part, les arrêts essentiels, pour ensuite déterminer, d'autre part, leur contenu normatif respectif.

§ 1 - La sélection des arrêts

La méthode de sélection des arrêts en droit canadien pourrait se décrire comme un processus en forme « d'entonnoir » où l'on dégagerait au départ un ensemble d'arrêts tenus pour pertinents, pour ensuite procéder à leur tri selon des critères qui sont surtout déterminés par le statut hiérarchique de leur auteur. Cette approche s'appuie sur une vision large des sources jurisprudentielles susceptibles de produire des règles de droit, aspect original qui doit être précisé; mais elle tend aussi à valoriser les arrêts selon des critères institutionnels bien établis.

L'une des particularités qui ont marqué la tradition de la *common law* est celle de l'importance qui était accordée à l'ensemble des décisions rendues par les juges des cours dites « supérieures »¹¹²⁰. Avant que s'établisse une hiérarchisation de l'ordre judiciaire et qu'émerge

¹¹²⁰ La distinction entre une cour « inférieure » et « supérieure » provient de l'organisation judiciaire présente lors de la création de la Confédération (1867). À l'époque, cette classification ne faisait que reproduire la

le principe du *stare decisis*, les décisions de première instance tenaient lieu d'arguments dont le poids dépendait de la qualité des raisonnements qu'ils contenaient¹¹²¹. Mais avec la mise en place des cours d'appel et, par la suite, d'une Cour suprême, la fonction symbolique des cours supérieures a été fortement ébranlée, même si à certains égards leurs jugements occupent toujours une place importante chez les praticiens¹¹²². Plusieurs raisons expliquent l'intérêt qui leur est toujours accordé. En premier lieu, il est reconnu qu'ils disposent d'une portée obligatoire à l'égard des tribunaux qui leur sont directement inférieurs, ils bénéficient donc d'une valeur formelle *a priori*¹¹²³. En deuxième lieu, bien qu'ils ne soient pas obligatoires pour leurs pairs, la courtoisie judiciaire fait en sorte que leurs jugements antérieurs sont le plus souvent considérés comme ayant une valeur persuasive prépondérante si aucun argument sérieux ne leur est opposé¹¹²⁴. Ainsi, tel le geste du pêcheur lançant un filet aux mailles serrées,

structure judiciaire anglaise, les qualificatifs « inférieur » ou « supérieur » n'impliquent donc pas un jugement de valeur sur ces institutions, voir : Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd, Toronto, Carswell, 1992, aux pp. 161 et s.; Peter H. RUSSELL, *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson Ltd., 1987, aux pp. 253 et s. Tribunaux de droit commun, possédant une compétence « inhérente », les cours « supérieures » font l'objet d'une nomenclature qui varie d'une province à l'autre : Cour supérieure au Québec, Haute Cour (*High Court*) en Ontario, Cour du Banc de la Reine (*Court of Queen's Bench*) en Alberta, au Manitoba, au Nouveau-Brunswick et en Saskatchewan, Chambre de Première Instance de la Cour suprême (*Supreme Court Trial Division*) à l'Île-du-Prince-Édouard, à Terre-Neuve et à la Cour fédérale, Cour suprême (*Supreme Court*) en Colombie Britannique, en Nouvelle-Écosse, en Ontario et dans les Territoires du Nord-Ouest, Cour territoriale au Yukon, voir : J. A. Clarence SMITH et Jean KERBY, *Le droit privé au Canada [.] Études comparatives*, 2^e éd., Ottawa, P.U.O., 1987, à la p. 143, certaines modifications sont survenues depuis la publication de cet ouvrage. Voir également, sur les cours « inférieures » : Gerald T.G. SENIUK et Noel LYON, « The Supreme Court of Canada and the Provincial Court in Canada », (2000) 79 *R. du B. can.* 77, aux pp. 85 et s.

¹¹²¹ Patrick H. GLENN, « The Common Law in Canada », (1995) 74 *R. du B. can.* 261, à la p. 263 : « Absent a hierarchy of courts, common law judges were engaged in a common, shared exercise. They did not command one another, presently or in the future. Their decisions thus *could not bind*, and this historical reality prevailed well into the nineteenth century. »

¹¹²² Mahmud JAMAL et Patrick H. GLENN, « Selective Legality : the Common Law Jurisdictional Appeal », (1994) 73 *R. du B. can.* 142, à la p. 155 : « The finality and infallibility of superior court judgements in matters of jurisdiction has not, however, survived the emergence of the courts of appeal. »

¹¹²³ Cette directive a été énoncée par Sir Frederic Pollock : Sir Frederic POLLOCK, *First Book of Jurisprudence*, 6^e éd., à la p. 321 : « The decisions of an ordinary superior court are binding on all courts of inferior rank within the same jurisdiction, and, though not absolutely binding on courts of co-ordinate authority nor on that court itself, will be followed in the absence of strong reason to the contrary. ». Elle a été reprise en droit canadien : *R. ex rel. McWilliam v. Morris*, [1942] O.W.N. 447; *R. v. Northern Electric Co. Ltd. et al.*, [1955] 3 D.L.R. 449, à la p. 466 (Ont. H.C.); *McInnis v. University Student's Council of University of Western Ontario*, (1984) 48 O.R. (2d) 542, à la p. 544 (Ont. H.C.).

¹¹²⁴ Bien qu'il soit solidement établi, le principe du caractère hautement persuasif d'une décision antérieure d'un même tribunal est souvent lié à la formulation qu'en a fait le juge Wilson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, (1954) 4 D.L.R. 590, à la p. 286. Trois exceptions sont régulièrement invoquées pour qu'un tribunal puisse s'écarter d'une décision antérieure rendue par la même juridiction : 1) le fondement de la décision antérieure a été attaqué par une loi ou par une décision

le juriste qui voudrait connaître l'état du droit sur une question particulière retiendrait l'ensemble des décisions portant sur celle-ci, et il privilégierait celles qui proviennent de l'une des trois juridictions supérieures¹¹²⁵. C'est seulement à la suite de cette première collecte qu'il procédera à leur sélection et à leur hiérarchisation pour retenir celles qui ont une valeur obligatoire¹¹²⁶.

Le processus qui suit a été évoqué sommairement lorsqu'a été décrit le volet hiérarchique du *stare decisis*¹¹²⁷ et il consiste à procéder à la classification des arrêts en reproduisant le rapport de subordination qui relie les différentes cours issues d'un même ordre juridictionnel¹¹²⁸. Par exemple, une décision de la Cour d'appel de l'Ontario annulera la totalité des décisions contraires issues des juridictions qui lui sont subordonnées, mais seulement elles, car elle ne s'impose pas aux juges des autres provinces. À l'égard de la *Supreme Court* de la Colombie-Britannique, elle n'aura qu'une valeur persuasive même si la question traitée est

subséquente provenant d'une juridiction supérieure; 2) la décision antérieure a été rendue *per incuriam* (c'est-à-dire sans que le juge ait pris en considération une règle de *common law* ou une loi); 3) la décision antérieure a été rendue sans que le juge n'ait pu tenir compte des autorités. Pour des applications variées, voir : *Can. S.S. Linesa v. M.N.R.*, [1966] Ex. C.R. 972; *R. v. Northern Electric Co.*, précité, note 1123; *R. v. Wolverine*, [1987] 3 W.W.R. 475 (Sask. Q.B.); *Northland Bank v. Flin Flon Mines Ltd.*, (1987) 38 D.L.R. (4th) 49 (Sask. Q.B.), approuvé 46 D.L.R. (4th) 766 (C.A.Sask.), à la p. 59. La nuance entre ce qui est « hautement persuasif » et « obligatoire » peut paraître ésotérique pour un observateur étranger au système juridique, elle demeure, malgré les inconstances de vocabulaire, un outil de classification important en ce qu'elle permet de distinguer les règles formellement obligatoires des autres règles.

¹¹²⁵ Aux cours supérieures, il faut ajouter les cours d'appel et la Cour suprême. D'ailleurs, les ouvrages de référence des praticiens font indistinctement référence aux décisions rendues par l'ensemble des tribunaux, ce qui implique un regroupement large des autorités sur une question de droit. Tel que l'a affirmé le professeur Hubbard, dans le processus de découverte d'un principe applicable à une situation juridique et celui de la justification, « les solutions [contenues dans les décisions antérieures] ne sont jamais rejetées à cause de leur origine [...], ce qui est important dans le processus judiciaire, c'est la justification de sa décision par le juge » : H. A. HUBBARD, « Le processus judiciaire du "common law" », (1968) 28 *R. du B.* 1, à la p. 32.

¹¹²⁶ Il est important de préciser que la discussion qui suit ne porte pas sur la détermination du degré de persuasion des arrêts non obligatoires.

¹¹²⁷ Voir *supra*, aux pp. 138 et s.

¹¹²⁸ Il s'agit d'un principe maintes fois affirmé dont les origines remontent peut-être à la création de cours d'appel, voir : *Fisken and Gordon v. Meehan*, (1876) 40 U.C.Q.B. 146 (Ont. C.A.). La logique qui sous-tend celui-ci est que les tribunaux inférieurs doivent suivre les décisions des juridictions qui sont susceptibles de contrôler la validité de leurs jugements. Par exemple, dans la décision *Bedard v. Isaac*, [1972] 2 O.R. 391, 25 D.L.R. (3d) 551 (Ont. H.C.), la Haute Cour de l'Ontario était confrontée à une décision de la Cour d'appel fédérale, mais, comme il n'existe pas de droit d'appel à cette Cour, la règle du *stare decisis* ne s'appliquait pas. Voir aussi : *R. v. Beaney*, [1969] 2 O.R. 71 (Ont. Ct. Cr.); *R. v. Guertin*, [1971] 2 O.R. 505 (Ont. Dist. Cr.); *Masse v. Dietrich*, [1971] 3 O.R. 359 (Co. Ct.), aux pp. 360-361. Pour un exemple de ce qui pourrait être une exception à ce principe, en droit anglais : Sir Rupert CROSS et J. W. HARRIS, *Precedents in English Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1991, à la p. 123.

identique et qu'elle est structurellement inférieure¹¹²⁹. Une seule cour échappe à cette logique et il s'agit de la Cour suprême du Canada qui, par le fait de sa domination sur l'ensemble du système judiciaire canadien, forme un troisième degré de juridiction pour chacune des provinces. Étant donné qu'elle fait partie de l'ensemble des juridictions provinciales, elle peut s'enorgueillir de pouvoir annuler, affirmer ou limiter la portée de toute décision de justice. Pour cette raison, le juriste qui veut connaître l'état du droit aura à préférer d'abord les arrêts venant de la Cour suprême, quel que soit l'origine territoriale du pourvoi qui lui fut adressé¹¹³⁰, pour ensuite choisir celles qui proviennent de la Cour d'appel et de la Cour supérieure de la province où aura lieu l'instance.

Le raisonnement tenu par les juristes canadiens ressemble donc, sur ce point, à celui que l'on connaît en droit anglais lorsqu'il s'agit d'établir l'autorité de la Chambre des Lords : d'une hiérarchie institutionnelle s'est élaborée une méthode d'organisation des sources jurisprudentielles¹¹³¹. Les objectifs poursuivis par ce mode d'identification des *common law rules* ont peut-être aussi connu une évolution qui est intimement liée à la structure fédérative de l'État canadien. Car si l'accent était placé sur l'importance de la « certitude » en droit, idée qui fonde en partie la règle du *stare decisis*¹¹³², on peut constater qu'il s'est ajouté un second objectif qui ne lui est pas étranger, celui de l'importance attachée à l'uniformité du droit dans la fédération canadienne¹¹³³. Or celle-ci ne peut que provenir de la Cour située au sommet de la hiérarchie judiciaire : tel que l'a affirmé le juge Laskin, ancien juge en chef, « [l]a seule

¹¹²⁹ Ce principe est bien établi, voir par exemple : *Muller Martini Canada Inc. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, (1991) 73 D.L.R. (4th) 315 (Ont. Crt. Gen. Div.), à la p. 318.

¹¹³⁰ On aurait pu imaginer les choses autrement et limiter la portée obligatoire d'une décision de la Cour suprême à la seule province d'où est issue le pourvoi. Mais, en droit canadien plus que dans le droit des États-Unis, une conception unitaire de la *common law* a toujours prédominé et c'est pourquoi une décision portant sur une *common law rule* d'une province vaut aussi pour les autres. Le professeur Glenn y voit le reflet de la théorie déclaratoire de la *common law* : P. H. GLENN, *loc. cit.*, note 1121, à la p. 274.

¹¹³¹ On reconnaît là l'importance d'avoir le dernier mot sur une question donnée. À ce sujet, Lord Diplock a pu affirmer : « the judicial system only works if someone is allowed to have the last word, and if that last word, once spoken, is loyally accepted » (*Broome v. Cassell & Co.*, [1972] A.C. 1027, à la p. 1131).

¹¹³² R. CROSS et J.W. HARRIS, *op. cit.*, note 1128, pp. 110-111.

¹¹³³ Il est important de préciser que la recherche d'une uniformité de la *common law* canadienne n'est plus ouvertement étendue en droit privé québécois, car depuis les années 1960 et à la suite de vives protestations doctrinales, les juges de la Cour suprême ont graduellement reconnu les particularités du système juridique du Québec et ont évité de transplanter directement les raisonnements d'un système à l'autre, voir : Patrick H. GLENN, « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada » dans les *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 211; Jean-Louis BAUDOIN, « L'interprétation du code civil québécois

uniformité qui s'impose en droit canadien est celle qui résulte des arrêts de cette Cour »¹¹³⁴. En effet, parce qu'elle appartient à chacun des ordres judiciaires provinciaux, seule la Cour suprême peut rétablir l'harmonie entre des positions contradictoires des cours d'appel. D'ailleurs, il arrive que ces dernières s'en remettent directement à la Cour pour trancher un point controversé. Par exemple, dans l'affaire *Chartier v. Chartier*¹¹³⁵, la Cour d'appel du Manitoba devait envisager la question de savoir si un parent ayant une relation *in loco parentis* (en lieu et place des parents) pouvait s'en dégager unilatéralement. Bien qu'une décision antérieure de la Cour répondait par l'affirmative, les juges ont tout de même reconnu que plusieurs cours d'appel canadiennes avaient retenu une solution contraire¹¹³⁶, créant ainsi une discordance sur le plan national. Aussi, au lieu de s'aligner sur la position des autres cours, le juge Philp statua que : « [traduction] C'est à la Cour suprême qu'il revient de servir d'arbitre final, dans l'intérêt de l'uniformité, dans les matières qui relèvent de plus d'une province. »¹¹³⁷ Et la Cour d'appel trancha à la faveur de la jurisprudence antérieure tout en renvoyant la question à la Cour suprême¹¹³⁸.

Malgré l'accent qui est généralement mis sur les décisions de la Cour suprême dans la description du volet hiérarchique du *stare decisis*, il serait déformant de ne pas souligner l'intérêt que présentent les décisions des cours d'appel. Bien que leur portée obligatoire ne dépasse pas leur province d'origine et qu'elles soient toujours soumises aux arrêts de la Cour suprême, certains facteurs expliquent l'importance que peut acquérir la jurisprudence d'appel

par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 715.

¹¹³⁴ *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107, à la p. 109. Voir aussi, *In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526, à la p. 566 : « [u]niformity of procedure in criminal matters throughout Canada is a cardinal procedure of the Canadian constitution »; *Hunt c. T.&N.P.L.C.*, [1993] 4 R.C.S. 289, à la p. 318 *h*, le juge La Forest : « [la Cour suprême] exerce une "jurisdiction [sic] unificatrice" sur les tribunaux des provinces. » L'opinion du juge Laskin, formulée dans l'affaire *Wolf*, visait à clarifier les règles du *stare decisis* à propos de l'interprétation jurisprudentielle des lois fédérales. Certains juges des cours d'appel ont cru qu'ils étaient obligés, dans le but d'atteindre un droit uniforme à travers le pays, de suivre les décisions des autres juridictions d'appel provinciales lorsque celles-ci interprétaient les lois fédérales : *R. v. Glenfield*, [1935] 1 D.L.R. 37 (C.A. Alb.), aux pp. 38-39; *R. v. Sam Jon*, (1914) 24 C.C.C. 334 (C.A. Ont.), à la p. 336.

¹¹³⁵ (1998) 154 D.L.R. (4th) 431 (C.A.Man.).

¹¹³⁶ *Chartier v. Chartier*, précité, note 1135, pp. 437-438.

¹¹³⁷ « [Version originale] It is the Supreme Court of Canada which serves as the final arbiter, in the interest of uniformity, in matters which are of concern to more than one province. » : *Chartier v. Chartier*, précité, note 1135, pp. 437-438, j. Philp; dans le même sens, les opinions des juges Twaddle et Helper, à la p. 441.

dans la pratique du droit¹¹³⁹. En premier lieu, sous prétexte qu'il était nécessaire de réduire la charge de travail des juges, la procédure d'appel à la Cour suprême a été modifiée en 1975 afin de lui donner la capacité de sélectionner les appels de droit privé¹¹⁴⁰, ce qui limite son intervention aux seules questions de droit qu'elle estime « importantes »¹¹⁴¹. En second lieu, depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹⁴², la fonction de la Cour suprême a pris une dimension nouvelle : tout comme l'ensemble des tribunaux, elle a dû traiter et construire un pan entier du droit constitutionnel. Cette modification constitutionnelle a eu pour conséquence que, parmi la centaine de décisions rendues annuellement, une fraction seulement porte sur des questions reliées au droit privé¹¹⁴³. Ainsi, sur le plan quantitatif, les cours d'appel constituent une source considérable de règles de droit, surtout en matière de droit privé¹¹⁴⁴, et leur influence est d'autant plus forte que, sur le plan qualitatif, elles n'ont pas perdu leur autorité à l'égard des cours qui leurs sont hiérarchiquement inférieures¹¹⁴⁵.

¹¹³⁸ Le procédé est utilisé dans des cas exceptionnels, mais il mérite d'être signalé. Il consiste à avoir recours à l'article 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-19, qui permet à une cour d'appel d'autoriser un pourvoi à la Cour suprême.

¹¹³⁹ Le juge Malouf a déjà fait part de la responsabilité des cours d'appel dans le maintien d'une stabilité dans l'application du droit, voir : *R.M. c. C.L.-S.*, (1990) R.D.J. 405 (C.A.), à la p. 413 : « Une cour d'appel doit dicter les lignes directrices à l'endroit des tribunaux inférieurs afin que les plaideurs sachent comment s'orienter. Comme je l'ai déjà dit dans *Saratoga Construction Liée c. Horne*, (1984) R.D.J. 352 (C.A.), il est primordial de conserver l'uniformité, la continuité et la solidarité des jugements d'une cour d'appel. »

¹¹⁴⁰ S.C. 1974-75-76, c. 18. Cette modification a vraisemblablement changé le rôle de la Cour suprême en droit canadien, car selon Robert J. Sharpe, « No longer was the Court's primary function to correct the errors of lower courts: it now had a mandate to shape and develop law. » : Robert J. SHARPE, « The Doctrine of *Stare decisis* », dans Guth J. DeLLOYD, dir., *Brian Dickson at the Supreme Court of Canada 1973-1990*, Winnipeg, Canadian Legal History Project, 1998, p. 193, à la p. 197. L'appel de plein droit existe seulement en matière criminelle, lorsqu'un juge de la Cour d'appel est dissident sur une question de droit en vertu des articles 691(1)a, 692(3a), 693(1a) du C. cr., lorsqu'il y a un refus d'accorder un *habeas corpus* (784(3) du C. cr.) ou lorsqu'un verdict d'acquiescement est cassé en appel (691(2) C.cr.).

¹¹⁴¹ *Loi sur la Cour suprême*, précitée, note 1138, art. 40(1). Pour un exposé du droit d'appel à la Cour suprême, voir : P. W. HOGG, *op. cit.*, note 1120, aux pp. 207 et s.

¹¹⁴² Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [ci-après la *Charte canadienne* ou la *Charte*].

¹¹⁴³ Peter H. RUSSELL, « The Supreme Court in the 1980's : A Commentary on the R.C.S. Statistics », (1992) 30 *Osg. Hall L.J.* 771; voir la totalité des statistiques publiées dans : (1992) 30 *Osg. Hall L.J.* À la lecture de l'article du professeur Russel, à la p. 777, on constate l'existence d'une période « creuse » pour les recours de droit privé, soit les années 1984 à 1989 où la Cour a traité, en moyenne, 17 pourvois. En retour, 53 % des décisions rendues entre les années 1875 et 1949 portaient sur des questions de droit privé : P. H. RUSSELL, *op. cit.*, note 1120, à la p. 343.

¹¹⁴⁴ Le nombre et le contenu des décisions en appel varie d'une province à l'autre, mais on peut estimer que globalement, leur charge de travail a augmenté, pour un aperçu, voir : Peter McCORMICK, « The Evolution of Coordinate Precedential Authority in Canada : Interprovincial Citations of Judicial Authority. 1922-92 », (1994) 32 *Osg. Hall L.J.* 272, aux pp. 277-278; P. H. RUSSELL, *op. cit.*, note 1120, aux pp. 294 et s, Sur les

Enfin, le juriste qui voudrait connaître l'état du droit sur une question donnée ne pourrait valablement faire fi des multiples décisions qui formuleraient une opinion sur le sujet, bien qu'elles soient formellement non obligatoires. En effet, toute opinion judiciaire et même les opinions dissidentes¹¹⁴⁶ sur un point de droit précis disposent d'une valeur persuasive qui s'évalue en fonction du statut hiérarchique de leur auteur et de la qualité de ses arguments. En ce sens, on peut qualifier le système de *common law* de système « ouvert », car les juges vont fréquemment faire appel à des sources d'autorité qui ne les lient pas formellement, notamment des sources étrangères au droit canadien. Aussi, il est difficile de peser dans l'abstrait la valeur et le rôle que pourront prendre certains arguments dans le raisonnement des juges. Et il ne serait pas exagéré de prétendre, comme l'a fait le professeur Glenn, que, dans le système canadien, les énoncés de droit ayant une stricte valeur persuasive ont souvent une importance pratique équivalente à celle qui sont contraignantes¹¹⁴⁷. Par exemple, une étude des modes de citations des différentes cours provinciales, entre les années 1984 et 1993, indique que celles-ci ont recours, statistiquement, à un même taux d'utilisation de sources qui les concernent directement et celles qui ne devraient avoir qu'une valeur persuasive, à savoir les décisions judiciaires extra provinciales (en moyenne 32%) ou celles qui proviennent de juridictions étrangères (18%)¹¹⁴⁸. Toutefois, malgré leur rôle dans la pratique du droit, il serait inexact de prétendre qu'elles forment une source de règle obligatoire, et, pour cette raison, l'évaluation du caractère persuasif des énoncés jurisprudentiels ne sera pas abordée ici.

effets que risque d'entraîner cette évolution du système judiciaire, voir : Patrick H. GLENN, « Sur l'impossibilité d'un principe de *stare decisis* », [1993] 4 *R.R.J.* 1073, aux pp. 1080-1081.

¹¹⁴⁵ Le principe hiérarchique du *stare decisis* est généralement considéré comme profondément ancré dans la pensée juridique anglo-saxonne. Lorsque M^{me} le juge Arbour (maintenant juge à la Cour suprême du Canada), dans *Leroux v. Co-operators General Insurance Co.*, (1990) 65 D.L.R. (4th) 702, a voulu remettre en question une décision antérieure de la Cour d'appel de l'Ontario au motif qu'elle était devenue incertaine depuis l'avènement de la *Charte canadienne*, la Cour d'appel l'a sèchement rappelée à l'ordre en soulignant qu'il n'appartient pas à un tribunal inférieur d'évaluer la justesse d'une décision d'une Cour d'appel, voir : (1991) 83 D.L.R. (4th) 694 (C.A.O.), à la p. 701. En droit anglais, la décision *Broome v. Cassel & Co.*, précitée, note 1131, illustre parfaitement ce rapport de force entre les cours d'appel et la Chambre des Lords, voir la p. 1054 des motifs du juge Lord Hailsham (« [...] it is not open to the Court of Appeal to give gratuitous advice to judges of first instance to ignore decisions of the House of Lords [...] »).

¹¹⁴⁶ Pour une étude théorique sur le rôle des dissidences en droit international public, voir : Ijaz HUSSAIN, *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984.

¹¹⁴⁷ Patrick H. GLENN, « Persuasive Authority », (1987) 32 *McGill L. J.* 261, à la p. 263; Richard BRONAUGH, « Persuasive Precedents », dans Laurence GOLDSTEIN, dir., *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, à la p. 216.

Néanmoins, le choix des arrêts en *common law* est marqué par l'éventail étendu des décisions judiciaires susceptibles de contenir des *common law rules*. Outre les décisions qui ont été directement annulées par voie d'appel ou qui ont été expressément infirmées ou révoquées par une cour supérieure compétente (*reversed* ou *overruled*), le juriste doit en principe les considérer toutes en préférant, bien entendu, les plus récentes aux plus anciennes¹¹⁴⁹. De plus, il doit savoir que lorsqu'il invoque une règle de *common law* devant la cour qui l'a créée, quelle qu'elle soit, il est possible que celle-ci procède à un revirement et qu'elle annule ou modifie¹¹⁵⁰ l'ancienne règle. Ce n'est qu'à la suite de cette étape qu'il aura à définir le contenu normatif de l'arrêt obligatoire.

§ 2 - La sélection de l'énoncé normatif

La nature exacte des règles de *common law* a longtemps fait l'objet de débats houleux à l'intérieur de la communauté juridique. Aussi, dans un système où l'on présente généralement ces règles comme « non écrites »¹¹⁵¹, il pourrait paraître tendancieux ou déformant de faire la

¹¹⁴⁸ Patrick H. GLENN, « The Common Law in Canada », (1995) 74 *R. du B. can.* 261, à la p. 287.

¹¹⁴⁹ Conformément à la théorie déclaratoire, certains juges prétendaient qu'il fallait préférer les arrêts anciens aux nouveaux, mais ce réflexe est aujourd'hui largement écarté, sauf lorsque la décision antérieure a été ignorée par les juges, puis découverte; dans ce dernier cas, il est vrai que, sous certaines conditions, l'on puisse considérer que la décision postérieure puisse avoir été rendue *per incuriam* et être écartée. Par exemple, un ouvrage très connu au XIX^e siècle répertoriait les décisions antérieures afin d'examiner si des arrêts postérieurs les avaient annulées ou avaient réduites leur portée : Simon GREENLEAF, *A Collection of Overruled, Denied, and Doubted, Decision and Dicta both American and English*, 4^e éd. révisée par John TOWNSHEND, New York, John S. Voorhies, 1856; « If this is in conflict with the previous decision in [...], and in candour, I must admit that I think it is, I think we ought to follow the later and more deliberate decision. » : *Caledonian Ry Co. v. Walker's Trustees*, (1881-1882) 7 A.C. 259 (Ch. des L.) à la p. 302, Lord Blackburn; « Why should an obscure report be taken for Gospel, merely because it is old ? » : *Keighty v. Durand*, [1901] A.C. 248 (Ch. des L.), Lord McNaughten; *R. v. Clark*, (1986) 70 N.B.R. (2d) 13, pp. 26-27 (Prov. C. N.B.) (entre deux décisions contradictoires de la Cour suprême, il faut retenir la plus récente).

¹¹⁵⁰ Mais dans des circonstances impérieuses seulement. Voir *supra*, à la p. 151 et s.

¹¹⁵¹ André MOREL, « La langue d'acculturation juridique au Québec depuis 1970 », (1990) 24 *R.J.T.* 99, à la p. 100 : « [I]a *Common law* est un droit non écrit, un droit d'origine entièrement judiciaire et qui est en état de création continue par l'action des tribunaux qui disent le droit en même temps qu'ils l'interprètent et qu'ils l'appliquent. Les règles de la *Common law* ne sont donc jamais exprimées en des formulations arrêtées à la manière d'un texte législatif. Disséminées dans des milliers de décisions judiciaires, on ne peut concevoir de les codifier, car ce serait en changer non seulement la forme, mais la nature même »; F. POLLOCK, *A First Book of Jurisprudence*, 3^e éd., 1911 à la p. 249 : « [the common law] professes [...] to develop and apply principles that have never been committed to any authentic form of words. »

description d'une « méthode de sélection de l'énoncé normatif ». Mais l'expression des règles jurisprudentielles dépend essentiellement du style judiciaire; et celui-ci a connu des fluctuations significatives selon les époques et selon les juridictions. Si, à un certain moment de son histoire, on pouvait prétendre que les juges de *common law* n'aimaient pas formuler directement des règles de droit, il est nécessaire de reconnaître que sur ce point, les choses ont quelque peu changé. Surtout lorsqu'elles sont rédigées par les juges des cours d'appel et de la Cour suprême, les décisions actuelles contiennent souvent des affirmations à large portée ou sous une forme qui ressemble à un article de loi¹¹⁵², ce qui n'est pas sans conséquences sur leur réception¹¹⁵³. En ce sens, il est possible de prétendre que la lecture des décisions judiciaires a connu une évolution marquée. Lorsque Glanville Williams affirmait que les « [traduction] cours n'accordent pas à leurs prédécesseurs un pouvoir illimité d'établir des règles générales »¹¹⁵⁴, il décrivait un certain état d'esprit qui lui paraissait dominant chez les juges à une certaine époque. Or on peut constater, en droit canadien du moins, que les juges ont considérablement élargi la portée obligatoire des affirmations de droit contenus dans les arrêts de la Cour suprême. En effet, il existe une tendance jurisprudentielle forte à l'effet que certains *obiter dicta* de cette Cour ont une valeur contraignante. Ainsi, par la transformation de la lecture et de l'écriture des arrêts, les règles législatives et de *common law* semblent se rapprocher, et il est de moins en moins hérétique de prétendre qu'il existe une méthode d'extraction « des énoncés normatifs » en droit canadien. Pour comprendre le sens de cette évolution, il est nécessaire de procéder par contraste, c'est-à-dire en opposant la théorie traditionnelle de la *ratio decidendi* (A.) à la théorie actuelle qui consiste à extraire un énoncé normatif (B.)

¹¹⁵² L'exemple classique d'un principe général demeure celui qui a été formulé par Lord Atkin dans : *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (Ch. des L.), à la p. 580 : « You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. » Mais un style plus directif a fait son apparition à la Cour suprême, voir à titre d'illustration : *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852 aux pp. 893-894, M^{me} le juge Wilson : « Vu l'analyse qui précède, je résumerais ainsi les principes qui président à l'admission régulière du témoignage expert dans des cas comme celui qui se présente en l'espèce :

1. Le témoignage d'expert est admissible pour aider le juge des faits à faire des inférences dans des domaines où l'expert possède des connaissances ou une expérience pertinentes qui dépassent celles du profane.

2. Il est difficile pour le profane de comprendre le syndrome de la femme battue. [...]

3. La preuve d'expert peut aider le jury en détruisant ces mythes.

4. [...] »;

¹¹⁵³ Les deux seraient liées : Alain-François BISSON, « L'interaction des techniques de rédaction et des techniques d'interprétation des lois », (1980) 21 *C. de D.* 511.

¹¹⁵⁴ « [Version originale] Courts do not accord their predecessors an unlimited power of laying down wide rules » : Glanville WILLIAMS, *Learning the Law*, 11^e éd., London, Stevens and Sons, 1982, à la p. 75.

A. La théorie traditionnelle de la *ratio decidendi*

Lorsque les juges ont reconnu une valeur obligatoire à leurs décisions passées, ils étaient vraisemblablement conscients des risques d'étouffement ou de rigidité qui pouvaient s'ensuivre : avec un bagage de milliers de décisions, il était impossible de les considérer toutes ni de traiter l'ensemble de leur contenu *comme si* chacune des propositions de droit qu'elles formulaient étaient susceptibles d'engendrer une règle de droit. Aussi, plusieurs mécanismes permettaient aux juges de *jongler* avec les précédents afin d'écarter ou de limiter la portée de ceux qui leur paraissaient encombrants, et la notion de « *ratio decidendi* » en faisait partie. En affirmant être liés par la seule *ratio decidendi* des décisions antérieures, les *common lawyers* savaient qu'ils se soumettaient à une chose fort abstraite : c'est un euphémisme de prétendre que sa détermination relève plus d'un art que d'une appréciation objective du lecteur¹¹⁵⁵. Parce qu'elle ne correspond pas à une partie déterminée d'une décision judiciaire et qu'elle est restée dans des limbes conceptuelles, la définition ou la détermination de cette chose à laquelle les juristes de *common law* accordent tant d'importance est évidemment peu aisée, d'où la souplesse généralement reconnue au système des précédents¹¹⁵⁶. Afin de l'aborder, il est nécessaire de préciser les définitions qui lui furent données, pour ensuite expliquer la méthode qu'elles supposent.

Amorcée par le professeur Goodhart, en réaction à la présentation « classique » qui en était faite¹¹⁵⁷, la controverse sur la notion « *ratio decidendi* » a permis de mettre en évidence l'existence de deux types de définitions qui s'y rapportent, l'une qui serait prescriptive et

¹¹⁵⁵ Il existe même des cas où la Chambre des Lords n'a pu dégager la *ratio decidendi* d'un arrêt antérieur : *The Mostyn*, [1928] A.C. 57, à la p. 73.

¹¹⁵⁶ Que ce soit par pragmatisme ou pour toute autre raison, les juges ne se sont pas enfermés dans une définition précise de cette notion : Sir Carleton Kemp ALLEN, *Law in the Making*, 7^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1964, à la p. 260.

¹¹⁵⁷ Arthur L. GOODHART, « Determining the Ratio Decidendi of a Case », (1930) 40 *Yale L. J.* 161. Le professeur Goodhart s'attaquait tout particulièrement à la théorie de Salmond et de Gray, mais il visait également les nombreuses affirmations jurisprudentielles qui ne faisaient qu'affirmer que la seule partie obligatoire d'une décision était la *ratio decidendi* sans qu'elles ne précisent comment on pouvait la découvrir.

l'autre, descriptive. L'une s'attarde à décrire la *raison d'être* d'une décision judiciaire¹¹⁵⁸, telle qu'elle est affirmée par les juges qui l'ont rendue; tandis que l'autre type de définition met l'accent sur *ce qui devrait être obligatoire* dans une décision judiciaire, quels que soient les motifs ouvertement évoqués par les juges¹¹⁵⁹. Or, même si l'une et l'autre des conceptions furent à la fois défendues et rejetées par les juristes, ceux-ci s'accordaient sur point essentiel, celui voulant que la *ratio decidendi* doive se rattacher, de près ou de loin, à la conclusion du litige.

C'est en voulant empêcher que l'on confonde le texte d'un arrêt à un acte législatif¹¹⁶⁰ que le professeur Goodhart a défendu une conception prescriptive qui a eu une grande influence dans les systèmes canadiens et anglais¹¹⁶¹. Selon lui, une seule *ratio decidendi* doit être dégagée d'une décision judiciaire et, pour ce faire, il appartient au juriste d'isoler les faits que le juge a trouvé pertinents (*material facts*)¹¹⁶² pour ensuite retenir le traitement judiciaire qui leur a été réservé (*the decision based on them*). Cette méthode cherche donc à isoler les deux éléments d'une règle de droit, à savoir une hypothèse, qui se définirait en fonction des

¹¹⁵⁸ Julius STONE, « The Ratio of the Ratio Decidendi », (1959) 22 *M.L.R.* 597, à la p. 600.

¹¹⁵⁹ C'est Julius Stone qui a le plus clairement dissocié les deux façons de concevoir l'élément contraignant d'une décision judiciaire lorsqu'il a écrit que : « Descriptively the phrase imports merely an explanation of the court's reasoning to its conclusion » et « Prescriptively used [...] the phrase *ratio decidendi* refers to a normative judgement requiring us to choose a particular *ratio decidendi* as legally required to be drawn from the prior case, that is, as the binding *ratio decidendi*. » (*Id.*, aux pp. 600-601) En général, les deux façons de concevoir la *ratio decidendi* devaient mener à des résultats similaires, mais tel n'est pas toujours le cas, surtout lorsque le juge formule une proposition de droit qui déborde largement de la situation précise qu'il avait à régler ou, inversement, lorsque cette affirmation est trop étroite.

¹¹⁶⁰ A. H. L. GOODHART, *loc. cit.*, note 1157, à la p. 162 : « [...] the reason which the judge gives for his decision is never the binding part of the precedent [...] »; à la p. 164 : « It is clear therefore, that the first rule for discovering the *ratio decidendi* of a case is that it must not be sought in the reasons on which the judge has based his decision »; et il cite, à la p. 162 : WAMBAUGH, *Study of Cases*, 2^e éd., 1894, à la p. 29.

¹¹⁶¹ Malgré ses défauts, cette façon de concevoir la *ratio decidendi* semble avoir connu un certain succès en droit canadien et auprès de la Chambre des Lords, voir : Wolfgang FRIEDMANN, « *Stare decisis* at Common Law and Under the Civil code of Quebec », (1953) 31 *R. du B. can.* 723, à la p. 732 : « It is now accepted that what serves as authority is not the bare principle of law but the material facts of the case in so far as they are necessary to the decision. » En droit anglais, les formules judiciaires décrivant la *ratio decidendi* trahissent une forte influence du professeur Goodhart : *Lupton v. F.A. & A.B. Ltd.*, [1972] A.C. 634 (Ch. des L.), aux pp. 658-659 de l'opinion de Lord Simon of Glaisdale : « [...] what constitutes binding precedent is the *ratio decidendi* of a case, and this is almost always to be ascertained by an analysis of the material facts of the case [...] », principe réaffirmé dans : *C. (A Minor) v. D.P.P.*, [1996] 1 A.C. 14, à la p. 36 *g-h* (Ch. des L.), Lord Lowry.

¹¹⁶² Voir la critique que fait Julius Stone de la notion « material facts » : J. STONE, *loc. cit.*, note 1158, à la p. 608. La conception de ce qui est pertinent en *common law* est peut être plus large qu'en droit français, aussi la notion « material facts » est difficilement traduisible et pourrait vouloir inclure « tous les faits considérés par le juge ».

faits pertinents, et une conséquence, c'est-à-dire le traitement judiciaire qu'ils ont reçu¹¹⁶³. La théorie du professeur Goodhart a donc pour effet de limiter ou d'étendre les propositions de droit contenues dans les arrêts en fonction des faits qui ont fondé le raisonnement des juges¹¹⁶⁴. Sur un plan descriptif toutefois, l'approche du professeur anglais fut contestée au motif qu'elle ne rendait pas compte de certaines pratiques des tribunaux, notamment celle qui consiste à élaborer deux chaînes de raisonnements distincts pour arriver à leur décision, chacune bénéficiant d'un statut obligatoire¹¹⁶⁵. D'autres ont critiqué la théorie en soulignant qu'il serait fort improbable qu'un juge inférieur limite la portée d'une affirmation de principe écrite par la Chambre des Lords, en invoquant le caractère particulier des faits notamment¹¹⁶⁶. Curieusement, les tribunaux n'ont pas retenu une formulation officielle ou unifiée de la *ratio decidendi* et, à la suite des années 1960, peu de réflexions ont été menées sur le sujet¹¹⁶⁷. Toutefois, si l'on devait dégager un dénominateur commun aux conceptions descriptives et prescriptives, ainsi que celles qui sont généralement affirmées dans les décisions judiciaires, on aurait à admettre que l'affirmation ou le principe de droit¹¹⁶⁸ devait avoir un lien quelconque

¹¹⁶³ Arthur L. GOODHART, « The *Ratio Decidendi* of a Case », (1959) 22 *M.L.R.* 117, à la p. 119. Dans le même sens : Lord WRIGHT, *loc. cit.*, note 1115, à la p. 253 : « In *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495, at p. 506, Lord Halsbury warns us that the generality of expressions used in a judgement is not intended to be an exposition of the whole law, but is governed and qualified by the particular facts of the case. »

¹¹⁶⁴ La théorie de Goodhart, contrairement à son objectif avoué, permet aux juges de formuler des principes généraux, contradiction qui a été dénoncée par A. W. B. Simpson (« The *Ratio Decidendi* of a case », (1959) 22 *M.L.R.* 452, aux pp. 453-454) lorsqu'il a souligné que le juge pouvait décrire les faits en ayant recours à des catégories larges.

¹¹⁶⁵ J. L. MONTROSE, « *Ratio Decidendi* and the House of Lords », (1957) 20 *M.L.R.* 124. Selon Montrose, la *ratio decidendi* est la proposition de droit formulée par le juge et présentée comme étant celle qui fonde sa décision. Par exemple, Lord Devlin a rappelé une règle « bien établie » à l'effet que lorsqu'un juge donne deux raisons différentes au soutien de sa décision, les deux sont obligatoires : *Behrens v. Bertram Mills Circus Ltd.*, [1957] 2 Q.B. 1, à la p. 24. Cette question a, par contre, fait l'objet d'une discussion en droit anglais. Selon Lord Denning, si deux *ratio decidendi* peuvent être dégagées d'un arrêt de la Cour d'appel, par exemple, celle-ci peut choisir, par la suite, laquelle des deux forme la règle de droit obligatoire : *Ministry of Defence v. Jeremiah*, [1980] 1 Q.B. 87. Mais son approche est restée minoritaire : Hazel CARTY, « Precedent and the Court of Appeal : Lord Denning's view explored », (1981) 1 *L. S.* 68, à la p. 71; en droit canadien, voir : *Stuart c. Bank of Montreal*, (1909) 41 S.C.R. 516, aux pp. 535-536; *Woloszczuk v. Onyszczak*, (1976) 14 O.R. (2d) 732 (H.C.), à la p. 739.

¹¹⁶⁶ D.P. DERHAM, « Precedent and the Decision of Particular Questions », (1963) 79 *L.Q.R.* 49, aux pp. 54-55.

¹¹⁶⁷ Une exception toutefois : Neil MacCORMICK, « Why Cases Have Rationes and What These Are », dans L. GOLDSTEIN, *op. cit.*, note 1147, à la p. 155. La discussion sur le rôle des juges a plutôt bifurqué sur l'intérêt de maintenir le principe du caractère obligatoire des décisions antérieures.

¹¹⁶⁸ Les conclusions factuelles, comme l'évaluation des dommages, ne sont pas soumises au régime du *stare decisis*, voir : *Veinot v. Veinot*, (1978) 81 D.L.R. (3d) 549 (N.S.Spr.Crt. A.D.), à la p. 553. De même, elle doit avoir été adoptée par la majorité des juges. Si la Cour est également divisée, la question de la détermination de

avec l'issue du litige¹¹⁶⁹, l'expression généralement retenue est qu'il ait été « nécessaire » pour arriver à la conclusion¹¹⁷⁰. Cette conception implique donc une certaine prise en compte du contexte factuel et du contexte juridique dans lesquels se prononce le tribunal. Elle justifie, entre autres, que l'on procède à la technique des distinctions (*distinguishing*) pour écarter la pertinence d'un arrêt au motif que les faits en jeu sont différents¹¹⁷¹.

Concrètement, la recherche de la *ratio decidendi* exige du lecteur qu'il déconstruise le raisonnement formulé par les juges pour en retirer les principes appliqués. La facilité avec laquelle ce processus peut se dérouler dépend donc, en grande partie, de la forme et du contenu des jugements auxquels on doit les rattacher. Il est évidemment plus facile de dégager la *ratio decidendi* d'un arrêt qui a pour unique ambition de résoudre une question précise, et qui comporte une seule opinion. Mais lorsque qu'augmente le volume d'information contenu dans les arrêts, comme c'est le cas actuellement dans les arrêts de la Cour suprême du Canada, ou que l'on doit trouver un dénominateur commun à l'intérieur d'une pluralité d'opinions plus ou moins concordantes¹¹⁷², les difficultés rencontrées s'accroissent. Comme le reconnaissent les juges eux-mêmes, la Cour doit analyser des sujets aux conséquences de plus en plus vastes et

la *ratio decidendi* est un peu plus complexe, voir : R. CROSS et J. W. HARRIS, *op. cit.*, note 1128, aux pp. 86 et s.

¹¹⁶⁹ Une formulation jurisprudentielle de cette conception de la *ratio decidendi* se trouve dans l'arrêt *R. c. Binus*, [1967] R.C.S. 594, à la p. 601, où il est écrit que l'élément obligatoire d'une décision se dégage de la proposition légale qui forme une étape nécessaire à la conclusion du jugement (« a legal proposition which was a necessary step to the judgement pronounced. ») Par exemple, Allen affirme que : « It must never be forgotten that the judge has to review every precedent cited to him, not as a precise formulation of a general, abstract rule of law (like an article of a code), but as a concrete application of, or as an argument in favour of, some real or supposed rule of law. » (C. K. ALLEN, *op. cit.*, note 1156, à la p. 290). G. W. PATON et G. SAWER, « Ratio Decidendi and Obiter Dictum in Appellate Courts », (1947) 63 *L.Q.R.* 461, à la p. 471; pour une analyse critique : A. W. B. SIMPSON, « The Common Law and Legal Theory », dans A. W. B. SIMPSON, *Oxford Essays in Jurisprudence (2d series)*, Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 77, à la p. 86 : « There exists no context in which a judicial statement to the effect that this or that is the law confers the status of law on the words uttered, and it is merely misleading to speak of judicial legislation. »; et à la p. 89 : « But it is a feature of the common law system that there is no way of settling the correct text or formulation of the rules, so that it is inherently impossible to state so much as a single rule in what Pollock called 'any authentic form of words. » Dans le même esprit, voir : R. A. SAMEK, *loc. cit.*, note 1119, à la p. 436.

¹¹⁷⁰ L'expression est commune, mais pour un exemple, voir : *Prudential Exchange Co. v. Edwards*, [1939] 1 D.L.R. 465 (C. sup.), à la p. 473 des motifs du juge en chef Duff : « [a] legal proposition which is a necessary step » ou « [a] proposition of law [that] [...] really forms an integral part of the train of reasoning directed to the real question decided. »; *Binus c. The Queen*, [1967] R.C.S. 594, à la p. 601; R. N. GOODERSON, *loc. cit.*, note 1180, à la p. 892.

¹¹⁷¹ Cet aspect sera étudié plus loin, voir *infra*, aux pp. 356 et s.

de plus en plus complexes : leur traitement amplifie considérablement la longueur des décisions¹¹⁷³. Selon la théorie décrite plus haut, le juriste doit retirer de cette masse d'informations ce qui peut se décrire comme un raisonnement. Pour qu'il soit contraignant, ce dernier doit avoir été considéré nécessaire¹¹⁷⁴ pour justifier la conclusion à laquelle en est arrivé le tribunal; cette théorie suppose donc une lecture attentive des faits et de leur catégorisation¹¹⁷⁵, des jugements antérieurs dont on fait appel, de la question de droit, de l'argumentation des parties et des jugements prononcés dans des décisions analogues¹¹⁷⁶. Étant donné l'ampleur des données qui doivent être appréhendées, le processus de détermination de la *ratio decidendi* ne peut qu'être aléatoire et incertain¹¹⁷⁷. Phénomène heureux selon les auteurs de *common law*, dans la mesure où elle établit un équilibre entre, d'une part, l'affirmation du caractère obligatoire des décisions, et, d'autre part, la souplesse avec laquelle on peut en dégager un principe¹¹⁷⁸.

En revanche, un aspect semblait hors de toute discussion, celui voulant que l'obligation de suivre un précédent, le *stare decisis*, exclue les propositions de droit formulées par les juges qui n'étaient pas *nécessaires* pour trancher la question qui leur était soumise, c'est-à-dire les

¹¹⁷² En effet, si un principe est admis par une minorité des juges seulement, il n'est pas considéré comme obligatoire : *Re Ward*, (1976) 59 D.L.R. (3d) 361 (Ont. H. C. D. C.)

¹¹⁷³ Bertha WILSON, « Decision Making in the Supreme Court », (1986) 36 *U.T.L.J.* 227, à la p. 230; Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « The Length and Plurality of Decisions », (1988) 28 *Alta. L. R.* 581; suivre l'évolution jurisprudentielle de la Cour suprême exige, de nos jours, la lecture de quelque 3000 pages par années : M. McINNES, J. BOLTON et N. DERZKO, « Clerking at the Supreme Court of Canada », (1995) 33 *Alta. L. R.* 58, à la p. 78.

¹¹⁷⁴ Pour une critique de la notion de « nécessaire » et des difficultés qu'elle soulève, voir : R.A. SAMEK, *loc. cit.*, note 1119, aux pp. 440-442.

¹¹⁷⁵ R. CROSS et J. W. HARRIS, *op. cit.*, note 1128, à la p. 43. Le processus de catégorisation des faits ne sera pas abordé ici.

¹¹⁷⁶ *Id.*, à la p. 45.

¹¹⁷⁷ Parfois, il est impossible, même pour un juge expérimenté, de dégager la *ratio decidendi* d'un arrêt. Les cas d'opinions multiples sont peut-être les plus difficiles à aborder, voir : *Muller Martini Canada Inc. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, (1991) 73 D.L.R. (4th) 315 (Ont. Crt. Gen. Div.), le juge écrit à la p. 318 : « With deference, I am unable to follow the majority decision because I could not distil from their several reasons any clear *ratio decidendi*, beyond the conclusion, common to all, that it was just and reasonable that the employees should benefit from the limitation of liability clause in the contract of bailment. » À ce sujet : Lord WRIGHT, *loc. cit.*, note 1115, à la p. 256 où il souligne que dans certaines décisions, il n'y a pas de *ratio* parce que les raisons formulées par les juges sont si diversifiées qu'aucun principe commun ne peut être extrait.

¹¹⁷⁸ Certains juristes ont affirmé que l'expression « *ratio decidendi* » était utilisée par les juges pour désigner à la fois la *ratio dans l'arrêt* et celle qui sera dégagée par les juges subséquents : J.L. MONTROSE, « The Ratio Decidendi of a Case », (1957) 22 *M.L.R.* 587, à la p. 588.

*obiter dicta*¹¹⁷⁹. Il s'agirait, selon le professeur Gooderson, d'un principe vieux de près de trois siècles¹¹⁸⁰ ! Ainsi, lorsque le juriste devait déterminer si une affirmation sur le droit avait un caractère obligatoire, il était tenu pour acquis qu'il fallait exclure celles qui étaient faites *en passant*¹¹⁸¹ ou qui portaient sur des questions accessoires. En droit canadien, cet élément de méthode était perçu comme une évidence¹¹⁸². À tel point que, dans une affaire où une Cour d'appel s'était prétendue liée par un *obiter* majoritaire de la Cour suprême, le juge en chef Duff avait qualifié le principe de « [traduction] bien connu et de bien compris »¹¹⁸³:

[t]he law on this point is well known and well understood but, in view of what was said in the Court of Appeal, I quote one or two passages in the numerous deliverances that might be cited on the subject. In *Davidson & Co. v. M'Robb*, ([1918] A.C. 304, at p. 322) Lord Dunedin said :

“ My Lords, I apprehend that the dicta of noble Lords in this House, while always of great weight, are not binding authority and to be accepted against one's own individual opinion, unless they can be shown to express a legal proposition which is a necessary step to the judgement which the House pronounces in the case”

¹¹⁷⁹ Pour une affirmation catégorique : Michael ZANDER, *The Law-Making Process*, 4^e éd., London, Butterworths, 1994, à la p. 263 : « Dicta may be of very great persuasive weight but they cannot under any circumstances be binding on anyone. The most carefully considered and deliberate statement of law by all five Law Lords which is dictum cannot bind even the lowliest judge in the land. Technically he is free to go his own way. »

¹¹⁸⁰ R. N. GOODERSON, « *Ratio Decidendi* and Rules of Law », (1952) 30 *R. du B. can.* 892, à la p. 904 : « Not every proposition of law is the *ratio decidendi*. It has been admitted for nearly three centuries that it must be necessary for the decision of the case. ». Le professeur Gooderson critique la théorie de Goodhart au motif qu'elle permettrait aux juges de faire des affirmations générales tout en décrivant les faits d'une façon telle qu'il ne soit pas possible d'en limiter la portée (à la p. 905 : « It is then a feature of Dr. Goodhart's view that he leaves the judge with almost unlimited power to lay down an extremely wide *ratio decidendi* [...] this leads to a very rigid doctrine of precedent [...] [b]ut in practice courts do not necessarily concede to their predecessors power to lay down wide rules. »).

¹¹⁸¹ R. CROSS et J. W. HARRIS, *op. cit.*, note 1128, aux pp. 40-41.

¹¹⁸² Bien qu'il soit rare qu'un juge affirme ouvertement son désaccord à l'égard d'une proposition de droit formulée par la Cour suprême. Pour un cas de bravade, voir : *The Queen v. Supertest Petroleum Corporation Ltd.*, [1954] Ex. C.R. 105, le j. Thorson, aux pp. 109-110 (après avoir cité un long extrait de la Cour suprême) : « This is a remarkable statement. While there will be general agreement with most of its sentiments it is subject to objection on several counts. It was neither necessary nor relevant to the decision in the case. Consequently, its admonitions, being *obiter dicta*, have no binding effect. That being so, the easier course would be to let them pass without comment but, in view of the circumstances, it would not be proper to do so. » Voir également : *Goodwin v. Canada*, (1897) 5 Ex. C.R. 293, aux pp. 318-319; *Toman v. The King*, [1934] Ex. C.R. 161, à la p. 177; *Bruce Lindsay Bros. Ltd. v. Charles Levens*, [1937] Ex.C.R. 81, à la p. 82; *Nicholson Ltd. v. Ministère National du Revenu*, [1945] Ex. C.R. 191, à la p. 207.

¹¹⁸³ Il s'agissait d'une opinion qui fut décrite comme : « [a] deliberate and considered opinion [...] in judgements delivered in this Court which form no part of the *ratio decidendi* » (*Prudential Exchange Co. v. Edwards*, [1939] R.C.S. 135, à la p. 146); Voir aussi : *H. Harvey v. Dominion Textile Co.*, (1917) 59 R.C.S. 508, p. 537, j. Anglin : « In applying the doctrine of *stare decisis* it must always be borne in mind that only that part of a judicial decision is binding as authority which enunciates the principle on which the question before the court has been actually determined, and that mere dicta, even in speeches of individual members of the House of Lords, while no doubt entitled to the greatest respect, do not bind even the lowest courts. »

In *Cornelius v. Phillips*, ([1918] A.C. 199, at 211) Lord Haldane said :

“[...] dicta by judges, however eminent, ought not to be cited as establishing authoritatively propositions of law unless these dicta really form integral parts of the train of reasoning directed to the legal question decided [...]”

Bien entendu, la distinction entre ce qui est dit « en passant » et ce qui est au coeur du raisonnement judiciaire peut toujours faire l'objet d'un débat. Et il n'est pas techniquement erroné pour un juge de suivre un *obiter dictum* avec lequel il est d'accord, du moment que celui-ci ne contredit pas une *ratio decidendi* antérieure¹¹⁸⁴. De plus, lorsque la Cour suprême annonce comment elle jugerait si on lui soumettait un point de droit hypothétique, il est probable que les juges des cours d'appel préfèrent suivre cette opinion plutôt que de risquer voir leur décision être infirmée en appel. Pour ces raisons, la question de savoir si une affirmation de droit est une *ratio decidendi* ou un *obiter dictum* fait rarement l'objet d'une réflexion poussée chez les juges, et il ne serait pas surprenant que, par une espèce d'habitude nourrie de facilité, ils estiment inutile de combattre une proposition de droit élaborée par la Cour suprême, quel que soit son lien avec l'issue du litige. Il est possible également que, dans les faits, les *obiter dicta* de la Cour suprême soient entérinés sans que soit engagée une véritable interrogation méthodologique : le phénomène passerait alors de façon inaperçue. Mais c'est une position plus franche et plus ouverte que les juges canadiens ont adoptée, et il convient de montrer en quoi elle perturbe la méthode traditionnelle décrite ci-dessus.

B. L'autorité nouvelle des *obiter dicta*

Un élément distinctif de la méthodologie canadienne, du moins en matière de précédents, serait sûrement celui du rôle attribué à certains *obiter dicta* de la Cour suprême. En effet, selon la plupart des cours d'appel¹¹⁸⁵, les opinions motivées de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada s'imposent à l'ensemble des tribunaux dès qu'elles portent sur un

¹¹⁸⁴ G. W. PATON et G. SAWER, *loc. cit.*, note 1180, à la p. 475 : « if a judge positively agrees with an *obiter dictum*, it is a mere academic refinement to argue whether the dictum is binding or not; if he considers that a proposition correctly states the law, he will adopt it whether it be the dictum of a Lord of Appeal, a statement in a textbook, a conclusion of a note in a periodical, or even a dictum drawn from a foreign system of law. »

point de droit. Autrefois limitée à la *ratio decidendi*, l'obligation de se soumettre aux arrêts de la Cour s'étendrait dorénavant aux *obiter dicta*. Cette évolution jurisprudentielle surprenante mérite d'être abordée, car non seulement elle se situe à contre courant d'une tendance doctrinale qui visait à assouplir le recours aux précédents, mais en plus, elle remet en cause les règles du *stare decisis*. Afin de la présenter, il convient en premier lieu, de souligner l'origine probable de cette théorie, pour ensuite, en second lieu, en retirer les conséquences et pour la méthode et pour la conception de la *common law*.

1. L'origine incertaine du caractère obligatoire des *obiter dicta*

En matière de précédents, la barrière entre la pratique du droit et la théorie a été franchie à plusieurs reprises¹¹⁸⁶. Les règles du *stare decisis* ont peut être même pour origine une pratique constante des tribunaux¹¹⁸⁷. On pourrait donc voir dans l'affirmation du caractère contraignant des *obiter dicta* une cristallisation d'une conduite antérieure généralement adoptée, mais qui n'était pas ouvertement exprimée. Outre cette explication, qui mériterait une enquête empirique, il est fort probable que la consécration des *obiter dicta* à titre de sources de règles obligatoires provienne d'une interprétation créatrice d'un arrêt de la Cour suprême, l'arrêt *Sellars*¹¹⁸⁸. Or, même si la Cour suprême n'a encore jamais admis la validité de cette

¹¹⁸⁵ Celles de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, du Manitoba, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario, de la Saskatchewan et la Cour d'appel fédérale.

¹¹⁸⁶ L'influence réciproque entre la pratique et la conception des précédents a été soulignée par Gerald Postema, voir : Gerald POSTEMA, « Some Roots of our Notion of Precedent », dans L. GOLDSTEIN, *op. cit.*, note 1147, p. 9, et à la p. 10 : « [...] our conception of precedent is a reflection of our practice, that practice is pervasively influenced by the way participants in the practice, professional and lay alike, conceptualize the practice [...] our contemporary practice is the product of a long history both of immediate practical adjustments to new circumstances and of theoretical reflection, sometimes of great sophistication on the practice. » C'est en ce sens que l'on peut comprendre la théorie de Hart à propos des règles de reconnaissance, dont les règles du *stare decisis* font parties : H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2^e ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, à la p. 101 : « [f]or the most part the rule of recognition is not stated, but its existence is shown in the way the particular rules are identified, either by courts or other officials or private persons or their advisers ».

¹¹⁸⁷ C'est en ces termes qu'elle sont parfois décrites : *The Vera Cruz (No 2)*, (1884) 9 P.D. 96, à la p. 98 (Lord Brett) : « The point about the authority of this court has never been decided by the House of Lords [...] Nor does it depend upon any statutory or *common law rule*. This practice of ours apparently rests solely upon a concept of judicial comity laid down many years ago and automatically followed ever since »; *Vancouver (City) v. McPhelan*, (1910) 15 B.C.R. 367 (C.A.C.-B.); *Norris v. Hamilton*, [1943] O.W.N. 566 (Ont.Co.Ct.); *Spark Estate v. Wenham*, [1994] 2 W.W.R. 636 (Man. Q.B.), à la p. 655.

¹¹⁸⁸ *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 52 [ci-après cité : arrêt *Sellars*].

interprétation, les juristes canadiens ont fait reposer l'obligation de suivre les *obiter dicta* sur cet arrêt. Et parce qu'il semble y avoir un certain décalage entre l'arrêt rendu et l'arrêt interprété, il convient d'aborder ces deux aspects séparément.

a - L'arrêt *Sellars* tel qu'il a été rédigé

L'arrêt *Sellars* traite d'une question de droit probatoire, en matière criminelle, dont la formulation est la suivante : « la règle qui exige que le juge prévienne le jury du danger qu'il y a de fonder un verdict de culpabilité sur le témoignage non corroboré du complice[] s'étend[-elle] au complice après le fait »¹¹⁸⁹ ? La réponse du juge Chouinard, formulée au nom de la Cour, est énoncée en quelques lignes. Elle consiste à rappeler que la Cour avait déjà, dans l'arrêt *Paradis c. La Reine*¹¹⁹⁰, « exprimé l'opinion majoritaire » selon laquelle le juge doit prévenir le jury et il conclut : « on doit donc, me semble-t-il, tenir que telle est l'interprétation qui prévaut »¹¹⁹¹. Il reconnaît néanmoins que, dans l'arrêt *Paradis*, la question « n'était pas indispensable [...] pour disposer du pourvoi »¹¹⁹², ce qui l'amène livrer ses réflexions sur l'autorité de ce type d'opinion.

Voici comment s'articule le raisonnement du juge. En premier lieu, le juge Chouinard fait un constat, à savoir que la Cour suprême se prononce de temps à autre sur des questions accessoires¹¹⁹³. Il cite, à cet effet, des arrêts où la Cour a examiné des questions incidentes à la résolution du litige et qui ont, néanmoins, été « pleinement débattues » par les parties.

En second lieu, le juge Chouinard étudie le degré d'autorité des énoncés de principe contenus dans les décisions de la Cour et cite deux commentaires, l'un du juge Pigeon et l'autre du juge McDermid de la Cour d'appel de l'Alberta, dont l'objet est de déterminer l'autorité de

¹¹⁸⁹ *Sellars c. La Reine*, précité, note 1188, à la p. 528.

¹¹⁹⁰ [1978] 1 R.C.S. 264.

¹¹⁹¹ *Sellars c. La Reine*, précité, note 1188, à la p. 529.

¹¹⁹² *Id.*, à la p. 529.

¹¹⁹³ *Id.*, à la p. 529.

deux paragraphes tirés d'un arrêt de la Cour suprême¹¹⁹⁴. Cette étape dans le raisonnement du juge Chouinard nécessite un certain effort pour le lecteur : il faut savoir que, selon le juge Pigeon, les deux paragraphes expriment la *ratio decidendi* de l'arrêt *Patterson* alors que pour le juge McDermid, le second paragraphe constitue un *obiter dictum*¹¹⁹⁵.

Traitant du second paragraphe, le juge Pigeon précise que la dissidence de deux juges « dont l'un a néanmoins endossé la conclusion du juge Judson » n'a pas eu pour effet « d'amoindri[r] de quelque façon l'autorité de cet énoncé de principe approuvé par la majorité de la Cour »¹¹⁹⁶ et le juge McDermid, à propos du même paragraphe qu'il qualifie d'*obiter*, écrit : « [traduction] je ne vois pas de raison de ne pas le suivre même à supposer qu'il soit incompatible avec la jurisprudence antérieure. »¹¹⁹⁷

En dernier lieu, sans se référer à l'arrêt *Patterson*, le juge Chouinard cite des propos du juge Robertson, ancien juge en chef de la Cour d'appel de l'Ontario, qui écrit :

What was said may be *obiter*, but it was the considered opinion of the Supreme Court of Canada, and we should respect it and follow it even if we are not strictly bound by it.¹¹⁹⁸

Ainsi, c'est en vain que l'on cherchera dans les propos du juge Chouinard, une quelconque affirmation de principe à l'effet que les *obiter dicta* partagés par la majorité de la

¹¹⁹⁴ *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409.

¹¹⁹⁵ Dans l'arrêt *Procureur général de la Province de Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305, à la p. 308, le juge Pigeon voit dans ces paragraphes l'expression de « la *ratio decidendi* de l'arrêt [*Patterson*] » alors que le juge McDermid utilise le terme *obiter* pour désigner le second : *Re Depagie and The Queen*, (1976) 32 C.C.C. (2^e) 89 (Alta. C.A.), à la p. 92. Le premier paragraphe cité consacre le principe voulant « qu'il n'y a qu'un seul motif qui permette la révision d'un renvoi à procès, c'est le défaut de compétence [et que l]e refus du magistrat, à l'enquête préliminaire, d'ordonner la production de ces déclarations ne touche pas à la question de compétence » (tiré de *Patterson c. La Reine*, précité, note 1194, aux pp. 441 et 413, M. le juge Judson). Le second alinéa réitère la position de la Cour selon laquelle le fait d'exercer la faculté d'ordonner la production de déclarations ne peut équivaloir « à un vice de compétence » et, par implication nécessaire avec le premier alinéa, il ne peut justifier la révision d'un renvoi à procès.

¹¹⁹⁶ *Procureur général de la Province de Québec c. Cohen*, précité, note 1195, à la p. 307.

¹¹⁹⁷ « [Version originale] I would not feel justified in not following it even though it was not in accord with the previous authorities » : *Re Depagie and The Queen*, précité, note 1195, à la p. 92.

¹¹⁹⁸ *Ottawa v. Nepean Township et al.*, (1943) 3 D.L.R. 802 à la p. 804 (C.A.O.), M. le juge en chef Robertson. L'opinion du juge Robertson ne s'appuie ni sur un raisonnement ni sur une autorité. De plus, pris à la lettre, le juge Robertson réaffirme la théorie classique de l'effet hautement persuasif des *obiter dicta* dans la mesure où il écrit que l'on *devrait* suivre les *obiter dicta*.

Cour suprême s'imposent aux cours inférieures ou qu'elles bénéficient d'une autorité équivalente à celle qui est accordée à la *ratio decidendi*. Il affirme seulement que, dans l'arrêt *Paradis*, la majorité des juges de la Cour suprême a formulé une opinion qui n'était pas indispensable à la résolution du litige, et que cette opinion constitue néanmoins celle qui *prévaut* dans ce cas. À l'appui de ce qu'il avance, il cite des sources jurisprudentielles qui affirment, tout au plus, que certaines opinions incidentes de la Cour suprême jouissent d'une grande autorité persuasive¹¹⁹⁹.

Toutefois, certains indices tendent à montrer que le juge Chouinard, et par conséquent la Cour, avait l'intention de traiter du caractère obligatoire des opinions majoritaires incidentes aux questions en litige. Par exemple, lorsqu'il rappelle que, dans l'arrêt *Paradis*, la Cour s'était prononcée sur la question, il conclut, *comme si c'était une implication nécessaire*, que l'« on doit [...] tenir que telle est l'interprétation qui prévaut »¹²⁰⁰ ou, dans l'autre version, « this is the interpretation that must prevail » (« doit prévaloir »)¹²⁰¹. La version anglaise des motifs semble, par son caractère impératif, appuyer ce point de vue, et il est possible que cette traduction discutable ait fortement influencé les interprétations subséquentes de l'arrêt. Aussi, dans le résumé situé en tête de l'arrêt, on peut lire que ce dernier traite d'une « [o]pinion exprimée antérieurement par le tribunal - [a]utorité de cette opinion - [o]biter dictum » et que dans ce cas, à la différence de ce qui est écrit dans l'arrêt lui-même, « cette interprétation doit prévaloir »¹²⁰².

¹¹⁹⁹ Aucun des extraits cités ne fait référence au caractère contraignant des *obiter dicta*.

¹²⁰⁰ *Sellars c. La Reine*, précité, note 1188, à la p. 529.

¹²⁰¹ *Id.*, à la p. 529 (nos soulignements). La version anglaise a été traduite de la version originale française. Il n'existe pas de règle de conflit entre les deux versions d'un arrêt de la Cour suprême : T. SCASSA, « Language of Judgement and the Supreme Court of Canada », (1994) 43 *U.N.B.L.J.* 167, à la p. 190. Mais il serait logique que la version originale prime en cas de conflit.

¹²⁰² L'en-tête de la collection des *Canadian criminal cases* (C.C.C.) et des *Dominion Law Reports* (D.L.R.) sont plus explicites encore : « Where the Supreme Court of Canada expresses an opinion on a point of law, then such ruling is binding in the lower Courts notwithstanding it was not absolutely necessary to rule on the point in order to dispose of the appeal. » : *Sellars c. La Reine*, (1980) 52 C.C.C. (2^e) 345 et 110 D.L.R. (3d) 629. Ces commentaires n'ont aucun statut officiel. Étant fréquemment utilisés par les juristes, il est probable qu'ils aient influencé certaines interprétations doctrinales et jurisprudentielles. D'autres résumés de la décision ont été plus nuancés, voir : les *Criminal Reports*, (1980) 20 C.R. (3d) 381 (un *obiter* devrait être suivi).

Ainsi, au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour suprême, des termes ambigus utilisés par le juge Chouinard, des autorités qu'il a citées et de l'approche traditionnelle en *common law*, il aurait été audacieux de voir dans cet arrêt une quelconque admission du caractère contraignant (*binding*) des *obiter dicta*, quels qu'ils soient¹²⁰³. Et par une interprétation jurisprudentielle répétée, l'arrêt *Sellars* gagnera un sens nouveau dont l'effet sera de confondre ce qui « a été dit » par une majorité de juges à la Cour suprême avec la partie obligatoire d'un arrêt.

b - L'arrêt Sellars tel qu'il a été interprété

L'interprétation d'une décision comme celle dont il est question ici ne dépend pas seulement des termes de l'arrêt. Comme on le verra, il est probable que les commentaires doctrinaux et, surtout, les applications judiciaires de la décision aient fortement influé sur les interprétations subséquentes. La réception de l'arrêt *Sellars* ressemble alors plus à une construction collective de son sens qu'à une appréhension objective de sa portée. Mais la formation de ce qui va devenir le principe *Sellars* incarne aussi un autre aspect de l'activité doctrinale et judiciaire : celle de sélectionner une théorie. Dans notre cas, cette théorie n'a pas été formulée par la Cour suprême. Elle doit plutôt son existence à l'activité des juristes, et surtout des juges, qui en ont admis la juridicité ou sa conformité au droit canadien.

Sur un plan doctrinal, l'arrêt a fait l'objet de quelques interrogations dont l'objet a été d'en cerner le sens exact¹²⁰⁴. La plupart des juristes qui en ont étudié le contenu ont reconnu

¹²⁰³ L'ambivalence de l'arrêt *Sellars* se retrouve exprimée dans le commentaire qu'a pu en faire le juge Louis-Philippe Pigeon dans un texte dont l'essentiel porte sur la valeur des interprétations jurisprudentielles des lois. Dans cet article, il affirme que « si la Cour, comme elle le fait à l'occasion, se prononce sur une question de droit alors qu'il n'est pas indispensable de le faire pour disposer du pourvoi, le point se trouve décidé comme le souligne l'arrêt unanime rendu dans l'affaire *Sellars c. R.* » (Louis-Philippe PIGEON, « Valeur et portée des interprétations jurisprudentielles », *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 39, aux pp. 42-43). En retour, il insiste sur l'importance de la mise en garde formulée par le juge Rand à l'effet qu'« [traduction] [il] faut lire les motifs d'un jugement dans le contexte de la question à l'étude » pour ensuite illustrer « [un] exemple tiré de la jurisprudence [qui] fera ressortir le danger qu'il peut y avoir à tenir pour "décidé" ce qui a seulement été dit. » (« [version originale] the reasons of a court in rendering a decision must be taken secundum subjectam materiam. » : *Guaranty Trust c. R.*, [1948] R.C.S. 183, p. 213, j. Rand).

¹²⁰⁴ Arthur PELTOMAA, « Obiter Dictum of the Supreme Court of Canada : Does it Bind Lower Courts ? », (1982) 60 *R. du B. can.* 823; Geoffrey S. GILBERT, « *Stare decisis* - Value of Obiter Dictum - Supreme Court

que le message livré par la Cour suprême était, au mieux, quelque peu ambigu¹²⁰⁵ et qu'il ne pouvait pas, à lui seul, justifier la conclusion que, dorénavant, les *obiter dicta* avaient une portée obligatoire. Outre la question de la portée de l'arrêt, il est intéressant de constater que le principe, en lui-même, reçu un accueil mitigé. Certains, comme M. Peltooma, ont ouvertement exprimé leur accord avec celui-ci. En effet, la Cour suprême entend très peu d'appels annuellement et lorsqu'une question est incertaine ou qu'elle fait l'objet de décisions contradictoires au sein des cours d'appel, elle mérite d'être tranchée définitivement sans que l'on soit obligé d'attendre qu'elle soit posée directement au plus haut tribunal¹²⁰⁶. Mais cet optimisme n'a pas gagné la majorité des auteurs qui ont traité le sujet et, à ce titre, ils ont généralement tenté d'en limiter l'impact : les *obiter dicta* de la Cour suprême jouissent d'une valeur hautement persuasive peut-être, mais ils ne devraient pas être tenus pour obligatoires¹²⁰⁷. Enfin, malgré son caractère exceptionnel, l'arrêt *Sellars* n'a manifestement pas soulevé l'intérêt de la doctrine canadienne et, hormis de rares exceptions, la plupart des juristes qui en ont relevé l'existence ont souligné son caractère extraordinaire¹²⁰⁸. Ainsi, c'est surtout les juges qui ont accueilli favorablement l'énoncé de ce qu'il convient d'appeler maintenant, le principe *Sellars*.

of Canada », (1982) 60 *R. du B. can.* 373; Ross FLOWERS, « *Stare decisis* in Courts of Co-Ordinate Jurisdiction », (1984-1985) 5 *The Advocate's Quaterly* 464, à la p. 475; Douglas LAMBERT, « *Ratio Decidendi* and *Obiter Dicta* : Some Observations about *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527 », (1993) 51 *The Advocate* 689; William F. EHRCKE, « *Stare decisis* », (1995) 53 *The Advocate* 847, aux pp. 854 et s.; Christian BOURBONNAIS-HYDE, « La règle du précédent », dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Toronto, Carswell, 1997, p. 69, aux pp. 96 et s.

¹²⁰⁵ Selon M. Gilbert, la Cour suprême aurait réellement provoqué une remise en question du *stare decisis*, mais il reconnaît que les autorités citées par le juge Chouinard ne permettent pas d'arriver à une telle conclusion (G.S. GILBERT, *loc. cit.*, note 1204, à la p. 377); en soulignant la divergence de ton qui sépare la version française de sa traduction, M. le juge Lambert écarte complètement la possibilité que les *obiter dicta* puissent avoir une quelconque portée obligatoire (D. LAMBERT, *loc. cit.*, note 1204, à la p. 690); et M. Ehrcke arrive à la conclusion que l'arrêt *Sellars* peut justifier que l'on accorde une portée obligatoire à certains types précis d'*obiter*, mais il relève que cette approche contredit à la fois la pratique et la jurisprudence de la Cour suprême (W. F. EHRCKE, *loc. cit.*, note 1204, à la p. 855).

¹²⁰⁶ A. PELTOMAA, *loc. cit.*, note 1204, aux pp. 831-832.

¹²⁰⁷ G. GILBERT, *loc. cit.*, note 1204, à la p. 377, il se réjouit que, à la date de rédaction de sa note d'arrêt (1982), les tribunaux inférieurs n'ait pas accordé une portée obligatoire aux *obiter dicta* de la Cour suprême; D. LAMBERT, *loc. cit.*, note 1204, à la p. 690, le juge Lambert, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qualifie le principe d'hérétique; M. Ehrcke indique qu'une telle compréhension du principe irait à l'encontre de la méthode utilisée par la Cour suprême lorsqu'elle traite ses propres propositions de droit rendues sur des questions accessoires aux litiges; C. BOURBONNAIS-HYDE, *loc. cit.*, note 1205, à la p. 97

¹²⁰⁸ Gerald L. GALL, *The Canadian Legal System*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1990, à la p. 292; G. G. MITCHELL, « Significant Developments in Criminal Charter Jurisprudence in 1992 », (1993) 57 *Sask. L. Rev.* 59, à la p. 72; Michael MANDEL, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, 2^e éd., Toronto, T.E.P., 1994, à la p. 29; André MOREL, *Sources et formation du droit [:] DRT-1108*, avec la

En effet, huit cours d'appel canadiennes¹²⁰⁹ sont arrivées à la conclusion que les opinions motivées de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada sur un point de droit s'imposent à tous les tribunaux, et chacune d'elle a fait reposer ce principe sur l'arrêt *Sellars*. Certains juges précisent toutefois qu'il est nécessaire que cet *obiter* reflète une opinion juridique motivée (« considered opinion on a question of law »), mais le qualificatif « obligatoire » (« binding ») a été régulièrement accolé lorsqu'il s'agissait de décrire le poids de telles propositions de droit.

Sans aborder directement chacune des juridictions provinciales qui ont adopté ce principe, on peut dégager certains traits communs dans la réception graduelle de celui-ci. Généralement, les juges ont d'abord procédé par une analyse de l'arrêt *Sellars* en ayant directement recours à son contenu, ce qui a donné lieu, le plus souvent, à une affirmation plus ou moins nuancée qui en résumait la portée. Par exemple, dans l'arrêt *Scarff v. Wilson*¹²¹⁰, le juge McEachern de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, lorsqu'il avait à analyser la décision *Sellars* pour la première fois, s'est contenté d'étudier l'opinion du juge Robertson¹²¹¹ citée par le juge Chouinard¹²¹², et il a écrit :

In *Sellars* [...] it is made clear that even obiter dicta of the Supreme Court of Canada should be followed [and] [f]rom the foregoing I conclude that the obligation of a lower court, including courts of appeal, to follow judgements of the Supreme Court of Canada is not limited to the strict ratio decidendi of the highest court but extends also to any considered decision of that court on a question of law or principle.¹²¹³

participation de J. LECLAIR et de J.-M. BRISSON, *COOP Droit*, 1994-1995, à la p. 18 : « [l]a Cour suprême du Canada attribue une force persuasive très grande aux *obiter* de ses propres décisions [...] [p]our avoir une telle force persuasive, il faut cependant que cet *obiter* satisfasse à certaines conditions » et il cite à cet effet l'arrêt *Sellars*; Daniel POIRIER, *Introduction générale à la common law*, Cowansville, Yvons Blais, 1995, à la p. 212.

¹²⁰⁹ Celles de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, du Manitoba, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario, de la Saskatchewan et la Cour d'appel fédérale.

¹²¹⁰ (1988) 33 B.C.L.R. (2^e) 290 (C.A.B.C.).

¹²¹¹ *Id.*, à la p. 303.

¹²¹² *Sellars c. La Reine*, précité, note 1188, à la p. 530.

¹²¹³ *Scarff v. Wilson*, précité, note 1210, à la p. 303. Pour une opinion individuelle contraire, voir les deux commentaires du juge Lambert qui, au sein de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, est isolé dans son appréciation de l'arrêt *Sellars* : *Reekie v. Messervey*, (1989) 36 B.C.L.R. (2^e) 316, à la p. 344 (C.A.B.C.) et *R. v. Gladstone*, [1985] 6 W.W.R. 504, à la p. 511 (C.A.B.C.).

Par la suite, l'affirmation générale censée résumer l'arrêt *Sellars* sera reprise *comme s'il* s'agissait d'un point acquis; le lien avec l'arrêt lui-même sera de plus en plus éloigné et il ne sera plus étudié en tant que tel : il n'est que la référence à partir de laquelle on appuie une proposition. En ce sens, l'arrêt *Scarff v. Wilson* a été suivi dans *Moses v. Shore Boat Builders Ltd.*¹²¹⁴, par la même Cour, et les commentaires sur l'arrêt *Sellars* se feront plus laconiques¹²¹⁵ : le principe de droit qui en est dégagé s'exprime par l'intermédiaire de l'arrêt précédent¹²¹⁶.

Enfin, le caractère obligatoire des opinions motivées incidentes de la Cour suprême a été reconnu par les cours d'appel de l'Alberta¹²¹⁷, du Manitoba¹²¹⁸, du Nouveau-Brunswick¹²¹⁹,

¹²¹⁴ [1994] 1 W.W.R. 112, 106 D.L.R. (4^e) 654 (C.A.B.C.), appel à la Cour suprême du Canada refusé, [1994] 2 W.W.R. lxxv (note); de façon implicite, la Cour d'appel avait déjà appliqué le principe dans *Cooper v. Miller (N° J)*, (1991) 6 B.C.A.C. 268 (C.A.B.C.).

¹²¹⁵ *Id.*, à la p. 119, au par. 16 : « [w]e were reminded as well of our duty, as laid down in *Sellars v. R.*, [1980] 1 R.C.S. 527, 110 D.L.R. (3^e) 629, to follow the dicta found in judgments of the Supreme Court of Canada ».

¹²¹⁶ *Id.*, à la p. 119, au par. 17 : « [i]n *Scarff v. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2^e) 290, McEachern C.J.B.C. provided a summary of how lower courts should treat obiter dicta of the Supreme Court of Canada. He said at p. 303 [...] » et le juge cite *in extenso* la partie de l'arrêt traitant du caractère contraignant des *obiter dicta*. Le même processus a été observé à la Cour d'appel du Manitoba. Dans l'arrêt *R. v. Chartrand*, (1992) 81 Man. R. (2^e) 81 (C.A.Man.), le juge Philp devait déterminer la portée d'un *obiter dictum* du juge McLachlin qui avait l'appui de la majorité de la Cour suprême. Après avoir cité l'opinion du juge Megarry selon lequel les « judicial dicta » jouissent d'un effet très persuasif, il consacre un paragraphe à l'arrêt *Sellars* pour avancer que :

R. v. Sellars [...] in my view, has given even greater weight to that kind of judicial dicta and has raised its authority to that of a ratio decidendi. In *Sellars*, Chouinard J., writing for the full court altered the traditional view of obiter dictum [...] [h]e declared that where the Supreme Court has ruled on a question of law, although it was not necessary to do so in order to dispose of the appeal, that ruling is binding on lower courts.

Par la suite, sa position sera résumée et le principe sera acquis : *69971 Manitoba Ltd. (c.o.b. Barrin Produce) v. National Bank of Canada*, (1995) 100 Man.R. (2^e) 214 (C.A.Man.), M. le juge Scott, au nom de la Cour, fait ce seul commentaire, au par. 19 : « [in *Chartrand*] we acknowledged that lower courts were bound by judicial dicta of the Supreme Court, the only exception being “a mere passing remark, or a statement or assumption on some matter that has not been argued [...]” (see *Brunner v. Greenslade*, [1970] 3 All E.R. 833 at p. 839) ».

¹²¹⁷ À la Cour d'appel de l'Alberta, les juges ont cherché à déterminer si l'*obiter dictum* à l'étude représentait la volonté de la Cour suprême et l'ont suivi : *R. v. Cobham*, (1993) 135 A.R. 249 (C.A. Alta.); *R. v. Chayko*, (1984) 12 C.C.C. (3^e) 157 à la p. 170 (C.A.Alta.).

¹²¹⁸ *R. v. Chartrand*, précité, note 1216.

¹²¹⁹ *Clark c. Les chemins de fer nationaux du Canada et du Nouveau-Brunswick*, (1985) 62 N.B.R. (2^e) 276 (C.A.N.-B.) : M. le juge La Forest, après avoir déterminé que la proposition de droit issue d'un arrêt de la Cour suprême ne constitue pas la *ratio decidendi* de celui-ci, a écrit, à la page 298 : « [j]e ne pense pas non plus que les commentaires faits par les divers juges constituent “l'opinion motivée de la Cour suprême du Canada”, opinion par laquelle je devrais me sentir lié comme le souligne *Sellars* [...] »

de la Nouvelle-Écosse¹²²⁰, de l'Ontario¹²²¹, de la Saskatchewan¹²²² et de la Cour fédérale¹²²³. Ces arrêts ont une portée obligatoire pour les tribunaux inférieurs et ont ainsi provoqué un effet de dominos. C'est donc strictement à titre d'illustration que l'on peut souligner l'existence d'un nombre important de jugements de première instance qui ont résumé l'arrêt *Sellars*, faisant *comme si* l'arrêt avait posé que les « opinions motivés d'une majorité de la Cour sont obligatoires » (« considered opinion[s] of the majority of the court [are] authoritative and binding¹²²⁴ ») ou que « un obiter motivé lie une cour inférieure » (« [a] considered obiter dicta binds a lower court¹²²⁵ »). L'enthousiasme des juristes pour ce principe est tel que certains juges n'ont pas hésité à en étendre l'application aux décisions des cours d'appel¹²²⁶ et même à un *obiter dictum* d'une Cour supérieure¹²²⁷!

¹²²⁰ *R. v. Barrow*, (1985) 14 C.C.C. (3^e) 470 (C.A.N.S.); *contra* : *R. v. Currie*, (1983) 4 C.C.C. (3^e) 217 à la p. 229 (C.A.N.S.).

¹²²¹ *Re : Haldiman-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association*, (1981) 120 D.L.R. (3d) 101 (C.A.O.), à la p. 126; il est vrai que, par la suite, la Cour d'appel a souligné le caractère facultatif du devoir de suivre un *obiter dictum* (*should follow*) : *R. v. Miller*, (1982) 39 O.R. (2^e) 41 (C.A.Ont.). Mais les tribunaux de première instance ont généralement retenu que les *obiter dicta* sont obligatoires, voir les autorités citées à la note 1225.

¹²²² De façon implicite dans : *R. v. G.B.*, (1988) 65 Sask.R. 134 (C.A.Sask.); et explicitement dans : *Williston Wildcatters Oil Corp. (Bankrupt), Re.*, (1997) 152 Sask.R. 179, à la p. 185 (C.A. Sask.), M. le juge Tallis, qui cite un large extrait des motifs du juge Chouinard pour conclure au caractère contraignant des « considered statements » de la Cour suprême.

¹²²³ *Canada v. Neuman*, [1997] 1 C.F. 79 (C.A.F.).

¹²²⁴ *Rosenberg v. Canada (Attorney General)*, (1995) 25 O.R. (3d) 612, à la p. 621 (Ont.Ct.G.D.); *McGrady, Askev & Fiorillo and Gina Maria, Fiorillo v. Austin F. Marshall*, [1995] N.W.T.J. No. 39 (C.S.T.N.-O.) (Q.L.); *R. v. Wilson*, [1995] A.J. No. 1002 (Alta.Ct.Q.B.) (Q.L.).

¹²²⁵ *Ratych v. Bloomer*, (1987) 60 O.R. (2^e) 181, à la p. 184 (Ont.H.C.); pour d'autres déclarations selon lesquelles l'arrêt *Sellars* consacre l'effet obligatoire des *obiter dicta* de la Cour suprême : **en Alberta** : *R. v. Martell*, (1992) 117 A.R. 47 (Alta.Prov.Ct.); *Schuster v. Laroque*, [1994] A.J. No. 580 (Alta.Ct.Q.B.) (Q.L.); *R. v. Wilson*, (1995) 177 A.R. 71 (Alta.Ct.Q.B.); *R. v. Brighteyes*, (1997) 199 A.R. 161 (Alta.Ct.Q.B.); **en Colombie-Britannique** : *Pacific Press v. British Columbia*, [1998] B.C.J. No. 39 (B.C.Sup.Ct.); **en Ontario** : *R. v. McGibbon*, (1981) 34 O.R. (2^e) 185 (Ont.H.C.); *Taur Management Co. Ltd. v. Nir et al.*, (1983) 35 C.P.C. 179 à la p. 185 (Ont.Sup.Ct.); *Pryslak v. Anderson*, (1987) 57 O.R. (2^e) 793 à la p. 788 (Sup.Ct.Ont.); *R. v. Hahn*, [1990] O.J. No. 2506 (Ont.Ct. of J.P.D.) (Q.L.); *R. v. D.(F.)*, (1990) 3 O.R. (3d) 733 à la p. 738 (Ont.Ct.G.D.); *R. v. Grey*, [1993] O.J. No. 251 (Ont.Ct.P.D.); *R. v. Phillips*, (1996) 26 O.R. (3^e) 522 à la p. 528 (Ont.Ct.G.D.); *First American Bank & Trust v. Garay*, (1996) 36 C.P.C. (3^e) 319, à la p. 322 (Ont.Ct.J.G.D.); *Goodyear Canada Inc. v. Meloche*, [1996] O.J. No. 1711 (Ont.Ct.J.G.D.) (Q.L.); pour une décision qui maintient l'expression *should follow* : *Moore (Township) v. Garantie Co.*, (1991) 2 O.R. (3d) 370, à la p. 380; **au Québec** : *R. v. Baxter*, (1980) 16 C.R. (3^e) 397, à la p. 400 (C.S.Q.); *L'Hebreux c. Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles*, [1982] C.S. 788, à la p. 790; *R. c. Riendeau*, [1983] C.S.P. 1127, à la p. 1138, opinion à comparer avec celle-ci, plus nuancée : *R. c. Miller*, [1983] C.S.P. 1094, à la p. 1097; *Protection de la jeunesse 188*, [1986] R.J.Q. 501 à la p. 503 (C.S.); *Centre Cardinal Inc. c. Union des Employés de Service, Local 298*, [1987] T.T. 367, à la p. 370; **en Saskatchewan** : *R. v. Maxemiuk*, (1994) 122 Sask. R. 223 (Sask. Q.B.).

¹²²⁶ À ce titre, le fait que les tribunaux de première instance puissent appliquer le principe de l'arrêt *Sellars* aux *obiter* des cours d'appels pourrait être perçu comme évident : la doctrine du *stare decisis* n'attribue pas aux

Curieusement, la Cour suprême ne s'est pas encore prononcée sur la portée qu'il fallait accorder à l'arrêt *Sellars*¹²²⁸. Il est utile de rappeler que les juges La Forest et Cory ont exprimé leur point de vue, mais en tant que juges de cours d'appel; et le juge Beetz, s'exprimant extra judiciairement, a déjà clairement défendu la théorie traditionnelle¹²²⁹. Toutefois, le juge Lamer a tenu, dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*¹²³⁰ des propos similaires à ceux du juge Chouinard : « [m]ême si, à proprement parler, elles sont incidentes, les remarques de la majorité dans cet arrêt représentent l'opinion bien motivée de la Cour et constituent le droit applicable sur ce point »¹²³¹. Et il existe certains *dicta* qui attribuent un statut normatif aux règles qui, bien que non formulées par la Cour suprême, ont « été considérées comme péremptoires et [qui] ont souvent été appliquées par des tribunaux d'instance inférieure »¹²³².

Par conséquent, en l'absence d'une dénégation claire de la part de la Cour suprême, il faut admettre que le principe attribuant une portée obligatoire aux *obiter dicta* de la Cour suprême est solidement implanté en droit canadien. Ce qui rend ce principe si original, c'est que non seulement il contredit ce qui est enseigné dans les universités et dans les traités de droit,

décisions de la Cour suprême un statut qu'elle n'accorde pas aux cours d'appels, en ce sens, voir : *R. v. McGibbon*, (1981) 34 O.R. (2^e) 185 (Ont.H.C.), à la p. 186; *R. v. Ross*, (1986) 26 C.C.C. (3^e) 264 (Ont.D.Ct.); *Ratyck v. Bloomer*, (1987) 60 O.R. (2^e) 181, à la p. 184 (Ont.H.C.); *A.J.G., Re.*, (1988) 87 A.R. 362 (Prov.Ct.F.D.); *R. v. Mackle*, (1991) 35 M.V.R. (2^e) 238 à la p. 243 (Ont.H.C.); *R. v. Akey*, (1991) 1 O.R. (3^e) 702 (Ont.Ct.G.D.); *Dekker v. Canada* (Q.L.). [1993] T.C.J. No. 694 (T.Ct.C.) (Q.L.); *Schuster v. Laroque*, [1994] A.J. No. 580 (Alta.Ct.Q.B.) (Q.L.); *R.S. v. A.L.*, (1995) 158 A.R. 227 (Alta.Ct.Q.B.); *Québec (Procureur général) c. Arseneau*, [1997] R.J.Q. 1380 à la p. 1385 (C.S.).

¹²²⁷ *Salaberry-de-Valleyfield (Ville) c. Leduc*, [1996] A.Q. N° 4485 (C.S.Q.) (Q.L.).

¹²²⁸ Le juge Lamer a toutefois constaté l'existence de cette jurisprudence dans : *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328 à la p. 335.

¹²²⁹ « Le terrain sur lequel le juge se voit placé est concret et souvent étroit. Si le juge en sort et se prononce au-delà de ce qui est nécessaire pour statuer, son opinion ne vaut ni plus ni moins que celle de tout autre juriste car elle n'est plus inspirée et renforcée par la responsabilité de la décision ni soumise à ses contraintes. » : Jean BEETZ, « Le professeur de droit et le juge », (1979) 81 *R. du N.* 506, à la p. 511.

¹²³⁰ [1995] 1 R.C.S. 451.

¹²³¹ *Id.*, à la p. 471. Dans *R. c. Miller*, [1983] C.S.P. 1094 à la p. 1097, M. le juge Lanctôt cite un extrait d'une allocution prononcée par le juge Lamer : « Dans une conférence pour le bénéfice de l'Association nationale des juges de nomination provinciale, voici ce qu'il dit : "Only what is ratio decidendi and not what is but obiter is binding; or, put in other words, only the essential of the decision is binding" ».

¹²³² *R. v. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 738 e, M. le juge La Forest dissident, dont il est utile de reprendre les termes exacts : « Quoique, comme je l'ai fait remarquer, les observations déjà citées du juge Martland concernant le pouvoir discrétionnaire reconnu dans l'arrêt *Noor Mohamed*, *supra* constituent strictement des opinions incidentes, elles ont néanmoins été considérées comme péremptoires et ont souvent été appliquées par

mais encore, il est difficile de le concilier avec une partie quelconque de la tradition juridique. Il est vrai qu'il existe une catégorisation des *dicta* qui déjà été suggérée dans certains arrêts, et plus particulièrement les « judicial *dicta* », qui ne seraient pas de simples *obiter* dans la mesure où ils jouiraient d'une plus grande autorité que ces derniers. Ce type de proposition de droit a été décrit par le juge Megarry de la façon suivante : « [traduction] il s'agit d'une décision sur un point de droit qui fut pleinement plaidée [...] son autorité se situe quelque part entre l'*obiter dictum* et la *ratio decidendi*, et elle m'apparaît détenir un poids plus près de la seconde que du premier »¹²³³. Bien que cet extrait ait été cité afin d'appuyer la théorie voulant que les *obiter dicta* sont obligatoires¹²³⁴, il est essentiel de mentionner qu'en droit anglais, la distinction entre le poids accordé à la *ratio decidendi* et à un *obiter* est encore jalousement préservée, même si les auteurs reconnaissent qu'en réalité, certains *dicta* ont eu les mêmes égards que s'ils formaient la raison d'être de la décision¹²³⁵. Aussi, l'intégration d'un tel principe en droit canadien modifie la méthode d'identification des *common law rules*, en même temps qu'elle est susceptible de dénaturer la *common law* elle-même.

2. Les effets probables de l'adoption du principe *Sellars*

En attribuant une force obligatoire aux énoncés de droit élaborés par une majorité des juges de la Cour suprême, les juristes canadiens ont remis en question l'un des piliers conceptuels de la *common law*¹²³⁶. La *ratio decidendi* se voit accorder un effet obligatoire,

des tribunaux d'instance inférieure, ce qui confirme clairement l'existence de ce pouvoir discrétionnaire au Canada. »

¹²³³ « [Version originale] [it is] a considered judgement on a point fully argued [which is] [...] standing in authority somewhere between a *ratio decidendi* and an *obiter dictum*, [and] seem[s] to me to have a weight nearer to the former than the latter [...] » : *Brunner v. Greenslade*, [1971] 1 Ch. 993 aux pp. 1002-1003. Il faudrait peut-être signaler que, dans ce cas, l'*obiter dictum* provenait de Lord Simonds et que pour le juge Megarry : « anything uttered by Simonds J. carries its own intrinsic authority » (*Id.*, à la p. 1103).

¹²³⁴ A. PELTOMAA, *loc. cit.*, note 1204, aux pp. 831-832.

¹²³⁵ Richard BRONAUGH, « Persuasive Precedents », dans L. GOLDSTEIN, *op. cit.*, note 1157, à la p. 216. À la p. 221, il souligne : « it is my thesis that [obiter dicta] cannot be precedents at all, even though they are convincing [...] The distinction of *rationes decidendi* and *obiter dicta* is a distinction between the reasons that did and the reasons that did not decide the case considered. » Voir aussi : R. CROSS et J.W. HARRIS, *op. cit.*, note 1128, à la p. 77; Voir aussi les propos rapportés dans : Tom HARPER, « Too much Speech-Making ? », (1982) 132 *N.L.J.* 359.

¹²³⁶ Voir : H.K. LÜCKE, « The Common Law : Judicial Impartiality and Judge-Made Law », (1982) 98 *L.Q.R.* 31; à la p. 62, le professeur Lücke décrit ce qu'il considère être l'une des caractéristiques fondamentales de la

parce qu'elle constitue la raison d'être ou la règle à la base de la décision judiciaire : c'est elle qui a été discutée, argumentée et qui a fait l'objet d'un litige. Attribuer un poids analogue à une opinion majoritaire incidente, comme l'a fait une majorité des cours d'appel et une multitude de tribunaux inférieurs, équivaut à remettre en cause les règles du *stare decisis* et à effacer la distinction traditionnelle entre la *ratio decidendi* et les *obiter dicta*, du moins, en Cour suprême. À côté de ces effets premiers, l'admission d'un tel principe en droit canadien risque d'avoir certaines répercussions, plus diffuses certes, mais qu'il est nécessaire d'aborder, car elles peuvent modifier la conception du droit jurisprudentiel dans le système juridique.

a - Les effets directs du principe *Sellars*

Le principe *Sellars*, tel qu'il se dégage des arrêts étudiés, consiste à accorder une valeur contraignante à un *obiter dictum*, lorsque celui-ci est partagé par la majorité des juges de la Cour suprême¹²³⁷. Attribuer un effet contraignant à un *obiter dictum* entraîne son intégration dans la même catégorie que les lois, les règlements, la Constitution et les *ratio decidendi* des précédents obligatoires. Cela équivaut à remettre en question la théorie des sources formelles du droit canadien, car le juge est tenu de prendre en considération et d'appliquer cet *obiter dictum* lorsqu'il tranche une question de droit.

Ce serait donc une erreur de prétendre que l'adjectif « contraignant »¹²³⁸ rejoint celui de « hautement persuasif »¹²³⁹ puisqu'en réalité, ces deux notions s'opposent sur un point fondamental : l'une est impérative pour le juge, et l'autre pas¹²⁴⁰. En fait, une règle obligatoire

common law à savoir que : « hard, binding law emerges from judgements only to the extent to which the judge's faculties are sharpened and engaged by his duty to adjudicate a real dispute [...] This distinction between *ratio decidendi* and *obiter dictum* is fundamental: it expresses the belief that judicial engagement in actual adjudication is an indispensable precondition to a truly just common law. »

¹²³⁷ À titre d'exemples : *Scarff c. Wilson*, précité, note 1210, à la p. 303 : « the obligation of a lower court, including courts of appeal, to follow judgements of the Supreme Court of Canada [...] extends also to any considered decision of that court on a question of law or principle »; *R. c. Chartrand*, précité, note 1216, à la p. 84 : « *R. v. Sellars* [...] has raised [the] authority [of that kind of judicial dicta] to that of a *ratio decidendi* (...) that ruling is binding on lower courts ». L'expression *judicial dicta* est imprécise dans la mesure où, *stricto sensu*, elle englobe tout ce que dit un juge; or certains juges l'utilisent pour qualifier un certain type de *dicta*.

¹²³⁸ En anglais : « binding ».

¹²³⁹ En anglais : « highly persuasive ».

¹²⁴⁰ François GRIVART de KERSTRAT, « *Common law* et analogie », [1995] 4 *R.R.J.* 1087, à la p. 1093.

peut ne pas être persuasive, parce qu'elle nous apparaît mal fondée ou injuste, elle demeure néanmoins obligatoire pour le juge¹²⁴¹; en retour, une règle hautement persuasive ne sera jamais « binding ». Le principe *Sellars* est donc équivalent à une délégation de pouvoir à la Cour suprême dans la mesure où il attribue un pouvoir plus large de « faire » le droit, la seule contrainte formelle qui s'impose étant l'exigence qu'une majorité de juges s'accorde sur un point de droit¹²⁴². Par conséquent, selon le droit positif canadien, le principe *Sellars* s'impose aux tribunaux de première instance et aux cours d'appel, dans la mesure où il a été adopté à l'intérieur de leur ordre judiciaire.

Sur le plan de la méthode, l'un des dangers d'une adoption du principe *Sellars* réside dans sa capacité de rendre caduque la technique des distinctions (le *distinguishing*), et de détruire la pertinence des notions d'*obiter dictum* et de *ratio decidendi*. En effet, la technique des distinctions permet au juge d'écarter l'application de la *ratio decidendi* d'un précédent obligatoire au motif que les faits du litige sont raisonnablement différents. Elle limitait donc la portée des propositions de droit contenues dans un arrêt aux seuls faits pertinents à la base de celui-ci. Étant donné que le principe *Sellars* dissocie la valeur des affirmations de droit de leur contexte factuel, elle empêche que l'on puisse procéder à une forme quelconque de distinction et, pour reprendre l'expression imagée du juge Lyon, elles deviennent « immunisées » contre toute tentative de ce genre¹²⁴³. Étant donné qu'en vertu du principe *Sellars*, la recherche du droit s'effectue strictement en fonction de ce qu'une majorité de juges a décidé, quelle que soit la question qui leur a été posée, la distinction cardinale entre les catégories d'*obiter dictum* et de *ratio decidendi* perd sa raison d'être¹²⁴⁴.

¹²⁴¹ Comme l'a écrit Lord Devlin : « [t]he principle of *stare decisis* does not apply only to good decisions; if it did, it would have neither value nor meaning » : *Jones v. D.P.P.*, [1962] A.C. 635 (Ch. des L.), à la p. 711.

¹²⁴² Certains tribunaux exigent cependant que cette opinion soit motivée ou qu'une véritable intention de lier les tribunaux inférieurs soit exprimée. Essentiellement, ces critères conduisent à admettre que, quelle que soit la question posée à la Cour suprême, celle-ci peut volontairement régler des points de droit accessoires au litige et lier les tribunaux inférieurs.

¹²⁴³ Le juge Lyon avait soulevé l'une des conséquences de l'admission d'un tel principe, celui voulant qu'il rende inutile la technique des distinctions pour limiter l'application d'une telle proposition de droit (« [they would be] immune from being distinguished ») : *R. c. Chartrand*, précité, note 1216, à la p. 96.

¹²⁴⁴ Certes, la technique du *distinguishing* et la détermination de la *ratio decidendi* ont une odeur d'arbitraire, car elles laissent au juge une large marge de manoeuvre dans la détermination de la portée d'un arrêt obligatoire. Vouloir écarter cette distinction au motif qu'elle est imprécise reviendrait à oublier que l'intérêt des notions de *ratio decidendi* et d'*obiter dictum* ne se réduit pas à la prévisibilité des résultats, mais réside dans la

Une illustration de l'impact que risque d'avoir le principe *Sellars* sur la méthodologie en droit canadien se trouve dans une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans l'affaire *Pilfold v. Skog Estate et al.*, la Cour d'appel avait à trancher la question de savoir si une action *per quod servitium*¹²⁴⁵ peut être entamée pour des dommages engendrés par le décès d'un employé¹²⁴⁶. Or le juge de première instance s'était senti lié par un *obiter dictum* d'une majorité de juges exprimé dans un arrêt de la Cour suprême rendu en 1881¹²⁴⁷ ! Même si les juges à la Cour d'appel admettent que le principe exprimé dans cet arrêt a été fortement critiqué¹²⁴⁸, ils retiennent seulement qu'ils ont affaire à une opinion motivée sur un point de droit qui a reçu l'appui d'une majorité des juges. La question de savoir si, techniquement, il s'agissait ou non d'un *obiter* ou d'une *ratio* n'est pas abordée, même si elle a été plaidée par le procureur de l'appelant¹²⁴⁹, et on ne peut relever aucune réflexion sur la possibilité ou l'opportunité de procéder à la technique des distinctions. Le contraste est frappant : alors qu'auparavant, un juge se serait senti autorisé à procéder à une forme de révision du contenu du principe énoncé dans un *obiter dictum*, aujourd'hui, le même juge a les mains liées.

Par conséquent, il n'est pas exagéré de prétendre que le principe *Sellars* est susceptible de provoquer des remous plus profonds qu'il n'y paraît pour la *common law* canadienne, et il convient d'envisager quelques manifestations de ceux-ci.

qualité du raisonnement qu'ils engendrent : avec ces notions, le juriste doit chercher à reproduire le raisonnement du juge et les faits y tiennent un rôle important. D'une certaine façon, cette réalité est implicite dans les notions de *ratio decidendi* et de *distinguishing*, elles représentent les bornes au-delà desquelles le juge ne s'est pas prononcé. Dire qu'un juriste de *common law* doit lire les faits attentivement, lorsqu'il interprète une décision judiciaire, c'est reconnaître que le juge ne se prononce pas dans l'abstrait

¹²⁴⁵ Il s'agit d'un recours en responsabilité civile qui permet à un employeur de poursuivre un tiers ayant causé des dommages corporels à un employé afin de le dédommager des pertes engendrées par son inactivité.

¹²⁴⁶ *Pilfold v. Skog Estate et al.*, (1990) 64 DLR (4th) 186 (C.A.C.-B.), appel refusé à la Cour suprême.

¹²⁴⁷ *Monaghan v. Horn*, (1881) 7 R.C.S. 409. Ce faisant, les juges donnent une portée rétroactive au principe *Sellars* !

¹²⁴⁸ *Pilfold v. Skog Estate et al.*, précitée, note 1246, à la p. 188.

¹²⁴⁹ *Ibid.*

b - Les effets indirects du principe Sellars

En s'attaquant aux notions de *ratio decidendi* et d'*obiter dictum*, le principe attribué à l'arrêt *Sellars* risque de modifier sensiblement le visage de la *common law* canadienne. C'est que la pensée juridique de la tradition anglo-saxonne a été structurée par cette idée, qu'en lisant un arrêt, il fallait chercher la raison de la décision. Celle-ci n'était jamais complètement formulée, car le juriste avait une part créative dans la constitution de cette *ratio*; la détermination de la portée de l'arrêt pouvait être discutée et étudiée selon l'importance que l'on accordait à tel ou tel fait. Avec le principe *Sellars*, cette discussion sera réduite à identifier les points de droit sur lesquels se seront prononcés les juges, pour ensuite calculer le nombre de juges qui s'accordent sur chacun de ceux-ci.

Envisagé en rapport avec la méthode traditionnelle, le principe étudié ici permet d'identifier plus simplement les propositions de droit qui disposent d'une force obligatoire¹²⁵⁰. Mais il est possible, par contre, que cette méthode accentue la rigidité de la *common law*¹²⁵¹. Car l'incertitude quant aux résultats d'une identification de la *ratio decidendi* permet aux règles de *common law* d'avoir une certaine souplesse : l'application des règles de *common law* n'a

¹²⁵⁰ Paradoxalement, le principe *Sellars* pourrait avoir des conséquences dans le style de motivation des arrêts de la Cour suprême qui augmenterait l'incertitude de leur portée. Avec le principe *Sellars*, un juge rédigeant l'opinion de la majorité du tribunal qui formulerait sa propre opinion sur des points de droit accessoires lierait les tribunaux inférieurs. Dans la mesure où son avis n'est pas partagé par les autres juges majoritaires, ceux-ci se sentiront dans l'obligation de formuler des réserves quant à telle ou telle conclusion d'un jugement majoritaire. Les juges qui, normalement, ne rédigeraient pas d'opinion seront vraisemblablement tentés de préciser leur pensée sur ces questions, car leur silence risquerait d'être interprété comme signifiant un accord tacite sur ces points de droit. Une reconnaissance de l'arrêt *Sellars* pourrait donc entraîner une multiplication des opinions, ce qui ne favorise pas la compréhension des arrêts !

¹²⁵¹ Le danger que pouvait entraîner l'étude d'un extrait jurisprudentiel sans envisager le contexte factuel a souvent été énoncé par les juristes anglais, voir : C. K. ALLEN, *op. cit.*, note 1156, à la p. 263 : « There is always a danger that a *dictum*, as was said in *Cavanagh v. Ulster Weaving Co.*, [1960] A.C. 145, may degenerate into a mere 'formula of words', a supposed generalization without due regard to the particular circumstances to which it is related. »; R. N. GOODERSON, *loc. cit.*, note 1180, à la p. 905 : « It is then a feature of Dr. Goodhart's view that he leaves the judge with almost unlimited power to lay down an extremely wide *ratio decidendi* [...] this leads to a very rigid doctrine of precedent [...] [b]ut in practice courts do not necessarily concede to their predecessors power to lay down wide rules. ».

jamais été un processus automatique¹²⁵². Les juges, par leur application subséquente d'un arrêt, peuvent en augmenter ou en diminuer la portée selon ses qualités intrinsèques¹²⁵³. Comme cela sera étudié plus loin, la technique du *distinguishing* permet aux tribunaux inférieurs de limiter la portée des *mauvaises* règles de *common law* au point qu'elles perdent leur pertinence¹²⁵⁴. Elle agit ainsi comme un outil de sélection des règles de droit, outil appelé à disparaître avec le principe *Sellars*. Il n'est donc pas étonnant qu'un professeur ait pu prétendre que « dans un pur système de *common law*, la règle du précédent est viable à cause de la méthode des distinctions »¹²⁵⁵.

En ce sens, le principe *Sellars* paraît discutable dans son fondement même, car il accorde une grande autorité à une proposition de droit qui, par définition, n'a pas fait l'objet d'un débat approfondi : à ce titre, un *obiter dictum* peut difficilement aspirer posséder le même degré d'autorité que la *ratio decidendi*¹²⁵⁶. Il y a des cas où l'on peut constater que même si une proposition est appuyée par une majorité de juges, on apprend, par l'opinion écrite d'un juge qui se démarque sur ce point accessoire, que la chose « n'a pas été argumentée sous cet angle »¹²⁵⁷. Doit-on vraiment traiter cette question incidente comme étant définitivement réglée jusqu'à ce que la Cour suprême y revienne ? Oui, car le principe *Sellars*, tel que l'a dénoncé le juge Lyon, transforme automatiquement et absolument l'opinion de la majorité des juges de la Cour suprême en un principe de droit obligatoire¹²⁵⁸.

¹²⁵² Andrew JOANES, « *Stare decisis* in the Supreme Court of Canada », (1958) 36 *R. du B. can.* 175, à la p. 197.

¹²⁵³ « In many important cases, there is a statement of principle much broader than is necessary if the precise issues in that case only are to be considered. If the decision is felt to be wrong, the principle will be confined to cases raising precisely the same issue; if it is thought correct, the merest *obiter dictum* may have very great weight » : G. W. PATON, *A Text-Book of Jurisprudence*, 3^e éd. par D. P. DERHAM, Oxford, Clarendon Press, 1964, à la p. 190.

¹²⁵⁴ A. JOANES, *loc. cit.*, note 1252, à la p. 197.

¹²⁵⁵ Maurice TANCELIN, « Chronique de droit comparé », (1979) 39 *R. du B.* 971.

¹²⁵⁶ Les juges de la Cour suprême critiquent souvent certains arguments qui s'appuient strictement sur des opinions incidentes, voir : *C.-B. (P.G.) c. Canada (P.G.)*, [1994] 2 R.C.S. 41, à la p. 90; M. le juge Iacobucci, écrivant la décision pour la majorité, affirme que : « J'ajoute, en passant, que la Colombie-Britannique ne peut se fonder sur ma remarque incidente dans [...] De toute évidence, cette remarque n'était pas nécessaire pour régler le litige et, même en tant que remarque incidente, elle est nuancée [...] »

¹²⁵⁷ *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415 à la p. 418, M. le juge La Forest.

¹²⁵⁸ Avec la nuance que certaines cours exigent que la proposition de droit ait été motivée; voir les propos du juge Lyon dans : *R. v. Chartrand*, précité, note 1216, à la p. 96 (« [they would] be treated as automatically and absolutely binding or immune to being distinguished »). Selon lui, le principe *Sellars* est contraire au droit canadien tel qu'il existe depuis 1867 (« settled law of this contry since 1867 ») et, comme l'opinion majoritaire

De plus, la crainte d'une accentuation de la rigidité de la *common law* peut s'appuyer sur un style récent de rédaction judiciaire, qui a été présenté plus haut¹²⁵⁹, et qui consiste à rédiger les motifs sous une forme qui imite le style législatif, même s'il s'agit d'un point de droit accessoire au litige. En effet, dans certains cas, la Cour suprême se sent *obligée* de formuler des opinions qui, techniquement, étaient incidentes au litige. C'est le cas notamment lorsqu'elle déclare inconstitutionnelle une règle législative¹²⁶⁰ ou de *common law*¹²⁶¹ : au lieu de laisser le législateur combler le vide ainsi créé, la Cour prend parfois la responsabilité de formuler une norme de remplacement. On a pu relever l'exemple de l'arrêt *R. c. Seaboyer*¹²⁶², où M^{me} le juge McLachlin formule directement les « principes applicables » en la matière sous une forme qui pourrait surprendre un juriste de *common law*. Dans ces cas, et bien que cette norme nouvelle soit formulée au milieu d'un *obiter dictum*, elle acquiert, sans trop de mal, le statut de règle officielle : elle « entre » dans le droit canadien dès sa publication. Mais parce qu'elle n'entretient aucun lien avec le litige en question, il est impossible pour un juge subséquent d'en écarter l'application en invoquant des circonstances différentes.

Enfin, l'arrivée du principe *Sellars* est foncièrement paradoxale, car elle suit un fort mouvement doctrinal qui réclame une diminution du formalisme en droit et une atténuation des règles du *stare decisis*¹²⁶³. De plus, le principe s'inscrit en faux à l'égard de la conception dynamique de la *common law* telle que l'a prônée la Cour suprême¹²⁶⁴. Le contraste entre les différents discours en droit canadien serait trop important pour qu'on ne tente pas d'en saisir

des juges de la Cour suprême bénéficie d'un respect *en tant qu'autorité dans l'expression du droit canadien*, elle ne devrait pas, selon lui, être considérée comme une règle de droit obligatoire. M. le juge Lyon traduit là l'opinion du juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : *R. v. Gladstone*, [1985] W.W.R. 504 à la p. 511 (C.A.B.C.).

¹²⁵⁹ Voir *supra*, aux pp. 168 et s.

¹²⁶⁰ *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

¹²⁶¹ *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; aux pp. 978 et s., la Cour examine l'attitude que les tribunaux doivent adopter lorsqu'une règle de *common law* porte atteinte à une disposition constitutionnelle; la Cour étudiera d'abord la possibilité de modifier la règle de *common law* avant d'en « créer » une nouvelle : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

¹²⁶² [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 634 et s.

¹²⁶³ Gordon BALE, « Casting Off the Mooring Ropes of Binding Precedent » (1980) 58 *R. du B. can.* 256; A.W.B. SIMPSON, « The Common Law and Legal Theory », dans A.W.B. SIMPSON, dir., *Oxford Essays in Jurisprudence (second series)*, Oxford, Clarendon Press, 1973, à la p.77.

¹²⁶⁴ Voir *supra*, aux pp. 162 et s.

une trame commune, voire une explication. À ce titre, l'émergence du principe *Sellars* se situe peut être dans une tendance récente de la conception de la jurisprudence, tendance qui a été évoquée plus haut¹²⁶⁵, et qui consiste à la rapprocher des règles législatives. En effet, la méthode que ce principe implique ne tient plus compte de son objet : un peu à la manière de celui qui lit une loi, le juriste ne cherche plus un raisonnement lorsqu'il lit un arrêt, mais il s'intéresse plutôt aux propositions de droit qu'il contient, celles qui vont lui indiquer la ou les normes obligatoires. C'est, du moins, ce que suggère l'utilisation du qualificatif « obligatoire » (*binding*) chez les juges. Or cette approche est contraire à la perception traditionnelle du rôle de la jurisprudence en *common law*, tel que l'a écrit le M. le professeur Glenn : « les juges de la common law ont combattu cette idée [...] que la décision judiciaire en soi représente une règle judiciaire[, ils] ont suggéré plutôt que leur jurisprudence représente le véritable raisonnement juridique »¹²⁶⁶. Comme le législateur, les juges – et surtout ceux de la Cour suprême – se sont libérés des fers qui les retenaient au droit passé; comme lui, ils peuvent dorénavant donner une direction nouvelle au droit ou tenter de l'adapter aux besoins sociaux du moment. Cette transition indiquait déjà que la décision judiciaire n'était plus *une preuve du droit* comme l'affirmait Blackstone, mais qu'elle est devenue une règle de droit.

Conclusion du Chapitre I

Dans l'un et l'autre des systèmes étudiés, les juristes ont mis l'accent sur des critères formels pour délimiter ce qui, à l'intérieur des décisions judiciaires, aura la valeur d'une règle de droit. Pour des raisons liées à leur histoire, à leur tradition et à leurs institutions, les approches diffèrent sensiblement; et il est intéressant de constater que l'on retrouve là un certain écho à la façon de concevoir la création des normes dans chacun des systèmes. Il est difficile, par exemple, de ne pas voir la figure du législateur lorsque, dans le système français, les juristes présentent les sources du droit jurisprudentiel comme dérivant d'une structure hiérarchisée, dominée par une Cour dont la volonté s'exprime par voie de formules et qui pose *ex cathedra* des principes juridiques. En retour, l'origine coutumière de la *common law* est palpable quand l'on constate que chacune des cours supérieures dispose d'un pouvoir de créer

¹²⁶⁵ Voir *supra*, aux pp. 162 et s.

une règle. Aussi, la *ratio decidendi* est une norme aux contours fluides qui, comme la règle coutumière, connaît plusieurs conceptions et cette ambivalence se répercute dans son expression qui est à la fois le produit d'un acte, le jugement, et d'une parole, les motifs. Mais là s'arrêtent les généralisations, car les systèmes juridiques sont traversés par des influences diverses qui bousculent les tentatives d'en donner une image statique.

Comme toute présentation de principes méthodologiques, les critères qui expliqueraient ou justifieraient l'émergence d'une règle jurisprudentielle ou d'une règle de *common law* disposent d'une valeur descriptive qui dépend du degré d'adhésion des juristes qui en font l'objet. Les théories juridiques ont souvent ce défaut de ne pas être en mesure de prévoir les comportements dissidents ni, ce qui est plus grave, de toujours rendre compte des comportements majoritaires. Tel que l'a précisé Nguyen Huy Man, dans une thèse de doctorat peut-être oubliée :

[les théories juridiques] sont de race logique inférieure, parce que doublement hypothétique. Car, si les théories physiques, expérimentalement vérifiées, deviennent des lois naturelles, les théories juridiques ne sauraient prétendre à une vérification aussi complète. Les règles de droit qui leur servent de base étant elle-même des « faits élaborés » comportant des éléments *importants et secondaires, permanents et variables*, elles sont obligées, par la condition même du travail, non seulement de négliger, comme toute théorie, le *secondaire* pour s'attacher à l'*important*, mais encore de supposer *permanent* ce qui est *variable*. Leur faiblesse leur vient de là.¹²⁶⁷

Les critères liés à l'émission des règles élaborées par les juges valent donc à titre d'indications générales seulement, et, en tout état de cause, ils ne sauraient être conçus comme des recettes entraînant des résultats instantanés.

En droit français, les directives décrites plus haut sont souvent présentées comme des repères qui doivent nécessairement être complétés par une bonne connaissance du domaine juridique dans lequel s'inscrit l'arrêt. À retenir également que la plupart de ces critères ne procèdent pas par élimination, mais plutôt par pondération de la valeur des arrêts, c'est-à-dire en établissant un ordre de classement ou de priorité entre eux ainsi qu'une méthode de sélection

¹²⁶⁶ P. H. GLENN, *loc. cit.*, note 1144, à la p. 1081.

¹²⁶⁷ Nguyen HUY MAN, *Essai sur le rôle respectif de la déduction et de l'induction dans les principaux systèmes d'interprétation du droit civil français*, Paris, 1935, p. 171.

de leur contenu. En droit canadien, par contre, la situation est plus complexe en ce que le caractère partagé de la création des règles de *common law* doit être concilié avec l'émergence du principe *Sellars*, phénomène qui accorde un pouvoir à la Cour suprême qui lui était auparavant nié. Aussi, cette évolution paraîtrait curieuse si l'on ne connaissait pas le rôle primordial que détient la Cour suprême en droit canadien; la méthode actuelle traduit vraisemblablement le prestige qu'a pu acquérir l'institution aux cours des années, car c'est lui rendre hommage que de supposer une telle qualité à chacun de ses *obiter dicta*. En retour, cette dernière tendance risque de parachever l'assimilation des règles législatives et de la *common law*.

Au risque de dénaturer les caractéristiques liées à la source elle-même, les juristes ont élaboré des facteurs qui tendent à rapprocher le processus d'édiction des règles élaborée par les juges à celui qui régit le processus de création des lois. Mais ces appréhensions seraient sans doute déjà réalisées s'il n'existait pas un contrepois à la force obligatoire des énoncés de droit formulés par les juges, celui lié à leur réception.

Chapitre II – Réception de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule*

La réception de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule* au sein de la communauté des juristes a fait l'objet d'une attention particulière chez les théoriciens du droit. On pourrait expliquer cet intérêt par le fait que, à la différence de la loi, la règle prétorienne ne connaît pas un mode officiel d'existence juridique, elle ne dispose pas d'une *autorité formelle intrinsèque*. Cette absence de *critère* de juridicité à l'égard des normes prétoriennes, véritable lacune dans l'ordre normatif, a pour corollaire que leur présence semble liée à leur degré d'effectivité. Car si une loi demeure valide malgré sa désuétude, sa méconnaissance ou sa désobéissance généralisée, une règle jurisprudentielle pourrait difficilement survivre à un oubli collectif. C'est que, à l'image de la coutume, un certain *habitus* ou une *opinio necessitatis* seraient requis afin que s'établisse une règle jurisprudentielle. En somme, l'effectivité de la règle n'est pas indifférente à sa reconnaissance et certains diraient, à son existence en droit. Et sans vouloir en tirer une conclusion sur l'ontologie de la règle, il est important de cerner dans quelle mesure et à quel point les juristes ont su tenir compte de cet aspect dans la description du phénomène jurisprudentiel.

Dans le cadre de l'activité liée à l'identification des règles prétoriennes, les critères étudiés ici jouent un rôle ambivalent : ils ont pour effet de « faciliter » l'entrée de la norme dans l'univers juridique en même temps qu'ils opèrent une forme de sélection « en douceur » de celles-ci. Le premier type d'interaction peut s'observer par le jeu de la publication. À l'égard de la loi, le rôle de la publication ou de la promulgation est primordial, voire nécessaire pour que celle-ci puisse produire un effet quelconque. Étant aussi à la source de normes réglant la conduite des citoyens, il est curieux de constater que les juristes n'ont pas transposé cette condition d'opposabilité aux règles jurisprudentielles ou aux *common law rules*. Et, n'eût été l'avènement des outils informatiques, une interrogation sur le rôle de la publication aurait pu rester lettre morte. Au contraire, on peut observer qu'un débat est déjà timidement amorcé, et qu'il risque d'être véritablement entamé, lorsqu'il sera question de savoir quelle importance il conviendra de conférer à une décision simplement accessible dans une banque de données.

Le second type d'interaction est rarement rendu explicite ou admis au sein des communautés juridiques, mais son effet est néanmoins réel : il s'agit de la réception de la règle émise par les juges. En droit français, par exemple, les juristes procèdent à une classification des arrêts qui tend à diriger quelque peu leur popularité, voire même de sélectionner ce qui va les lier à l'avenir. Sans qu'on puisse y voir une relation causale, on peut croire que le fait de qualifier d'« arrêt d'espèce » une décision judiciaire peut entraîner des conséquences importantes sur son évolution : les oubliettes du droit en sont remplies. Que cette catégorisation procède d'un jugement de valeur ou d'une appréciation « objective » de sa portée, il n'en demeure pas moins que ces outils conceptuels permettent d'appréhender la portée normative d'un arrêt. En droit canadien, du fait qu'ils sont considérés comme tous égaux, il n'existe pas de catégorisation usuelle des arrêts. Néanmoins, les juristes ont élaboré des techniques de manipulation des jugements qui modifient, à toutes fins utiles, leur contenu. Ces traitements, profondément implantés dans la méthodologie en *common law*, doivent être abordés pour comprendre à quel point le juriste s'est doté de techniques qui lui permettent de manier utilement, voire à sa guise, les arrêts qu'il applique.

Section 1 - Réception de la règle jurisprudentielle

§ 1 - La publication des arrêts

Le gouvernement monarchique ne comporte pas des lois aussi simples que le despotique. Il y faut des tribunaux. Ces tribunaux donnent des décisions; elles doivent être conservées; elles doivent être apprises, pour que l'on y juge aujourd'hui comme l'on y jugea hier, et que la propriété et la vie des citoyens y soient assurées et fixes comme la constitution de l'État.
Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre VI, ch. 1, p. 307

Le droit français, lorsqu'il est étudié à travers un prisme comparatif, connaît une situation que l'on pourrait qualifier de doublement « paradoxale ». D'une part, afin de vérifier

la conformité des décisions judiciaires aux règles légales, l'obligation de motiver a été instaurée par le législateur¹²⁶⁸. Effet pervers d'une mesure qui visait à préserver la domination de la loi, ces motifs sont maintenant perçus comme des indicateurs du droit à venir et sont à la source de règles. D'autre part, comme l'a relevé M. Goutal, le droit français est le seul système, parmi le droit anglais, américain et canadien, qui impose à ses juges de motiver leurs décisions. Or ceux-ci, bien qu'obligés, répondent à cette exigence avec une « extraordinaire parcimonie »¹²⁶⁹. Ainsi, loin d'avoir rayé le mot « jurisprudence » du vocabulaire juridique, le législateur a favorisé son épanouissement. Mais l'obligation de motiver les décisions de justice aurait pu demeurer un outil de contrôle interne de l'activité judiciaire – sans écho au dehors – s'il n'était pas accompagné d'un outil de promotion de la littérature judiciaire, la publication.

En effet, l'une des conditions de toute réception de la jurisprudence réside dans la capacité pour la communauté juridique de prendre connaissance de son contenu. La publication des décisions de justice joue, à l'évidence, un rôle fondamental¹²⁷⁰. Alors faut-il s'étonner que la règle jurisprudentielle gagne en effectivité lorsqu'elle est diffusée par voie de publication ? Le constat n'est pas nouveau¹²⁷¹. Dès 1819, on pouvait lire l'extrait suivant dans le *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile* :

¹²⁶⁸ Art. 7 de la *Loi du 20 avril 1810* maintenant codifié à l'article 455 du *Nouveau Code de procédure civile*.

¹²⁶⁹ Jean-Louis GOUTAL, « Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A. », (1976) 24 *Am. Jour. of Com. Law* 43, à la p. 56 : « France is the only one of our three jurisdictions in which substantive law imposes on the judge a stringent duty to give reasons; but it is also the jurisdiction in which judges give reasons with the most amazing parsimony. »

¹²⁷⁰ Voir : Michel van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », (1985) 30 *A.P.D.* 207, à la p. 209 :

La première cause d'incertitude, sur [l]e plan [de la décidabilité d'un système juridique], réside dans le mode de publicité très imparfait dont les décisions judiciaires font l'objet [...] On peut donc dire qu'à défaut de publication, non seulement il est peu probable qu'une décision judiciaire aboutisse à la création d'une règle jurisprudentielle, mais encore qu'il sera impossible, le cas échéant, de « vérifier, avec toutes les précisions nécessaires, l'existence d'un précédent. »

¹²⁷¹ Voir, Tony SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », (1955) *R.D.P.* 5, à la p. 27 : l'auteur cite l'exemple de Raoul Spifame qui avait imprimé une fausse ordonnance qu'il attribuait à Henri II et qui avait la particularité de faire un lien entre la publication d'un arrêt et l'effet de répétition qu'elle engendre. Voici le texte de ladite fausse ordonnance : « que tous juges [...] exprimeront aux dictons de leurs sentences et jugements la cause expresse et spéciale d'iceulx pour en faire une loi générale et donner forme aux jugements des procès futurs fondés sur les mêmes raisons et différends [...] et à cette fin ordonne que tous dictons, sentences et arrests seront imprimés [...] à ce que chacun y puisse recouvrer pour son aide conseil et adresse. » Pour une étude historique, voir : Maxime CHRÉTIEN, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, thèse, Lille, 1936, à la p. 99 (sur la publication des arrêts de règlement). Au XIX^e siècle, selon M^{me} Serverin, « avant même que les philosophies

Au moment où Sa Majesté vient de faire réimprimer les Codes, l'utilité du Bulletin officiel de la Cour de cassation est plus vivement ressentie. Ce Bulletin a surtout pour objet d'assurer l'uniformité de la jurisprudence dans les cours et les tribunaux du royaume [...] ¹²⁷²

Selon M^{me} Serverin, si la publication des décisions de justice a coïncidé avec l'émergence d'une représentation normative du discours des juges, son action n'a pas simplement été passive : la façon de présenter les arrêts a également joué un rôle important dans le processus d'abstraction du message qu'ils véhiculent ¹²⁷³. D'une part, elle souligne la diminution du nombre d'arrêts publiés ¹²⁷⁴ par les éditeurs privés au profit de ceux qui « présent[ent] un intérêt juridique » et au détriment des arrêts « disciplinaires » de la Cour de cassation et des jugements des juridictions du fond; c'est donc dire que la sélection s'effectue « en fonction de la probabilité de se trouver face à l'énoncé d'une règle » ¹²⁷⁵. D'autre part, elle note le déclin des arrêts publiés *in extenso*, au profit cette fois-ci des « sommaires » censés « décrire l'arrêt à l'aide d'une formule générale » ¹²⁷⁶ ou qui en résument la portée; dans les deux cas, « les sommaires font appel directement à l'idée de la règle » ¹²⁷⁷. Par conséquent, la sélection et la présentation des arrêts pour fins de publication « conduit à une "réécriture" de l'information en termes de règles » ¹²⁷⁸, « c'est par [la publication] que le judiciaire se transforme en juridique, que les décisions deviennent sources de normes » ¹²⁷⁹.

positivistes ne se soient emparées du critère de la validité des règles pour en faire le centre de l'ordre juridique, les recueils avaient mis en pratique une conception de la positivité purement et simplement reliée au critère de la publication » (E. SERVERIN, *op. cit.*, note 1014, à la p. 96). Jean BOULANGER, « Jurisprudence », *Répertoire de droit civil*, t. III, Paris, Dalloz, 1953, p. 21, n° 24 : Jean Boulanger fait l'historique de la publication des arrêts de la Cour de cassation : 1) Les *Bulletins des arrêts de la Cour de cassation* ont commencé en l'an VII; 2) La loi du 23 juillet 1947 (voir, *D.* 1947.275) a prescrit la tenue d'un fichier central contenant les sommaires de tous les arrêts (art. 10-11 de la loi) et la publication d'un *Bulletin mensuel* où sont reproduits tous les arrêts de la Chambre civile.

¹²⁷² *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile*, t. XIX, Paris, Imprimerie Royale, 1819, p. 1, il s'agit d'un extrait du *Moniteur* du 9 janvier 1817.

¹²⁷³ M^{me} Serverin fait état de son enquête sur les conditions de sélection et de publication des décisions judiciaires et évalue cette situation à l'aune de la normativisation du discours jurisprudentiel, voir : E. SERVERIN, *op. cit.*, note 1014, aux pp. 289 et s.

¹²⁷⁴ *Id.*, aux pp. 300 et s.

¹²⁷⁵ *Id.*, à la p. 298.

¹²⁷⁶ *Id.*, à la p. 300.

¹²⁷⁷ *Id.*, à la p. 300. Cette observation vaut aussi pour les sommaires contenus dans les publications officielles (*Id.*, aux pp. 331-332).

¹²⁷⁸ *Id.*, à la p. 302.

¹²⁷⁹ *Id.*, à la p. 353.

C'est donc dans le cadre de la conception normative de l'oeuvre judiciaire que doit être posée la question de la fonction assignée à la publication des arrêts : à l'image de la promulgation de la loi, la publication est-elle nécessaire pour que naisse une règle jurisprudentielle ? Posée autrement, peut-on conclure à l'existence d'une règle jurisprudentielle même si l'arrêt qui lui sert de support n'est pas publié ? Bien que cela puisse surprendre, peu de juristes ont cru utile d'aborder directement ce type d'interrogation. Avec l'arrivée des banques de données informatisées susceptibles de contenir un nombre *infini* d'arrêts, l'enjeu est de taille : que doit-on faire de ces arrêts *connaissables* certes, car publiés électroniquement, mais inconnus ? Afin d'aborder ce sujet, il est utile d'envisager la fonction qui est assignée à la publication des décisions judiciaires.

En premier lieu, les juristes français accordent une grande importance au fait qu'un arrêt a été publié par les éditeurs officiels, car il s'agit d'un indice clair de son intérêt doctrinal¹²⁸⁰. En effet, il appartient au principal intéressé, c'est-à-dire à la Cour de cassation, de décider quels arrêts peuvent franchir la rampe de la publication *officielle*¹²⁸¹, et il est souvent rappelé que la décision de publier ou non vise à traduire une volonté de la Cour de faire connaître un arrêt qu'elle estime important¹²⁸². Pour cette raison probablement, les publications privées, comme le *Dalloz* ou la *Semaine juridique*, indiquent le plus souvent si l'arrêt sera publié au Bulletin mensuel de la Cour¹²⁸³, au Bulletin d'information bimensuel¹²⁸⁴ ou s'il sera commenté dans le

¹²⁸⁰ Par exemple : « Bien qu'il n'ait pas été publié au *Bulletin*, l'arrêt rendu le 11 fév. 1997 par la première chambre civile de la Cour de cassation n'est pas dépourvu d'intérêt théorique [...] » : Jacques MASSIP, note sous Cass. 1^{ère} ch. civ., D.1997.juris.502.

¹²⁸¹ Dans un article récent, le professeur Henry souligne qu'il est déformant de prétendre que la « Cour de cassation elle-même » prend la décision de publier une décision, car chaque chambre disposerait d'une large autonomie et très peu de principes directeurs gouvernent le choix de procéder à cette sélection. Il souligne toutefois : « toutes les chambres s'accordent pour ne pas publier des décisions répétitives qui ne constituent qu'une application banale d'un principe solidement établi [...] De même, parmi plusieurs décisions du même jour, il n'est pas souhaitable de publier toutes celles qui sont identiques » (X. HENRY, *loc. cit.*, note 1024, à la p. 642).

¹²⁸² Voir, A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 1015, à la p. 297. Selon M. Dunes : « L'équité n'est pas absente de[s] arrêts [de la Cour de cassation], qui incite parfois leurs auteurs à admettre des exceptions justifiées aux dominantes normatives. On a expliqué le silence gardé, le voile de la non-publication, par la prudence des magistrats soucieux de ne pas altérer la fonction régulatrice de leur juridiction » (André DUNES, « La non-publication des décisions de justice », (1986) 2 *R.I.D.C.* 757, à la p. 761). Cette observation peut s'appuyer des travaux sociologiques de M^{me} Saluden qui a relevé des situations où la Cour de cassation décidait de ne pas publier une décision au motif que les faits déterminaient l'issue du litige : M. SALUDEN, *op. cit.*, note 1050, à la p. 68.

¹²⁸³ R. 131-17 *Code de l'organisation judiciaire*.

Rapport annuel¹²⁸⁵. Ainsi, la publication d'une décision de la Cour de cassation par l'un de ces intermédiaires constitue un signe tangible et pertinent de sa valeur. Par ailleurs, les juristes français ont lancé un appel à la prudence à l'égard de l'utilisation des arrêts non publiés dans les rapports officiels¹²⁸⁶. Parmi eux, se trouve la directive formulée par le professeur Ghestin qui énonce que « doivent être certainement écartés, en tout cas signalés comme tels, les arrêts dont la Cour de cassation elle-même a jugé qu'il n'était pas opportun qu'ils soient publiés »¹²⁸⁷. Mais cette opinion, qui ne correspond peut-être pas à la pensée véritable de l'auteur¹²⁸⁸, traduirait en des termes vigoureux le sentiment général de la doctrine qui a été résumé par le professeur Henry dans les termes suivants :

les décisions non publiées ne sont pas nécessairement dépourvues de toute portée mais [que] leur utilisation doit se faire avec prudence et une application particulière doit être apportée à la formulation du moyen en application du principe classique : « tout le moyen, rien que le moyen ».¹²⁸⁹

En second lieu, et sans que ne soit précisé le médium précis par lequel l'arrêt est publié, les juristes insistent également sur la connaissance commune d'un arrêt afin d'évaluer sa capacité de produire un effet normatif. À ce titre, on peut relever le rôle des éditeurs privés qui poursuivent une fin qui est d'apparence objective¹²⁹⁰, celle de faire connaître les arrêts *pertinents ou importants*, et qui permettent de publiciser les règles jurisprudentielles qui

¹²⁸⁴ Article 5 de l'arrêté du Ministre de la justice du 24 mai 1972.

¹²⁸⁵ À la suite des arrêts, on peut trouver les mentions suivantes : P (publié au Bulletin de la Cour); B (publié au Bulletin d'information bimensuel); et R (commentaire au rapport annuel). Lorsque l'arrêt de la Cour de cassation est envoyé au Centre National d'Informatique Juridique (C.N.I.J.), on peut trouver, « sur la minute et les expéditions de chaque arrêt, la lettre P, D ou N qui suit son numéro d'ordre [qui] indique qu'il a été publié au Bulletin officiel de la Cour, qu'il a été communiqué au C.N.I.J., ou qu'il n'a donné lieu à aucune diffusion. » (A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1034, au par. 65).

¹²⁸⁶ Voir les auteurs cités par le professeur Henry : X. HENRY, *loc. cit.*, note 1024, p. 656, à la note 109.

¹²⁸⁷ Jacques GHESTIN, dans l'avant-propos de *La formation du contrat*, coll. « *Traité de droit civil* », 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993. Position qui fait l'objet d'une critique largement documentée par le professeur Henry : X. HENRY, *loc. cit.*, note 1024, aux pp. 636 et s.

¹²⁸⁸ Dans l'ouvrage de MM. Ghestin et Goubeaux, on peut lire que : « Les arrêts non-publiés de la Cour de cassation ont sans aucun doute une valeur, mais probablement un peu moindre que celle des arrêts publiés » (J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 1065, à la p. 428).

¹²⁸⁹ X. HENRY, *loc. cit.*, note 1024, à la p. 656.

¹²⁹⁰ On peut toujours prétendre, et avec raison, que la façon de présenter le droit ou d'introduire de l'information sur le droit, dirige, d'une façon consciente ou non, l'évolution de celui-ci. À ce sujet : Paul DURAND, « La connaissance du phénomène judiciaire et les tâches de la doctrine moderne du droit privé », *D.1955.chr.* XV.73, à la p. 74 : « Le tri nécessaire, que fait le rédacteur d'un recueil, introduit encore des déformations dans la connaissance de la jurisprudence. Il dépend des préoccupations intellectuelles, tournées vers un phénomène juridique déterminé, ou par le désir, plus ou moins conscient, d'orienter la formation du droit. »

autrement resteraient inconnues. L'importance accordée à la notoriété d'un arrêt se trouve exprimée lorsqu'on lit « [qu']une décision, à la condition d'être publiée, acquiert une résonance sociologique »¹²⁹¹ ou encore que « la jurisprudence, davantage encore que la loi, ne constitue une source effective du Droit *que si la doctrine en a connu*. Est donc dépourvue de valeur normative une jurisprudence non publiée, ou publiée de façon confidentielle. »¹²⁹² Dans ces cas, la frontière entre le caractère prescriptif ou descriptif du discours doctrinal est ténue, mais elle traduit une grande méfiance à l'égard d'une décision qui demeurerait ignorée des juristes praticiens ou universitaires.

Par conséquent, la publication semble tenir deux fonctions principales, soit celle de valoriser et celle de faire connaître une décision judiciaire *auprès de la communauté juridique*¹²⁹³. Aussi, la directive voulant qu'un principe jurisprudentiel contenu dans un arrêt non publié ait un intérêt moindre que les autres n'est pas dénuée de toute logique. N'ayant pas fait l'objet d'une discussion, on ne peut savoir si oui ou non l'arrêt respecte la jurisprudence antérieure, s'il constitue un oubli ou un simple égarement. C'est Dupin qui, citant Bacon, rappelait qu'

[i]l convient de donner la préférence aux arrêts qui ont été rendus publics, et que chacun a pu critiquer ou invoquer à son gré; à la différence de ceux qui, restés comme ensevelis dans les registres et les archives, semblent avoir été condamnés à l'oubli : car il en est des exemples comme de l'eau, qui n'est jamais plus saine que lorsqu'elle est courante.¹²⁹⁴

¹²⁹¹ J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 1007, à la p. 420.

¹²⁹² P. MALAURIE, *loc. cit.*, note 1006, à la p. 89. C'est avec humour que le professeur Jestaz a souligné que : « Un roman qui resterait un manuscrit dans un tiroir est toujours un roman. Simplement, il ne sera jamais un événement littéraire. Mais par définition, il n'y a pas de jurisprudence que si elle fait événement. La jurisprudence suppose donc la connaissance.[...] Avant Gutenberg, la jurisprudence n'allait pas loin [...] » : Philippe JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D. 1989.chr.XXIII.149*, à la p. 150. Il est permis de douter que cette affirmation puisse valoir pour le droit anglais qui, dès le XIV^e siècle, connaissait des modes de diffusion des arrêts au moyen de compilations privées.

¹²⁹³ Peu de juristes ont osé défendre l'idée qu'il s'agissait là d'un critère de validité d'une règle jurisprudentielle. Selon Jacques Héron : « Ces publications poursuivent un double but : elles visent d'abord à faire connaître le contenu même de la décision, pour que chacun puisse y lire la règle énoncée. Mais elles visent aussi à opérer une sélection entre les décisions, à faire ressortir les plus importantes, celles qui font jurisprudence. Il reste que tout cela est plus empirique que rigoureux et qu'il est difficile de choisir parmi les arrêts rendus, et plus encore d'indiquer les critères qui font la norme jurisprudentielle [...] » : Jacques HÉRON, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », [1993] 4 *R.R.J.* 1083, à la p. 1087.

¹²⁹⁴ DUPIN, *Opuscules de jurisprudence*, Paris, Auguste Durand, 1851, à la p. 516.

Toutefois, ce raisonnement est aujourd'hui contestable. Si les juristes reconnaissent que la publication d'une décision est un indice de son importance, le raisonnement inverse n'est pas nécessairement vrai. En ce sens, il est utile de souligner que peu d'arrêts de la Cour de cassation sont publiés annuellement¹²⁹⁵. De plus, le professeur Henry a pu montrer que, par un double mouvement opposant un nombre sans cesse croissant des arrêts rendus par la Cour de cassation et la diminution constante de leur publication¹²⁹⁶, il est devenu impossible matériellement de procéder à la publication de l'ensemble des arrêts *importants*¹²⁹⁷. Et ceux-ci ne risquent pas d'être condamnés à l'oubli, car un grand pourcentage des arrêts est transmis au Centre National d'Informatique Juridique (le C.N.I.J.) pour être « diffusé » sur un support informatique à d'autres banques de données¹²⁹⁸. L'interrogation de ces banques de données peut donc servir à révéler des décisions « oubliées » ou « noyées » parmi un ensemble hétérogène d'arrêts¹²⁹⁹ : la question de leur valeur risque alors de se poser avec une certaine urgence. À ce titre, il est utile de reprendre l'affirmation de M. le doyen Hatoux selon lequel « [un] arrêt non publié reste un arrêt de la Cour. Il devrait être réputé conforme à sa doctrine et sa prise en considération ne devrait pas susciter d'autre précaution que de

¹²⁹⁵ E. SERVERIN, *op. cit.*, note 1014, à la p. 301. M^{me} Serverin souligne que moins de 25 % des arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation sont publiés (année 1980), ce pourcentage se réduit à 10 % pour la chambre criminelle (1980). M. Perdriau souligne qu'« [en] 1988, sur 24 144 arrêts rendus [par la Cour de cassation], 2 324 ont été publiés [...] et 13 343 ont été portés à la connaissance du CNIJ (créé par le décret n° 84-940 du 24 octobre 1984 (*J.O.* 25 octobre avec rectificatif du 27 octobre; *J.C.P.*1984.III.56292), ce qui, déduction faite de ceux publiés, représente 6 676 arrêts diffusés. » : André PERDRIAU, « Les arrêts de la Cour de cassation au regard de l'informatique », *J.C.P.*1990.I.3436, au par. 3. Les arrêts non diffusés sont dépourvus de « tout intérêt doctrinal, par exemple parce qu'il[s] constate[nt] une déchéance ou un désistement, ou encore parce qu'il[s] opère[nt] une rectification. » Pour des statistiques plus récentes, voir l'article du professeur Henry : X. HENRY, *loc. cit.*, note 1024.

¹²⁹⁶ Le pourcentage des arrêts publiés est passé, pour la première chambre de la Cour de cassation, de 54,7% (en 1977) à 19,7% (en 1997); les autres chambres ont suivi ce mouvement, voir : X. HENRY, *loc. cit.*, note 1024, à la p. 644.

¹²⁹⁷ Tel que l'auteur le souligne : « comment en effet pouvoir sérieusement soutenir que la multiplication par trois entre 1977 et 1996 des arrêts rendus par la Chambre sociale s'est accompagnée d'une diminution quasiment de moitié des arrêts dignes de publication » (X. HENRY, *loc. cit.*, note 1024, à la p. 645).

¹²⁹⁸ André PERDRIAU, « Les arrêts de la Cour de cassation au regard de l'informatique », *J.C.P.*1990.I.3436, au par. 5. Il est inutile, ici, d'entrer dans les détails de cette diffusion.

¹²⁹⁹ « Les banques de données et leurs possibilités de recherche informatique sont des outils particulièrement performants pour mettre en valeur cette orientabilité [la façon d'envisager le contenu de l'arrêt], en permettant de retrouver toutes les décisions qui abordent un problème indépendamment des classifications et présentations éditoriales retenues ou de la juridiction concernée. » : X. HENRY, *loc. cit.*, note 1024, à la p. 655.

vérification »¹³⁰⁰. Par conséquent, un arrêt de cassation, qu'il soit publié ou non, demeure un argument fort lorsqu'il est placé entre les mains d'un plaideur. Mais en plus, si l'on doit reconnaître à ces arrêts la possibilité de créer une norme, la crainte de se voir opposer une décision *inconnue* risque de se réaliser¹³⁰¹.

Il est donc curieux de constater que les juristes ont peu ou pas abordé la question de l'opposabilité d'un arrêt non publié¹³⁰². En fait, cette préoccupation se trouve rarement abordée de front¹³⁰³, même si elle se décèle en filigrane dans certains arrêts. Par exemple, en matière de responsabilité professionnelle des avocats, il est reconnu que ceux-ci doivent connaître la « jurisprudence établie » ou la jurisprudence « acquise »¹³⁰⁴. Mais cette obligation s'étend-elle à un revirement de jurisprudence non publié ? Bien entendu, la chose paraîtrait injuste, les avocats n'étant pas omniscients. Mais un arrêt curieux semble avoir agi selon une inspiration contraire, il s'agit d'une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation rendue le 15 octobre 1985¹³⁰⁵. Dans cette affaire, la Cour a reproché à un avocat d'avoir omis d'aviser son client d'une « nouvelle jurisprudence instaurée en 1972 par la Cour de cassation »¹³⁰⁶.

¹³⁰⁰ B. HATOUX, *loc. cit.*, note 1303.

¹³⁰¹ Jean RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », (1962) *A.J.D.A.* 15, tel que reproduit dans les *Pages de doctrine*, vol. 1, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 165, à la p. 172 : « la faiblesse principale de la technique jurisprudentielle : c'est l'absence de publicité. La décision qui la consacre est notifiées aux parties. Mais la norme générale qui soutient le dispositif n'est accessible qu'aux familiers du *Recueil Lebon*. »

¹³⁰² A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 1015, à la p. 287 : « De plus, il semble que lorsque l'on évoque le problème du précédent et de sa publication, la question soit envisagée non comme une condition de son caractère normatif, mais beaucoup plus comme un facteur de son application par le juge inférieur, et éventuellement de son respect par le justiciable. »

¹³⁰³ Par exemple, M. Hatoux, doyen honoraire de la Cour de cassation, a souligné que, devant un arrêt contredisant une jurisprudence constante de la Cour de cassation, « il ne faut [en] tenir aucun compte [...], même s'il arrivait qu'une doctrine un peu légère s'en empare. Il serait en particulier très aventuré d'en déduire que la Cour a trouvé à la règle de droit une exception qu'elle n'a pas cependant formulée explicitement. [...] Il serait aussi follement imprudent de trouver dans ces arrêts des revirements de jurisprudence. » : Bernard HATOUX, « La portée doctrinale des arrêts non publiés de la Cour de cassation en matière civile », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 15 décembre 1993, n° 379, p. 16, à la p. 21. Au-delà des arrêts qui contredisent les règles admises antérieurement, le magistrat n'aborde pas la question de la valeur qu'il convient d'accorder à un arrêt innovateur.

¹³⁰⁴ Marie-Annick PEANO, « Avocat », dans la *Responsabilité civile et assurances*, « coll. Juris-Classeur », vol. 3, fasc. 330, au par. 53, mais pas la jurisprudence controversée. Selon le professeur Zenati : « Si le juge doit appliquer la loi, il n'en doit pas moins connaître la jurisprudence [...] [l']ignorance de la jurisprudence peut constituer une erreur de droit, notamment quand elle porte sur un revirement de jurisprudence. Commise par un professionnel du droit, elle est source de responsabilité civile, du moins quand elle porte sur une jurisprudence constante. » (F. ZENATI, *op. cit.*, note 1012, à la p. 119).

¹³⁰⁵ *Bull. civ. I*, n° 257, commentée par Jérôme HUET, (1986) 85 *R.T.D.C.* 759, à la p. 760.

¹³⁰⁶ Ce sont les termes de l'arrêt. Les arrêts, au nombre de deux, ont été rendus par le troisième chambre civile

Selon le professeur Huet, la Cour aurait dû « préciser aussi que cette solution était connue, ou pour le moins que les décisions l'instituant avaient été publiées »¹³⁰⁷, car il défend l'idée que, sans cette publication, l'avocat n'aurait pas été tenu responsable. Toutefois, M. Hervieu donne une toute autre interprétation de l'opinion de la Cour. En effet, il souligne que la faute d'ignorance avait été commise en 1972, alors que les arrêts avaient été rendus la même année, mais que leur publication a eu lieu avec 6 à 8 mois de retard... d'où l'ambiguïté du message livré par la Cour de cassation. Cette dernière interprétation de l'arrêt aurait pour effet d'imposer une lourde obligation sur les épaules des conseillers juridiques, surtout « [...] à l'heure où la connaissance du droit par les praticiens passe encore avant tout par la documentation classique, c'est-à-dire imprimée, il serait difficile de faire grief à ceux-ci d'ignorer un courant de décisions non publiées »¹³⁰⁸. Ironiquement, ce *lourd fardeau* pourrait être écarté grâce à la puissance des outils de recherche informatique qui, un jour, risquent de supplanter les modes traditionnels de publications !

Enfin, dans le cadre de l'identification de la règle jurisprudentielle, la publication d'un arrêt ne semble pas, *a priori*, constituer un critère *nécessaire* afin que soit reconnue une règle jurisprudentielle. Parce qu'il revient à la Cour de cassation de désigner les arrêts qui seront diffusés par cet intermédiaire, les juristes valorisent le fait de leur publication par les éditeurs officiels et, dans une moindre mesure, par les éditeurs privés. On peut donc comprendre ce critère d'évaluation des décisions de justice comme étant la traduction de la volonté du plus haut tribunal. Toutefois, il est possible d'interpréter autrement l'importance accordée à la publication d'un arrêt : on peut y voir le reflet du rôle que s'est accordée la doctrine dans l'acte de diffusion de la jurisprudence. En effet, une décision commentée, critiquée dans une revue spécialisée ou retenue dans l'ouvrage les *Grands arrêts de jurisprudence*, est aussi une décision *choisie* par la doctrine et, à ce titre, il est possible que, jusqu'à présent, les juristes aient eu l'impression de pouvoir contenir l'arrivée des arrêts qui *allaient faire jurisprudence*. L'enjeu

les 18 janvier et 14 juin 1972.

¹³⁰⁷ J. HUET, *loc. cit.*, note 1305, à la p. 760.

¹³⁰⁸ J. HUET, *loc. cit.*, note 1305, à la p. 762. Selon le professeur Huet, avec l'informatisation massive des décisions de justice, « la notion même de publicité risque d'évoluer. Car c'est une chose que des arrêts figurent dans un recueil de jurisprudence dont les abonnés prennent connaissance, éventuellement en lisant les décisions

que pose l'arrivée soudaine des banques de données est que tout intéressé peut désormais, et avec un minimum de compréhension de la dimension juridique d'une question de droit, trouver une décision qui correspond exactement à la situation juridique dont il aimerait connaître le traitement auprès des juridictions; il y aurait alors un contournement d'un traitement doctrinal des décisions judiciaires, celui lié à la classification des arrêts.

§ 2 - La classification des arrêts

Les noms, les termes et les expressions qu'utilisent les juristes pour classer les productions jurisprudentielles ont pour objectif premier de décrire l'état du droit. Que ce soit lorsqu'ils font référence à une « décision d'espèce », une « jurisprudence constante », un « arrêt de principe » ou un « arrêt de revirement », ils cherchent en tout premier lieu à *faire connaître* la pertinence juridique de la décision commentée. D'ailleurs, les raisonnements qu'ils supposent sont bien connus : un arrêt ne mérite pas d'être considéré, car il ne fait que suivre les décisions antérieures; il en va de même pour le cas d'espèce qui, fondé sur des considérations d'équité, se reproduit rarement et son étude embrouille considérablement le droit... En retour, l'arrêt novateur, l'arrêt qui formule une proposition large ou qui contredit une règle antérieure est généralement tenu comme faisant partie d'une catégorie à part, il a un poids que les autres n'ont pas. À ce titre, la technique de classification des arrêts facilite le repérage de ce qui, dans un système juridique, est susceptible de produire un effet normatif.

Lorsqu'il est utilisé pour classer les différentes décisions judiciaires, le vocabulaire utilisé par les juristes n'est pas nécessairement *neutre*. Comme le souligne le professeur Atias, l'activité de « décrire le droit, c'est le reconstruire et contribuer à son évolution »¹³⁰⁹. Ainsi, lorsque le professeur Malaurie affirme que « la référence à un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation, a le même poids que la référence à un texte »¹³¹⁰, il omet de préciser que la qualification d'*arrêt de principe* ne se constate pas à la seule lecture de l'arrêt, et que c'est surtout la doctrine qui, ici, en nommant la chose, place la décision à un niveau particulier dans

les unes à la suite des autres. C'en est une autre que de savoir ces mêmes décisions enregistrées dans une banque de données, où elles peuvent être consultées. » (*Ibid.*)

¹³⁰⁹ Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1985, p. 84.

l'ordre juridique. L'on peut également dégager un effet rhétorique lorsqu'un auteur affirme au début d'une note d'arrêt que ce dernier en est un d'*espèce* : la réaction produite et recherchée chez l'auditoire spécialisé auquel il s'adresse ne sera pas le même que s'il le caractérisait comme un revirement important. Mais il est délicat d'évaluer le rôle exact que peut jouer le vocabulaire dans l'organisation du droit en général, et sur l'émergence de la règle jurisprudentielle en particulier. En fait, l'acte de nommer ou de catégoriser une décision, même s'il s'appuie sur une observation « objective » des éléments qu'elle comporte, risque tout de même d'influer sur son évolution et, sans que l'on puisse vraiment mesurer cette interaction, l'observateur agit parfois sur l'élément observé. Toutefois, cet aspect de la question, qui relève plutôt de l'épistémologie juridique descriptive, ne sera pas abordé ici.

En droit français, il existe donc un vocabulaire technique dont l'origine est doctrinale et qui occupe une certaine fonction dans le processus d'identification de la règle jurisprudentielle. Étudié sous cet angle, on peut affirmer que la connaissance de la terminologie permet de situer quels types d'arrêts produisent un effet particulier auprès de la communauté des juristes. À la différence des critères liés à l'émission de la règle jurisprudentielle, ceux-ci font plus directement référence au contenu des arrêts de la Cour de cassation, et non simplement à leur forme. Or, la maîtrise de ce vocabulaire spécialisé, composé de « concepts organisateurs », est nécessaire pour qui veut comprendre le système juridique; de même, il est utile de saisir le caractère particulier de la méthode que suggère cette classification des arrêts. Aussi, il existe plusieurs façons de nommer les productions normatives des tribunaux et, afin d'aborder les appellations les plus usitées, l'on distinguera celles qui désignent des arrêts regroupés (**A**) de celles qui se rapportent à des arrêts isolés (**B**).

A. Les arrêts regroupés : la jurisprudence

L'expression « jurisprudence » était, au milieu du XIX^e siècle, de moins en moins utilisée pour décrire la science du droit et cette signification va tendre à s'éclipser chez les

¹³¹⁰ P. MALAURIE, *loc. cit.*, note 1006, à la p. 87.

juristes français au cours de la période postérieure¹³¹¹. Dans le *Vocabulaire juridique* de Cornu, on compte pas moins de six sens pour décrire les usages doctrinaux du terme dont aucun se rapporte à son origine étymologique. Parmi les sens multiples que l'on connaît aujourd'hui, il convient de s'attarder à ceux qui font référence à l'apport normatif des tribunaux¹³¹². Pour en simplifier la présentation, on peut en schématiser les éléments :

La jurisprudence :

- désigne les résultats de l'activité judiciaire ou les solutions de droit¹³¹³. (ex. : la jurisprudence est fixée sur cette question...).

Cet élément est généralement suivi d'une précision selon :

- que l'on fait référence à l'ensemble des tribunaux
ou
- que l'on en limite la portée selon :
 - les juridictions (ou les catégories de juridictions)
 - ou
 - selon une branche du droit.

Conception simple en apparence, la définition décrite ici ne rend pas compte du travail de sélection et d'induction qui permet de reconnaître la solution de droit dégagée d'une masse d'arrêts. En effet, l'interrogation est pertinente : comment, à partir d'une série de décisions judiciaires, le juriste parvient-il à dégager une règle de droit ? Ce passage des particules élémentaires à un principe général est essentiel pour qui veut saisir tout l'exercice que présente la découverte d'une jurisprudence. Outre la question de la détermination du contenu de la jurisprudence, se profile également un second aspect de celle-ci et qui consiste à déterminer le

¹³¹¹ Voir, Eugène L. BACH, « Jurisprudence », *Encyclopédie juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1973, aux n^o 1 à 6.

¹³¹² Ce qui inclut les sens 2, 4 et 5 de la définition de « Jurisprudence », G. CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, P.U.F., 1998, aux pages 479-480; et qui exclut les sens 1, 3 et 6 de « Jurisprudence »; le sens 1 fait référence à « [l'] [e]nsemble des décisions de justice »; le sens 3 se rapporte à « la personnification de l'action des tribunaux (par opp. à la législation ou doctrine) » et le sens 6 se rapporte « à la pratique judiciaire; habitude de procéder ou d'opérer de telle ou telle manière (en dehors des questions de droit) ». On peut envisager cette pratique judiciaire comme une source de règles à vocation locale. Voir, sur ce type de production normative, la description que fait Eugène Bach des règles formées à la suite de la pratique particulière des tribunaux (comme, par exemple, les barèmes dans l'octroi des dommages) : E. L. BACH, *loc. cit.*, note 1311, n^o 51 et s. Il serait fort difficile d'analyser en profondeur ces règles qui, faisant l'objet d'un contrôle « souverain » par le juge du fond, sont peu étudiées en leur qualité propre.

¹³¹³ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil - Introduction générale*, Paris, Cujas, 1997, à la p. 261, réserve l'emploi de l'expression aux seuls résultats de l'activité judiciaire : « La jurisprudence est l'ensemble des décisions judiciaires d'où se dégage une règle de droit parce qu'elles ont été constamment rendues dans le même sens sur les mêmes questions. », et, plus loin, « la jurisprudence est une règle de droit » (*Id.*, p. 276).

nombre d'arrêts nécessaires pour que l'on puisse reconnaître l'autorité d'une solution jurisprudentielle. Traditionnellement, les juristes exigeaient la présence d'un certain nombre d'arrêts avant qu'ils n'attribuent une valeur quelconque aux productions judiciaires. Or ce n'est que récemment que l'on peut lire sous la plume de certains juristes que la « jurisprudence » est susceptible de dériver d'une décision unique et, parce qu'elle participe à une tendance nouvelle, cette transition mérite d'être signalée. Étant donné que la détermination du contenu matériel et le mode de formation de la jurisprudence sont deux aspects qui sont conceptuellement distincts, ils méritent d'être envisagés séparément.

1. Contenu de la jurisprudence

Par quel procédé les juristes parviennent-ils à dégager une norme générale d'une série de décisions particulières ? Cette question, qui est en fait mal posée, a engendré plusieurs quiproquos sur la notion examinée, à savoir la « jurisprudence » et sa notion voisine, la « règle jurisprudentielle ». En effet, à l'intérieur de chacune des décisions judiciaires qui appliquent une norme à une situation particulière, on peut dégager une règle qui est soit énoncée de façon explicite ou qui est soit suggérée de manière implicite. Ainsi, chaque décision judiciaire comporte l'application ou l'énonciation d'une « règle ». Dans son acception commune, la notion « jurisprudence » ne vise pas à décrire cette règle que l'on trouve à l'intérieur d'une décision unique, mais cherche à désigner une norme *un peu plus large* qui engloberait la règle qui a été appliquée à l'intérieur d'un certain nombre d'arrêts. C'est le cas notamment lorsqu'une succession de décisions judiciaires porte sur une même question ou qu'elle applique des règles qui partagent certains traits communs. Le juriste français tend alors à les regrouper et à en faire une synthèse dans l'unique but d'en dégager une norme qui embrasserait l'ensemble des cas examinés. Pour ce faire, le juriste dispose de certains guides qui lui permettent d'identifier les jurisprudences établies ou constantes.

Sur le plan procédural par exemple, il existe des mécanismes de sélection des pourvois qui permettent à la Cour de cassation d'alléger le poids de son encombrement en écartant les

« cas faciles »¹³¹⁴, c'est-à-dire les pourvois dont la solution « s'impose »¹³¹⁵ eu égard à sa jurisprudence antérieure. On peut volontiers conclure que les questions de droit dont la solution *s'impose* sont résolues soit par une loi « claire » ou soit par une jurisprudence constante et établie¹³¹⁶. De plus, lors de la publication des décisions de la Cour de cassation dans le Bulletin civil, il est fréquent de trouver une mention « à rapprocher » ou « dans le même sens » à la suite de l'arrêt, ce procédé permet, entre autres, de lier les arrêts ensemble et ainsi de *construire* la solution jurisprudentielle par soi-même et sous la bénédiction de la Cour qui l'a rendue¹³¹⁷. Ainsi, dans les deux cas, les indices de l'existence d'un principe constant proviennent des principaux intéressés, c'est-à-dire de la Cour de cassation, ce qui en justifie l'utilisation.

Mais dans la plupart des cas, le processus de « découverte » d'une jurisprudence constante repose sur un raisonnement plus ou moins formel¹³¹⁸. En cette matière, on pourrait prétendre que « [t]out est écrit, sauf ce qui va de soi »¹³¹⁹, car le regroupement des arrêts est canalisé par des considérations qui sont rarement rendues explicites par ceux qui y procèdent. Si l'on suit l'opinion du professeur Atias, le juriste français pratique une méthode de sélection des décisions qui repose sur des unités épistémologiques implicites¹³²⁰, comme le temps¹³²¹, le domaine¹³²², l'espace¹³²³ et les faits¹³²⁴, etc. Sans prétendre résumer cette théorie, on peut

¹³¹⁴ Sur cette notion, voir : M. BOUDOT, *op. cit.*, note 984, aux pp. 233 et s.

¹³¹⁵ Art. L.131-6 *Code de l'organisation judiciaire*.

¹³¹⁶ En effet, le doyen Perdriau souligne que la formation restreinte permet d'écarter les pourvois qui pourraient se résoudre simplement, en appliquant une jurisprudence constante de la Cour, voir : André PERDRIAU, « Les formations restreintes de la Cour de cassation », *J.C.P.*1.3768, n° 83. Pour une analyse des effets que peuvent entraîner une telle approche, voir : M. BOUDOT, *op. cit.*, note 984, aux pp. 234-236.

¹³¹⁷ X. HENRY, *loc. cit.*, note 1044, à la p. 648.

¹³¹⁸ Pour une analyse approfondie du caractère « mythique » qu'a pu prendre la chose jurisprudentielle en droit français, voir : Christian ATIAS, *Philosophie du droit*, Coll. « Thémis Droit privé », Paris, P.U.F., 1999, aux pp. 256 et s.

¹³¹⁹ Christian ATIAS, « Épistémologie juridique descriptive et traitement de l'information juridique », *Les Annales de l'I.R.E.T.L.J.*, 1989, p. 159, à la même page.

¹³²⁰ C. ATIAS, *loc. cit.*, note 1319, à la p. 165 : il s'agit d'« unités de mesure de la pertinence des informations juridiques. Leur origine est liée à la tradition des juristes, à l'ordre savant traditionnel qui pose, dans le champ de l'ensemble des informations disponibles, des jalons permettant de ne pas étendre les investigations à l'infini; ces jalons sont déterminés par l'expérience qui montre qu'il est possible, en général sans inconvénient majeur, d'arrêter la recherche d'information à telle ou telle limite. »

¹³²¹ À partir de combien d'années une décision cesse d'être pertinente ?

¹³²² Les décisions rendues dans des domaines analogues, mais pas nécessairement sur une même question sont-elles utiles ?

relever, pour commencer, que les notions « point de droit » ou « questions de droit » sont souvent utilisées pour regrouper les arrêts. Mais l'ensemble brut que forme cette réunion d'arrêts doit être affiné par un découpage de l'espace de pertinence de ceux-ci. Interviennent alors des choix qui sont souvent camouflés ou dissimulés : va-t-on inclure un arrêt du siècle dernier (l'arrêt ancien ou vieilli) ? le contexte factuel de l'un est-il trop ambigu pour que l'on puisse l'intégrer dans une série de décisions (le cas d'espèce) ? inclura-t-on les décisions de première instance ou d'appel ? À la fin, le juriste doit avoir l'impression qu'il vient de dégager des arrêts qui partagent une trame commune assez forte pour qu'il puisse se convaincre, et convaincre la communauté à laquelle il s'adresse, de la présence d'une jurisprudence constante ayant une portée générale.

Pour illustrer ce procédé, le professeur Atias a comparé l'identification d'une jurisprudence constante à un trait rectiligne qui relierait divers points sur un tableau¹³²⁵. La comparaison vise à montrer que l'approche est critiquable, car le choix des points à relier, qui représentent les décisions judiciaires réunies en une « jurisprudence constante », « évoque certaines séries statistiques dont la neutralité est fort douteuse »¹³²⁶. Malgré ses défauts, la méthode est efficace étant donné que la classification des arrêts rétroagit sur son objet : « les juges eux-mêmes qui auront appris l'existence de cette “jurisprudence constante” auront tendance à s'y conformer et, par conséquent, à rendre leur jurisprudence constante »¹³²⁷.

Enfin, le rôle de la Cour de cassation à l'égard de la formation d'une « jurisprudence », pris dans son sens normatif, est, comme cela a été vu, capital¹³²⁸. Bien que l'on puisse imaginer

¹³²³ Les décisions rendues par des cours d'appel, donc d'une valeur locale, peuvent-elles servir pour appuyer l'existence d'une jurisprudence constante ? Une décision rendue dans un système étranger peut-elle constituer une indication de la valeur d'un raisonnement ?

¹³²⁴ Une décision rendue en première instance est-elle susceptible de souligner ou de contredire l'existence d'une jurisprudence constante ?

¹³²⁵ Cette métaphore a été défendue par des juristes anglais et américains, voir *infra* à la p. 427.

¹³²⁶ C. ATIAS, *loc. cit.*, note 1319, à la p. 171.

¹³²⁷ *Ibid.*

¹³²⁸ Sur le plan historique, sa suprématie a été constante en droit français. A. DALLOZ, *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, t. 1, Paris, 1841, par. 703 : « que c'est des arrêts d'un tribunal unique, que c'est de la cour régulatrice seule que les règles de jurisprudence doivent émaner, et non des décisions sans cesse

qu'une jurisprudence constante soit le fruit d'un travail collectif qui puisse *déborder* de la simple activité du plus haut tribunal¹³²⁹, sa véritable admission à titre de « jurisprudence » dépend de son acceptation par celui-ci. De plus, l'étude récente de M. le professeur Henry permet de constater que cette absence de valeur normative qui est attribuée à la jurisprudence d'appel se reflète dans le traitement que lui réservent les revues : seul un nombre minime d'arrêts font l'objet d'une publication¹³³⁰. Néanmoins, et comme l'ont défendu les professeurs Bories et Frison-Roche¹³³¹, les décisions des cours d'appel ne sont pas dénuées d'intérêt pour la connaissance du système juridique, elles auraient même une certaine valeur sur le plan pédagogique. Leur fonction heuristique est indéniable selon le professeur Henry, car « le contentieux des cours d'appel met en valeur la contingence des solutions, en donnant une place importante aux faits et aux considérations concrètes; ce faisant, il favorise le raisonnement analogique, la recherche des motifs soutenant la décision plutôt que la découverte d'une autorité. »¹³³² Mais leur caractère local fait en sorte qu'elles ne disposent pas des attributs nécessaires pour être considérées comme pouvant générer des règles à portée nationale¹³³³.

Outre les modalités qui permettent de dégager le contenu d'une jurisprudence, il convient d'envisager un second aspect de celle-ci, celui de l'effet qu'elle peut produire à l'intérieur de la communauté juridique.

2. La formation de la jurisprudence

Une question difficile anime la doctrine française, il s'agit de déterminer le caractère conditionnel de l'accumulation des arrêts sur l'*existence* ou sur la *constitution* d'une « jurisprudence » : celle-ci peut-elle émerger d'une décision unique ou faut-il une série de décisions ? Jusqu'au milieu du XX^e siècle, la notion « jurisprudence » était généralement

divergentes et presque sans autorité, au-delà de leur ressort, de cette foule de tribunaux qui couvrent le territoire. »

¹³²⁹ Christian ATIAS, « L'image doctrinale de la Cour de cassation », *D.*1993.chr.133, à la p. 134.

¹³³⁰ X. HENRY, *loc. cit.*, note 1044, aux pp. 664 et s.

¹³³¹ Marie-Anne FRISON-ROCHE et Serge BORIES, « La jurisprudence massive », *D.*1993.chr.287.

¹³³² X. HENRY, *loc. cit.*, note 1044, à la p. 677.

réservée à la désignation du produit normatif dégagé d'un ensemble de décisions judiciaires. Mais aujourd'hui, il faut reconnaître que les juristes admettent aisément que la jurisprudence peut émerger d'un seul arrêt, réduisant par le fait même la spécificité du phénomène jurisprudentiel en rapport avec la loi. Deux types de raisonnements ont permis de défendre cette opinion, et il convient de les aborder tour à tour.

Un premier ordre de réflexion ne s'attaque pas directement à la notion « jurisprudence » elle-même, mais elle vise à contester son mode classique de formation, c'est-à-dire par la voie d'une répétition de décisions judiciaires. En cela, les auteurs qui l'adoptèrent ont visé tout particulièrement la théorie « inductive » de la jurisprudence dans la mesure où, selon eux, la quantité d'arrêts n'influe pas sur la qualité de la norme appliquée une première fois, elle ne fait que modifier son *efficacité* ou son *effectivité*. L'idée a été exprimée par M. Hervieu (« [l']accumulation des arrêts n'ajoute rien à sa valeur et l'on doit au contraire considérer que le premier a autant de valeur que le dernier »¹³³⁴) qui s'est lui-même inspiré de l'opinion élaborée par le professeur Rials, et dont les conclusions ont été défendues par le professeur de Béchillon. Ce dernier a résumé sa position de la façon suivante :

L'entassement des précédents fournit sans doute un effet de publicité, de pérennité et surtout de stabilité à la règle, mais elle ne saurait lui conférer une normativité qui lui serait étrangère à défaut. Seuls comptent, pour l'acquisition de cette normativité, l'autorité du juge qui prononce la norme et la clarté de son énoncé; le nombre des incantations importe peu. Nul n'a besoin d'attendre une confirmation pour célébrer la naissance d'un principe général de droit lorsque le Conseil d'État le pose. En ce sens, le Pr. S. Rials a bien raison de souligner les vices d'une théorie du pouvoir normatif jurisprudentiel qui *induirait* la naissance d'une règle du nombre de ses applications. Il ne peut avoir application d'une règle si celle-ci n'existe pas encore.¹³³⁵

Cette analyse accorde par le fait même une valeur « parfaite » à la règle dès qu'elle est « clairement » énoncée une première fois par le Conseil d'État¹³³⁶. Il s'agit là, bien entendu, de

¹³³³ *Ibid.* Selon M. Henry : « La jurisprudence de la Cour de cassation est “cassante”, celle des juges du fond “collante” : elle n'oblige pas à se soumettre; elle somme de s'expliquer. » (*Id.*, p. 680).

¹³³⁴ A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 1015, à la p. 285; voir aussi, la page 283, par. 18.

¹³³⁵ Denys de BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. 117.

¹³³⁶ Ce sont les termes qu'utilise le professeur de Béchillon, voir : D. de BÉCHILLON, *op. cit.*, note 1335, à la p. 117. L'argument invoqué par les publicistes n'est toutefois pas déterminant. Si l'on devait pousser leur raisonnement jusqu'au bout, l'on devrait admettre que chacune des décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État contiendraient une véritable règle de droit. De plus, malgré l'impossibilité logique que semblent déceler ces auteurs, on pourrait très bien admettre qu'une règle puisse exister *pour un système juridique* qu'après un nombre indéterminé d'actes répétés. La coutume en est un exemple. Et l'on pourrait également

l'expression d'une conception purement formelle de la règle jurisprudentielle et il est possible qu'elle ne corresponde pas à l'opinion majoritaire des juristes de droit privé qui, elle aussi, semble admettre qu'une jurisprudence puisse émerger à la suite d'une décision unique, mais en y ajoutant quelques nuances.

La seconde conception fait dépendre l'existence d'une « jurisprudence » de l'effet réel ou appréhendé de la règle, qu'elle soit exprimée dans un arrêt isolé ou à l'intérieur d'une série d'arrêts. Cette conception serait dominante selon M. Hervieu :

La grande majorité des auteurs considère qu'il y a jurisprudence lorsque celle-ci est constante¹³³⁷, ou à tout le moins qu'il y a une répétition de décisions[. Toutefois] les mêmes auteurs indiquent que la jurisprudence peut résulter d'un seul arrêt, mais ils sont ici plus nuancés disant qu'il faudrait un arrêt de l'Assemblée plénière ou de la chambre mixte¹³³⁸ ou un arrêt de principe ou enfin simplement un arrêt de la Cour de cassation¹³³⁹.

Le fait que ces juristes admettent que la jurisprudence puisse naître à la suite d'une décision unique implique nécessairement que la quantité n'est pas un critère déterminant de celle-ci. C'est en effet le constat que pose le professeur Zenati :

une jurisprudence peut être qualifiée de constante lorsqu'elle a été formulée avec une fermeté suffisante par un juge pour qu'aucun doute n'existe quant à la conviction de ce dernier. Ce premier sens intéresse en fait essentiellement les cours suprêmes. Une jurisprudence peut aussi être qualifiée de constante quand la certitude affecte non pas la détermination du juge, mais le précédent lui-même, dans sa vocation à être contredit ou abandonné [...] [ainsi] la répétition [...] n'est pas davantage une condition de la jurisprudence constante qu'elle n'est une condition de la jurisprudence tout court.¹³⁴⁰

Pour ces juristes, l'existence d'une jurisprudence dépend donc du degré de conviction que procure l'arrêt qui l'énonce. Les critères de sélection des arrêts et la présence d'une affirmation

reprandre la métaphore du tas de blé auquel on enlève un grain, puis un autre, et encore un autre, etc. À partir d'un certain moment, il n'y a plus de tas. Mais ce seuil, qui illustre la relation entre la quantité et la qualité d'une chose, est impossible à définir. Il pourrait en aller de même pour la jurisprudence.

¹³³⁷ Il cite : Aubert, p. 156; Cornu, p. 146; Starck, p. 321.

¹³³⁸ Il cite : Aubert, n. 160.

¹³³⁹ A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 1015, à la p. 284. À l'appui de cette dernière affirmation, il cite : Cornu, p. 146; Esmein, p. 31; Ghestin, p. 353. Nos soulignements. Voir aussi : André TUNC, « La méthode en droit civil : analyse des conceptions françaises », (1975) 27 *R.I.D.C.* 817, à la p. 822 :

[d]ans l'immense majorité des cas, lorsqu'une question de droit est clairement posée à la Cour de cassation, la solution qu'elle lui donne dans un premier arrêt peut être regardée comme définitivement acquise [...] On peut se demander si, pratiquement, dans la plupart des domaines de droit, l'autorité de précédent d'une décision de la Cour de cassation, sans être aussi importante que celle d'une décision anglaise, n'est pas supérieure à celle d'une décision américaine.

de droit joueraient alors un rôle indéniable dans cette appréhension de la portée normative d'un arrêt, mais la réception de la règle par la communauté juridique constituerait un tempérament au pouvoir des juges¹³⁴¹.

Ainsi, ces opinions contradictoires s'accordent sur un point particulier, révélateur sans doute, celui qui consiste à reconnaître qu'une seule décision peut former une jurisprudence, soulignant ainsi l'influence d'une conception *légaliste* du rôle des juges. À ce titre, il est fort probable qu'au début du XX^e siècle, l'utilisation de l'expression « règle jurisprudentielle » désignait encore le résultat d'un processus inductif et se confondait avec l'expression « jurisprudence ». Par exemple, Maxime Chrétien, dans une thèse sur la règle d'origine juridictionnelle, affirme que le système juridique français connaissait seulement la règle dégagée de la masse des actes juridictionnels semblables¹³⁴² et ce, en l'opposant au système anglo-saxon et au système de l'Ancien Régime (par les arrêts de règlement)¹³⁴³ qui pouvaient prétendre contenir des règles créées par un acte juridictionnel unique. C'est que l'idée selon laquelle un seul arrêt pouvait provoquer l'émergence d'une règle n'était pas encore clairement affirmée, voire même, envisagée¹³⁴⁴. Ce n'est que plus tard, peut-être vers les années d'après-guerre, que

¹³⁴⁰ F. ZENATI, *op. cit.*, note 1012, aux pages 163-164. On pourrait contester, toutefois, l'usage du terme « jurisprudence constante » pour désigner un arrêt unique.

¹³⁴¹ Voir, entres autres : Jacques MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », dans *Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 28; Olivier DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II : « Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé », Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 349, à la p. 357; Philippe JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.1987.chr.III.11*, à la p. 15; Paul-Henri ANTONMATTEI, « Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 3, à la p. 4 : « Mais démonstration a été depuis longtemps faite que la force de la règle jurisprudentielle tient dans l'acceptation des intéressés. »

¹³⁴² Maxime CHRÉTIEN, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, thèse, Lille, 1936, aux p. 29 et s.

¹³⁴³ M. CHRÉTIEN, *op. cit.*, note 1342, à la p. 85 et s. Voir également : E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, Librairie des sciences politiques & sociales, tome premier, 1923, à la p. 18 : qui évoque la possibilité que la jurisprudence puisse avoir un effet similaire à une règle de loi, mais seulement après une suite « de décisions identiques, devinées d'avance par les intéressés en lisant les précédents ».

¹³⁴⁴ Voir, DUPIN, *op. cit.*, note 1294, à la p. 542 :

Il ne suffit pas de citer un seul arrêt pour en inférer qu'il y a jurisprudence [...] Sans doute dix arrêts uniformes ne valent pas mieux qu'un seul; mais on ne peut nier que le préjugé qui résulte d'un arrêt *solitaire* ne peut jamais être aussi fort que celui qui s'attache à une suite d'arrêts constamment rendus dans le même sens, par la même cour ou plusieurs. Le caractère propre de ce qu'il est convenu d'appeler *jurisprudence* est de reposer, non sur des exemples uniques, mais sur une continuité d'exemples uniformes.

Henri CAPITANT, « préface » de la 1^{ère} édition, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, (1934) reproduite dans la 9^e éd., François TERRÉ et Yves LEQUETTE, Paris, Dalloz, 1991, p. XIII :

la reconnaissance de l'effet normatif d'une décision unique a pu être formulée clairement par la doctrine. Avant cette reconnaissance commune, se dégageait la notion d'arrêt de principe qui, à bien des égards, semblait doté des mêmes qualités.

B. Les arrêts isolés

Les arrêts isolés sont ceux sur lesquels le juriste s'attarde le temps d'en tirer un enseignement. Ils ne peuvent pas être associés à une trame d'arrêts anonymes qui se fondent en une jurisprudence, ils doivent être examinés pour leurs qualités propres. Le plus curieux de ces arrêts, l'arrêt d'espèce, ne semble pas porteur de régularité future¹³⁴⁵ et, même si les raisons qui justifient un tel sort demeurent obscures le plus souvent, l'on ne s'y attardera pas. Les arrêts qui sont envisagés ici sont intimement associés à une juridiction précise, la Cour de cassation, et ils disposent d'un poids normatif particulier susceptible d'infléchir le droit dans une direction ou dans une autre : l'un sert de pierre de touche pour une règle de droit nouvelle et l'autre souligne le terme d'un état du droit antérieur.

[S]i, pour être un vrai juriste, il est indispensable de bien connaître la jurisprudence, il ne faut pas non plus s'incliner devant elle comme devant la loi. Sans doute, nous considérons la jurisprudence comme une source de droit, mais elle ne le devient que quand elle a été couronnée par une longue suite de décisions, et même quand elle est bien établie, elle est encore susceptible de revirements.

¹³⁴⁵ M. le professeur Zenati prétend que le cas d'espèce relèverait d'une volonté pour le juge de ne pas modifier l'état du droit avec sa décision :

Le juge sait qu'à son corps défendant il déclare le droit par la magie de l'acte juridictionnel et connaît la portée normative de ses décisions. Il peut souhaiter qu'il n'en soit tiré aucune leçon de certaines d'entre elles qui ont été rendues contre les principes ou abstraction faite de leur existence afin de satisfaire une exigence ponctuelle de justice. Il lui est alors loisible de rendre sa décision de manière à éviter qu'elle ne fasse jurisprudence, soit en dissimulant les principes qui l'ont inspirée ou en évitant de formuler des motifs de droit, soit même en énonçant de manière explicite qu'il ne doit être tiré aucun principe de sa décision.

F. ZENATI, *op. cit.*, note 1012, à la p. 164.

Voir aussi Théodore IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, t. 30, Coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », Paris, L.G.D.J., 1988, aux p. 56 et s. où l'auteur décrit les litiges « où les faits vécus par les parties sont juxtaposés et répugnent à s'investir dans un ensemble structuré » (*Id.*, p. 56).

1. L'arrêt de principe

La distinction entre les arrêts de principe et les autres arrêts plonge des racines profondes en droit français. Déjà, au milieu du XIX^e siècle, l'on peut retrouver des références doctrinales aux arrêts qui formulent des principes généraux, des arrêts à principes¹³⁴⁶. La qualité de la formulation, l'originalité de la solution et le niveau hiérarchique de l'auteur transformaient ces arrêts en véritables points de doctrine¹³⁴⁷ qui traduisaient une opinion claire sur le droit. Si l'on en croit les exégètes, c'est en cette qualité seulement qu'ils étaient reçus par la communauté juridique. En retour, leur simple présence traduit une volonté pour la Cour de cassation, celle de déclarer l'existence d'un principe juridique non prévu par un texte de loi ou de fixer le sens de l'une de ses dispositions.

L'élément particulier qui distingue un arrêt de principe des autres arrêts est certainement sa formulation. L'arrêt de principe doit contenir, avant tout, une règle énoncée clairement¹³⁴⁸. Cette dernière se situe généralement à l'intérieur d'un « chapeau » placé en tête

¹³⁴⁶ J.A. ROGRON, *Code civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence...*, 14^e éd., Paris, G^{ve} Thorel Libraire, 1850, à la p. vi où l'auteur parle des « arrêts-principes ».

¹³⁴⁷ V. -N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7^e éd., t. 1, Paris, Delamotte et fils éd., 1876, aux pp. 43-44 :

[q]uelquefois, à la vérité, le juge pose et proclame des principes *généraux*; il examine les textes de la loi, les explique, les commente et en tire des conséquences dont le caractère est la généralité [...] il donne là les raisons de la décision et non pas la décision même, les *motifs* du jugement et non pas le jugement [...] il ne juge pas encore, il dit seulement pourquoi il va juger de telle manière, il ne fait que de la doctrine; c'est encore un homme privé interprétant la loi comme le ferait l'avocat, l'écrivain, le premier citoyen venu.

¹³⁴⁸ Le raisonnement est fréquent : « La motivation évoque l'arrêt de principe ; elle est très générale et ne fait aucune concession aux circonstances [...] » : Raymond MARTIN, « La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire - Recherche archéologique », *J.C.P.*1999.I.doct.110. par. 2; Philippe JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*1989.chr.23.149, à la p. 152 : « Parfois, le Cour de cassation émet une proposition normative en tout point semblable, par son contenu, à celle qu'on pourrait trouver dans une loi : c'est le grand arrêt de principe. La norme comporte alors, comme d'habitude, un présumé et l'imputation d'une conséquence. » Dans l'ouvrage de MM. Ghestin et de Goubeaux, l'on catégorise les arrêts selon leur valeur en terme de « précédent » et l'on peut constater l'importance primordiale que peut avoir la présence ou l'absence d'un principe dans cette classification : J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, note 1065, aux pages 485 et s. Patrick MORVAN, *Le principe de droit privé*, Préface de Jean-Louis SOURIOUX, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999, aux pp.314 et s.

de l'arrêt, et il peut se rapporter ou non aux faits de l'espèce¹³⁴⁹. Un exemple récent se trouve dans un arrêt de cassation qui, dans une affaire de cautionnement, devait décider si l'usage d'un crayon, mettait en péril la validité de l'acte. On peut y lire l'attendu suivant : « Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'aucun principe ni aucun texte ne prohibe l'usage du crayon dans la rédaction d'un acte sous seing privé, la cour d'appel a violé les textes susvisés »¹³⁵⁰. Bien que ce principe représente surtout un rappel de l'état du droit¹³⁵¹, l'arrêtiste le qualifia de la façon suivante : « [l]a décision est un arrêt de principe. Pour la première fois, semble-t-il, la Cour de cassation est amenée à se prononcer sur la validité du crayon dans un acte juridique et, bien que l'affaire soit circonscrite au cas particulier du cautionnement, l'attendu décisif vise expressément tout acte sous seing privé »¹³⁵².

Si la présence d'une proposition générale est nécessaire pour qu'il y ait un « arrêt de principe », elle ne semble pas suffisante. En dépit du fait qu'il s'agit d'une catégorie d'arrêt traditionnellement tenue pour admise parmi les juristes, son contenu précis fait l'objet d'une discussion. C'est, du moins, ce qu'on peut conclure à la lecture des multiples définitions que l'on relève dans les ouvrages de doctrine. En 1926, Perreau faisait la description suivante de ces arrêts :

les arrêts de principe sont les décisions consacrant une solution pour la première fois, après examen très approfondi d'une question particulièrement importante, susceptible de nombreuses déductions ou de nature à se reproduire souvent. En fait, ils jouent le rôle de nos anciens arrêts de règlement, quoique, en dehors du litige actuel, leur autorité soit toute morale [...] Ils assurent l'uniformité et la stabilité de la jurisprudence. Pratiquement, ils émanent soit de la Cour suprême (habituellement de la Chambre civile ou des Chambres réunies), soit de toute juridiction spécialement qualifiée, à raison de son siège, pour trancher le procès débattu [...] À cause de l'importance du débat et des intentions du juge, ils sont motivés avec détails et précision.¹³⁵³

¹³⁴⁹ D'ailleurs, en vertu de l'article L. 131-2 du Code de l'organisation judiciaire, un « renvoi devant l'assemblée plénière [de la Cour de cassation] peut être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre des juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ».

¹³⁵⁰ Banque française de crédit coopératif *c/* Mme Deshoulières, Cour de cassation, ch. comm., 8 oct. 1996, *D.* 1997.1.504, note A. FAUCHON.

¹³⁵¹ Voir l'article 1322 du Code civil qui ne pose aucune condition quant à la qualité de l'objet utilisé pour la signature.

¹³⁵² Banque française de crédit coopératif *c/* Mme Deshoulières, Cour de cassation, ch. comm., 8 oct. 1996, *D.* 1997.1.504, note A. FAUCHON, p. 505.

¹³⁵³ E.-H. PERREAU, *Technique de jurisprudence en droit privé*, tome premier, Paris, Librairie des sciences politiques & sociales, 1923, à la p. 37; plus loin, à la p. 41, il ajoute : « qu'[ils] systématisent et stabilisent la

Selon le professeur Terré, cette définition paraîtrait aujourd'hui trop restrictive, car un arrêt de principe inclurait, de façon générale, « un arrêt contenant un principe d'application générale appelé à régir d'autres cas analogues »¹³⁵⁴. Il ne serait donc pas nécessaire d'ajouter les critères élaborés par Perreau, à savoir ceux de la *nouveauté* de la solution, de la *motivation détaillée* de l'arrêt ou de l'*abondance* des réflexions accumulées que sous-tendrait la solution. En retour, cette dernière opinion, bien qu'elle puisse se défendre, ne fait pas l'unanimité¹³⁵⁵. À l'image des critères élaborés par Henri Capitant pour admettre un arrêt dans *Les grands arrêts de droit civil*, certains auteurs retiennent un élément matériel ou contextuel pour ranger une décision dans la catégorie des arrêts de principe¹³⁵⁶. C'est ce qui ressort de l'étude du professeur Atias de la conception doctrinale de cette catégorie : les arrêts de principe seraient, *a priori*, des « décisions univoques, dénuées d'ambiguïté, tranchant nettement et solennellement, c'est-à-dire durablement, le débat entre deux opinions à valeurs générales, soutenues ou soutenables »¹³⁵⁷. Car cette définition implique la présence d'une controverse préalable à la décision de la Cour de cassation¹³⁵⁸.

jurisprudence par l'énonciation de règles générales soigneusement dégagées de la loi »; René Demogue souligne que c'est grâce aux arrêts de principe que la Cour de cassation parvient à « fournir une règle de droit pratique aux espèces identiques qui peuvent se présenter » (René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 220), ce qui serait le *couronnement naturel de la science juridique* (*Id.*, p. 221).

¹³⁵⁴ L'auteur ajoute : « qui se manifeste plus précisément par les arrêts de la Cour de cassation contenant un "chapeau" : immédiatement après avoir visé un texte, voire exceptionnellement sans en avoir visé aucun, la Cour de cassation annonce une telle règle dans un "attendu de principe" » : François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1998, à la p. 242, n° 224.

¹³⁵⁵ Bien qu'elle ne soit pas isolée, voir : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 1065, à la p. 486, n° 523.

¹³⁵⁶ Henri CAPITANT, « préface » de la 1^{ère} édition, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, reproduite dans la 9^e éd., François TERRÉ et Yves LEQUETTE, Paris, Dalloz, 1991, p. XIV : « Je n'ai relevé que les arrêts qui, depuis le code civil, ont mis fin à une controverse ou inauguré une nouvelle interprétation »; P. ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », (1952) 51 *R.T.D.C.* 17, à la p. 20 : « quand, sur une question vivement débattue, et spécialement une de celles que soulève l'application d'une loi nouvelle, la Cour de cassation a pris nettement position, il n'est personne qui ne considère que (sauf revirement, rare, mais non impossible), le droit est fixé »; Alain SÉRIAUX, dir., *Les commentaires des textes juridiques [.] arrêts et jugements*, Paris, Ellipses, 1997, p. 7 et s., l'auteur range les arrêts de principe à côté des arrêts de revirement, dans la catégorie des « grands arrêts » qui se distinguent en ce qu'ils « posent pour la première fois une règle juridique importante. Double importance : par leur richesse potentielle qui appelle des précisions ultérieures; par leur optique spéciale, qui tend à canaliser pour l'avenir l'ordre juridique dans une direction précise plutôt que dans une autre ».

¹³⁵⁷ Christian ATIAS, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *J.C.P.* 1984.1. 3145, n. 1. Mais l'auteur consacre son propos à relever les faiblesses de cette catégorisation. Au paragraphe 7, notamment, il en souligne le caractère trop général :

Sans prétendre résumer le débat, il se dégage des définitions étudiées l'idée selon laquelle l'arrêt de principe constituerait le point de rupture entre un état d'incertitude dans le droit à un état de certitude : il y aurait donc un avant et un après. Parfois, il cristallise une règle dont les divers éléments s'entassaient sans que l'on puisse en dégager, avec suffisamment de précision, la trame commune. Parfois, il crée de toute pièce un principe nouveau, souvent repris par la doctrine¹³⁵⁹. L'un et l'autre des cas entraîne une conviction, celle de leur stabilité, ce qui explique que la nuance entre l'effet provoqué par un seul arrêt et par une longue suite d'arrêts tendrait logiquement à s'estomper : les deux incarneraient le droit tel qu'il sera appliqué par les tribunaux. Comme l'explique le professeur Jestaz :

il n'existe aucune expression qui désigne en propre la jurisprudence d'un seul arrêt [...] c'est parce qu'une décision unique peut former une jurisprudence constante qu'il a fallu inventer la distinction entre l'arrêt de principe (porteur de constance probable) et l'arrêt d'espèce (entaché d'incertitude)¹³⁶⁰.

Par ailleurs, le passage d'un arrêt de principe à la règle jurisprudentielle se fait aisément¹³⁶¹, il suffit d'y adjoindre l'adjectif *jurisprudentiel*, tout principe étant, par définition,

Parmi ces décisions, il en est qui créent de toutes pièces un principe ignoré de la loi, comme de la jurisprudence antérieure; la doctrine a, parfois, seule montré la voie. D'autres, au contraire, fixent seulement l'interprétation d'une disposition légale à laquelle le principe se rattache, même si l'opinion inverse aurait pu aussi l'emporter. Par ailleurs, certains principes sont posés par une seule décision qui se suffit à elle-même, tandis que d'autres résulte[n]t d'une « jurisprudence constante » [...] Il peut aussi advenir que la Cour de cassation précise progressivement les conditions d'application d'un principe initialement formulé dans des termes trop généraux.

Voir aussi : Gérard CORNU, dir., *Vocabulaire juridique*, « Principe (décision de) » : « décision de justice qui tranche, en son principe, une question de droit en général controversée, qu'il s'agisse d'une interprétation de la loi ou d'une création prétorienne, qu'elle émane de la Cour de cassation ou d'une autre juridiction ».

¹³⁵⁸ L'article 131-2 du *Code de l'organisation judiciaire* utilise d'ailleurs la notion de « question de principe » dans le cadre des renvois à l'Assemblée plénière, ce qui invite à considérer ces arrêts comme des « arrêts de principe ».

¹³⁵⁹ Voir C. ATIAS, *loc. cit.*, note 1357, au par. 7. À cet égard, M. Bachellier fait une description éloquent de cet état de fait dans son article sur « L'unité de jurisprudence » tiré de *Laboratoire d'Épistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille et la Cour de cassation* (dir.), *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994, à la page 93, lorsqu'il avance que : « la discussion était ouverte avant qu'elle (Cour de cassation) n'intervienne, la solution retenue n'était peut-être pas la seule envisageable, mais une fois la solution donnée, celle-ci doit être respectée au nom de l'État de droit. »

¹³⁶⁰ Philippe JESTAZ, « sur la jurisprudence constante », dans *op. cit.*, note 1359, p. 207, à la p. 208.

¹³⁶¹ Le principe et la règle seraient confondus. Par exemple, le professeur Francescakis, dans le commentaire d'un arrêt de la Cour de cassation, affirme : « On est bien en présence d'une règle de portée générale, posée par un arrêt de principe » (Ph. FRANCESCAKIS, « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt "Simitch" de la Cour de cassation », (1985) 74 *Rev. crit. de dr.int. pri.* 244, à la p. 244) et poursuit en analysant « la règle de l'arrêt "Simitch" » (*Id.*, p. 255).

une règle dont la particularité est d'être rédigée en des termes généraux. Ce qui a pu varier, historiquement, c'est l'effet que ces derniers provoquent dans la communauté juridique. Si l'arrêt de principe peut donner l'impression qu'une nouvelle norme s'est ajoutée dans le système juridique, le prochain type d'arrêt vient plutôt lancer l'idée contraire, il s'agit de l'arrêt de revirement.

2. L'arrêt de revirement

L'arrêt de revirement est l'incarnation d'une volonté de s'écarter d'une solution antérieure généralement admise. Ce type d'arrêt, qui semble être l'apanage de la Cour de cassation, a ceci de particulier que son auteur ne présente pas sa propre solution comme si elle contredisait une règle particulière¹³⁶². Au contraire, le juge prétend plutôt décrire le droit en vigueur. Outre des cas rarissimes¹³⁶³, la qualification de ce type d'arrêt s'effectue selon deux appréciations successives faites *de l'extérieur* : la première porte sur l'état du droit antérieur et la seconde, sur le droit tel qu'exposé dans l'arrêt de revirement. Enfin, la contradiction que l'on observe entre les deux doit être assez nette pour que l'on puisse en déduire une volonté ferme de la Cour de cassation de se démarquer de l'ancienne solution. Pour cette raison, plusieurs d'entre eux sont formulés comme des arrêts de principe.

¹³⁶² Jean-Louis GOUTAL, « Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A. », (1976) 24 *Am. Jour. of Com. Law.* 43, à la p. 59 : « when the Cour de cassation makes a new point, changes the law, it does not take one more word than for a routine decision [...] the French will authoritatively assert a new rule as if it had been common knowledge for years. »

¹³⁶³ La Cour de cassation indique parfois qu'il y a des décisions « en sens contraire » dans ses bulletins, mais cette mention est peu utilisée. M. le professeur Henry, dans une étude des arrêts publiés pendant les années 1965, 1975, 1985 et 1995, a pu trouver seulement trois arrêts (en 1995) de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui ont indiqué explicitement qu'ils étaient en sens contraire de la jurisprudence antérieure, voir : X. HENRY, *loc. cit.*, note 1044, aux pp. 648-649; il ajoute : « [l']annonce des revirements ou des évolutions se coule souvent dans la formule "à rapprocher" et le besoin se fait sentir d'une expression supplémentaire [...] permettant de marquer la distance entre la décision nouvelle et la décision ancienne sans forcément affirmer globalement un sens contraire. » (*Ibid.*)

Généralement, il revient à la doctrine de qualifier un arrêt comme étant un revirement et, en ce sens, son rôle est indéniable¹³⁶⁴. D'ailleurs, on peut invoquer les propos du professeur Malaurie :

En réalité, le revirement de jurisprudence est une notion parfois plastique, supposant une prise de conscience ou une volonté. Souvent, une différence de solutions, qui n'était peut-être que distinction tenant à des différences de fait, devient revirement de jurisprudence parce que la doctrine l'a dit ; souvent, à l'inverse, ce qui n'était peut-être que revirement de jurisprudence reste sans lendemain parce que la doctrine l'a méconnu.¹³⁶⁵

Aussi, le silence stoïque observé par la Cour de cassation, au sujet de sa volonté de poursuivre ou non une jurisprudence antérieure, et leur relative rareté¹³⁶⁶ rendent périlleuse toute qualification hâtive d'un arrêt. Cette prudence est d'autant plus importante en cette matière, qu'elle entraîne une portée rétroactive à la nouvelle opinion judiciaire¹³⁶⁷. Car, en posant un principe contraire à celui qui était tenu pour acquis auparavant, la Cour modifie l'état du droit à l'égard des situations juridiques qui se sont formées ou éteintes antérieurement. Toutefois, l'admission de la portée rétroactive d'une décision implique qu'il faille adhérer « à la conception normative »¹³⁶⁸ de la jurisprudence, car « il n'y a de précédent que s'il y a un précédent à modifier »¹³⁶⁹. Ainsi, le revirement de jurisprudence a été comparé au changement de législation, une norme nouvelle se substitue à la norme ancienne. Par exemple, en matière de droit criminel, une jurisprudence « ancienne et constante [...] voula[nt] qu'un prévenu qui se déroba[it] à l'exécution d'un mandat de justice ne puisse se faire représenter pour former un

¹³⁶⁴ Pour une étude sur la genèse du concept, voir : Renaud COLSON, « Genèse du revirement de jurisprudence », [2000] 3 *R.R.J.* 991; « Une divergence de jurisprudence, un flottement de jurisprudence, et même un revirement de jurisprudence auxquels la doctrine ne s'est pas intéressée n'existent pratiquement pas » : P. MALAURIE, *loc. cit.*, note 1006, p. 89, n° 17. Peut-être cette opinion pouvait-elle se défendre au début des années 1980, mais aujourd'hui, et plus encore avec le développement des outils de recherche informatisés, elle devrait être nuancée. Le praticien, tout autant que le simple citoyen qui saura manipuler les banques de données, auront accès à l'ensemble des décisions rendues par la Cour de cassation et cette situation risque d'entraîner un double effet. D'une part, à moins qu'il soit établi une sorte d'hyperlien entre ces décisions et les articles de doctrine, ces décisions se présenteront « toutes nues »; par conséquent, le commentaire doctrinal, s'il existe, risque de n'avoir aucune portée. D'autre part, alors que seuls les spécialistes du droit peuvent prétendre qu'une décision contredit le droit antérieur, l'accès à l'ensemble des décisions judiciaires facilite l'identification d'un revirement : il n'y a qu'à constater la rupture d'une chaîne d'opinions jurisprudentielles au sein d'un même tribunal.

¹³⁶⁵ P. MALAURIE, *loc. cit.*, note 1006, à la p. 87.

¹³⁶⁶ Yves CHARTIER, *loc. cit.*, note 1015, à la p. 151 : il y aurait eu « seulement » 12 revirements pour 26 000 arrêts de la Cour de cassation en 1992.

¹³⁶⁷ Christian MOULY, « Le revirement pour l'avenir », *J.C.P.*1997.I.3776, au par.7; P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », *J.C.P.*1959.I.1467.

¹³⁶⁸ Christian MOULY, « Sur le revirement », *op. cit.*, note 1360, à la p. 143.

¹³⁶⁹ *Ibid.*

pourvoi en cassation semblait à l'abri d'un revirement » et, à la suite de critiques importantes, un « arrêt du 30 juin 1999 rendu en formation plénière de la chambre y a mis un terme »¹³⁷⁰. C'est dire que, en dehors de toute intervention législative, ce qui était interdit hier est maintenant permis¹³⁷¹.

Le revirement peut se présenter sous des formes diverses, et la difficulté liée à leur identification consiste à ne pas les confondre avec les cas de figure qui leur ressemblent. En effet, sous des dehors antinomiques, on peut se trouver en présence d'une simple précision d'un principe jurisprudentiel antérieur. L'arrêt n'en contredit pas l'esprit, mais en affine la portée¹³⁷². L'on peut trouver, ensuite, à l'autre extrémité du spectre, la contradiction flagrante entre deux normes¹³⁷³, l'une issue d'une jurisprudence constante et l'autre d'un arrêt unique. Plus brutale est la répétition d'arrêts rendus à la même occasion et sur une même question : les arrêts multiples, par leur simple nombre, enlèvent toute ambiguïté quant à leur sens. Entre ces

¹³⁷⁰ Albert MARON, Jacques-Henri ROBERT et Michel VERON, « Chronique de droit pénal et de procédure pénale », *J.C.P.*2000.I.207, p. 209.

¹³⁷¹ Selon M. Hervieu, on ne peut rattacher l'effet rétroactif de la règle jurisprudentielle à son caractère déclaratif, mais plutôt à son mode de formation : « le juge qui formule la règle va immédiatement l'appliquer ; la rétroactivité de la jurisprudence serait inhérente à son mode de formation » (André HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », [1989] 2 *R.R.J.* 257, à la p. 291).

¹³⁷² On a déploré qu'en matière de responsabilité délictuelle, les multiples précisions ont plutôt contribué à l'obscurcissement de la matière : « [En matière de responsabilité civile] [l]e droit jurisprudentiel [...] est complexe, et la cohérence douteuse... Posant un principe, la jurisprudence en limite ensuite les conséquences qui s'avèrent regrettables, en énonçant un principe nouveau, sans pour autant écarter le principe ancien par souci de continuité. La combinaison de tous ces éléments successivement dégagés n'est pas toujours facile. Le droit de la responsabilité civile est un droit savant, que les justiciables et les praticiens ont du mal à connaître » : P. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, note 1313, à la p. 30.

¹³⁷³ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, note 1313, à la p. 279. Les auteurs donnent pour exemple celui du transport bénévole où la Cour de cassation a jugé tour à tour qu'il était nécessaire, pour engager la responsabilité du transporteur, de prouver la faute de ce dernier (1928), pour ensuite retirer ce fardeau de preuve en 1968 : C.M., 20 déc. 1968, *D.*69.37, 1^{re} esp., concl. Schmelck. Une illustration récente de ce type de revirement a eu lieu dans le domaine de la responsabilité médicale. Depuis un arrêt de principe rendu en 1951 (Cass. civ., 29 mai 1951, *D.*1952.53, note Savatier), la chambre civile faisait reposer le fardeau de la preuve de défaut d'information médicale sur le demandeur, donc sur le malade. Or, en affirmant que « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation » (Cass. 1^{re} civ., 25 fév. 1997), la Cour renversait le fardeau de preuve. Sur cette question, voir : François CHABAS, « L'obligation médicale d'information en danger », *J.C.P.*2000.I.212, au par. 3 et s. Le professeur Chabas souligne également que la Cour a procédé à un revirement important sur la question du contenu de l'information qui devait être transmise. Auparavant, « le médecin était dispensé d'indiquer au patient les risques exceptionnels » (*Id.*, par. 9), mais à la suite d'un arrêt rendu le 7 octobre 1998, la 1^{re} chambre civile affirma le principe inverse que voici : « Hormis les cas d'urgence, [...] un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent

situations extrêmes, les éléments contextuels de l'arrêt et les indices que laisse la Cour de cassation de sa propre volonté prennent une grande importance. Parfois, le revirement est involontaire et fragile lorsqu'il s'agit simplement de l'oubli d'une jurisprudence antérieure, une espèce de décision rendue *per incuriam*. Dans d'autres cas, la Cour prépare la communauté juridique à une nouvelle solution, notamment lorsqu'elle critique une loi dans les Rapports annuels, ou lorsqu'elle se prononce à l'extérieur de la question précise qui lui était posée, dans un *obiter dictum*¹³⁷⁴. Le revirement, dans ces cas, n'est pas loin... Mais, le plus souvent, la méthode d'identification d'un revirement repose sur une série de critères équivoques¹³⁷⁵.

Par exemple, en voulant déterminer si un arrêt constituait un revirement important¹³⁷⁶ sur la question du caractère exonératoire de la faute de la victime en matière de responsabilité du fait des choses, un auteur s'est appuyé sur une série d'indices contradictoires. En commentant l'arrêt *Tixier*, M. Fromion-Hébrard relève que ce dernier « remplit les conditions formelles d'un arrêt de principe, à savoir que c'est un arrêt de la Cour de cassation pour violation de la loi, doté d'un chapeau explicite, promis à la publication au *Bulletin*. »¹³⁷⁷ En effet, la Cour formule l'attendu suivant : « Attendu que la faute de la victime n'exonère le gardien que si elle constitue une force majeure ». Or quelques années auparavant, et à la suite d'une controverse bien connue, la Cour de cassation avait défini autrement les conditions

qu'exceptionnellement » (*J.C.P.* 1998.II.10179, concl. Sainte-Rose et note Sargos).

¹³⁷⁴ L'arrêt qui incarne le mieux cette méthode est celui de la 1^{re} chambre civile du 20 mai 1969 : *D.* 1969.429, concl. Lindon, note Colombet; (1969) *R.T.D.C.* 544, obs. Nerson.

¹³⁷⁵ Le doyen Perdriau dans une note d'arrêt (*Sté Dream's Car et a. c. Cébé et a.*, Cass. com. 31 janv. 1995, *J.C.P.* II. 22385) fait reposer une révision d'une « doctrine sur les conditions de recevabilité du grief de dénaturation » sur trois indices qui, vraisemblablement, échapperaient au néophyte : un argument *a contrario*, selon lequel la Cour n'a pas mentionné un élément de l'affaire dans ses motifs (argument lié au contexte factuel), le fait que la chambre ait prononcé l'arrêt en formation plénière (argument du caractère solennel de l'arrêt) et un argument voulant qu'il était probable que la chambre ait voulu le rapprocher de l'opinion défendue par les autres chambres (argument de cohérence). Voir aussi les cas de contradiction flagrante et maintenus de décisions de la Cour de cassation : J. HÉRON, *loc. cit.*, note 1091, à la p. 1086 : « il arrive que l'on trouve à l'intérieur de la même chambre de la Cour de cassation des séries concomitantes d'arrêts qui ne s'accordent pas entre eux. » Parfois encore, et malgré l'importance de la question, la Cour ne procède pas en ayant recours à un « chapeau », comme cela a été fait dans l'arrêt *Blieck* : *Association des centres éducatifs du Limousin c./ Blieck*, Ass. plé. 29 mars 1991, *D.* 1991.juris.324, note Christian LARROUMET.

¹³⁷⁶ *Texier c. S.N.C.F.*, Cass. civ. 2^e ch. civ. 25 juin 1998, *J.C.P.* II.10191, note Benoît FROMION-HEBRARD.

¹³⁷⁷ B. FROMION-HEBRARD, *loc. cit.*, note 1376, à la p. 2066.

d'exonérations du gardien¹³⁷⁸. Malgré les termes clairs de l'attendu cité, il hésite à conclure à une si importante modification du droit, pourquoi ? Parce que les faits de l'espèce, conjugués avec leur appréciation par la Cour d'appel, ne donnaient pas lieu à une telle formule¹³⁷⁹, et que l'« évolution de la responsabilité civile »¹³⁸⁰ rendait hautement improbable tout retour sur l'état du droit annoncé par une lecture littérale de l'attendu étudié.

Cette dernière illustration souligne la difficulté qu'il y a de préciser la portée d'un arrêt¹³⁸¹. Les hésitations de Benoît Fromion-Hébrard dans son commentaire de l'arrêt *Texier* proviennent principalement du caractère *trop* innovateur de l'arrêt et, en dehors d'une confirmation *a posteriori* de sa portée, le juriste préfère ne pas conclure : entre deux lectures d'une décision, l'une favorisant la continuité du droit et l'autre créant une rupture, il est peut-être sage de favoriser la première¹³⁸² et d'attendre que la Cour de cassation vienne confirmer ou infirmer cette interprétation.

Ainsi, l'étape de la réception des règles jurisprudentielles permet d'en situer la portée, elle lui donne une place dans le système juridique qui n'était, une fois émise, que

¹³⁷⁸ « [A]ttendu que le gardien de la chose instrument du dommage est partiellement exonéré de sa responsabilité s'il prouve que la faute de la victime a contribué au dommage. » : Cass. 2^e ch. civ., 6 avril 1987, *J.C.P.* 1987.II.20828, note F. CHABAS, *D.* 1988, p. 32, note Christian MOULY.

¹³⁷⁹ Dans ce cas, la Cour d'appel n'avait par envisagé la possibilité d'une exonération partielle du gardien et elle s'était placé sur le terrain de la « force majeure » pour qualifier le rôle de la victime, ce qui a pour conséquence que la Cour de cassation n'a peut-être pas voulu se prononcer sur cette possibilité. L'auteur conclut donc qu'il faudrait lire l'arrêt de la façon suivante : « la faute de la victime n'exonère le gardien **entièrement** que si elle constitue une force majeure » (*Id.*, p. 2067). Cette lecture *a contrario* de la motivation s'appuie également sur « des considérations tenant à la nécessaire cohérence des solutions jurisprudentielles animant l'ensemble des régimes de responsabilité » (*Id.*, p. 2068).

¹³⁸⁰ B. FROMION-HEBRARD, *loc. cit.*, note 1376, à la p. 2067.

¹³⁸¹ La motivation des décisions de justice a déjà été dénoncée à ce sujet. Voir : A. TOUFFAIT et A. TUNC, *loc. cit.*, note 986, à la p. 494 où les auteurs soulignent la difficile compréhension des arrêts, même auprès des spécialistes de la Cour de cassation : « Parfois, le commentateur, fût-il conseiller à la Cour de cassation, croit voir des solutions opposées découler de l'emploi de la même formule » et ils citent : MAZEAUD, *Traité de responsabilité civile*, t. II, n. 1597, n. 5, p. 1653, n. 43; *JCP*, 1973.II.17450.

¹³⁸² Dans le cas de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 2 avril 1993 (*J.C.P.* 1993.II.22051, conc. M. Jeol), la Cour remettait en question l'exigence d'une preuve d'erreur dans le recours de la répétition de l'indu. La formule de l'arrêt étant elliptique (« les cotisations litigieuses n'étant pas dues, la société Jeumont-Schneider était en droit, sans être tenue à aucune autre preuve, d'en obtenir la restitution ») et les circonstances particulières de l'affaire pouvant donner lieu à deux conclusions différentes, le professeur Sériaux a préféré en limiter la portée afin d'éviter les bouleversements qu'elle pouvait entraîner en la matière, voir : Alain SÉRIAUX, « Beaucoup de bruit pour rien, brèves remarques sur un arrêt récent de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation », *D.* 1993.chr.60.229.

potentiellement la sienne. C'est dire à quel point un arrêt « nu » est difficile à appréhender. Et cette réalité se trouve exprimée également en *common law* qui, pourtant, connaît un mode reconnu d'émission des règles.

Section 2 - Réception de la common law rule

§ 1 - La publication des arrêts

Dans un système où les juges rendaient des décisions très brèves et souvent orales, le problème que posait la connaissance de la jurisprudence a longtemps préoccupé les juristes, du moins jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Ainsi, le rôle qu'ont pu jouer les divers modes de diffusion des arrêts dans l'émergence de la *common law* a fait l'objet de nombreuses études¹³⁸³ et celles-ci ont permis de cerner à quel point la fiabilité et l'exactitude des recueils de décisions faisaient l'objet d'une attention particulière, à la fois chez les rapporteurs que chez les juges¹³⁸⁴. Or, si aujourd'hui ces questions ne semblent plus évoquées, d'autres sources d'inquiétudes ont pu prendre le relais, notamment celles que l'on peut trouver à propos de la relation que devraient entretenir la publication d'un arrêt avec l'opposabilité de la *common law rule*¹³⁸⁵. Pour des raisons diverses, ce problème a été peu abordé dans l'histoire de la *common law*. En effet,

¹³⁸³ Voir : John H. BAKER, « Records, Reports and the Origins of Case-Law in England », dans John H. BAKER, dir, *Judicial Records, Law Reports and the Growth of Case Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, p. 15; C.K. ALLEN, *op. cit.*, note 1156, aux pp. 187-235; L. W. ABBOTT, *Law Reporting in England 1485-1585*, Londres, Université de Londres, 1973.

¹³⁸⁴ En effet, les juges liaient parfois l'autorité d'une décision à la réputation de son rapporteur, voir : C.K. ALLEN, *op. cit.*, note 1156, aux pp. 223. Selon Carleton Kemp Allen, la fiabilité des rapports entretenait un lien direct avec l'autorité des décisions : les décisions rapportées par Coke, qui les enrichissait des ses commentaires, sont devenues presque indispensables pour les juristes (*id.*, à la p. 223), et cela est également vrai pour celles qui ont été reprises par Plowden et par Saunders; à l'opposé, certains recueils étaient rejetés pour leur manque de fiabilité (voir : *Hamps v. Darby*, [1948] 2, K.B. 311) et Lord Mansfield refusait que l'on lui cite les décisions rapportées par Barnadiston, Bunbury et Atkins; enfin, les pires réputations suivaient les rapports de Siderfin, de Gilbert, de Keble, de Carter, de Ambler, de Comberbach et d'Espinasse (*id.*, à la p. 224). H.K. LÜCKE, *loc. cit.*, note 1236, à la p. 71. Même si la qualité et la fiabilité des rapports judiciaires semblent aujourd'hui acquises, les juristes ont accordé beaucoup d'attention à cette question. Voir l'importante étude de Paul von NESSEN, « Law Reporting : Another Case for Deregulation », (1985) 48 *M.L.R.* 412.

¹³⁸⁵ Sous la domination de la théorie stricte du *stare decisis*, les juges se sentaient liés par l'ensemble de leurs décisions antérieures, qu'elle aient été publiées ou non, voir : A. L. GOODHART, *loc. cit.*, note 1118, aux pp. 51-52.

depuis l'ère des *Year Books*, la compilation des décisions judiciaires a surtout été le fruit d'initiatives privées. Outre les cas exceptionnels que l'on connaît en droit canadien¹³⁸⁶, l'État se garde bien d'intervenir dans ce qui est considéré comme une chasse gardée de la communauté juridique. Il aurait donc été curieux que l'on puisse exiger un mode de publicité officiel des décisions. Aussi, avant que n'advienne une expansion considérable des voies de publication, il semblait exister un *modus vivendi* qui faisait en sorte que seules les décisions qui avaient une certaine valeur faisaient l'objet d'une telle diffusion, les autres étant laissées à l'abandon. Par conséquent, une bonne partie des décisions judiciaires tombait graduellement dans l'oubli, et l'on pouvait prétendre qu'il y avait là un processus naturel de sélection de la littérature judiciaire¹³⁸⁷.

Cependant, avec l'arrivée de plusieurs éditions spécialisées, qui fut suivie d'une numérisation des textes jurisprudentiels et d'une constitution de banques de données, plusieurs décisions sont devenues disponibles, et d'autres encore ont pu être ressuscitées. Certes, l'accessibilité nouvelle de la jurisprudence permet de mieux en connaître les mouvements et les tendances, elle ouvre de nouveaux champs de réflexion pour les théoriciens du droit¹³⁸⁸; par contre, elle risque d'engendrer des effets moins heureux. En réalité, les possibilités d'archivage des décisions judiciaires est si grande, que les systèmes de *common law* traversent aujourd'hui une situation qui pourrait se comparer à l'inflation législative que peuvent connaître les systèmes continentaux. C'est que les règles du *stare decisis* s'appliquent sans égard au support d'expression de l'arrêt et, par conséquent, l'accumulation des décisions accessibles risque de mener à une forme d'asphyxie du système juridique. Devant cette situation, plusieurs juridictions ont répondu à ce qui a été perçu comme une véritable menace au bon fonctionnement du processus judiciaire et, à cet égard, les réactions ont fortement varié d'un pays à l'autre : elles sont allées d'une politique officielle adoptée par les cours d'appel fédérales

¹³⁸⁶ Les décisions de la Cour suprême du Canada et de la Cour de l'Échiquier (devenue la Cour fédérale) font l'objet d'une publication officielle, voir *infra*, note 1411.

¹³⁸⁷ Tel que l'a affirmé le juge Laddie : « A poor decision of, say, a court of first instance used to be buried silently by omission from the reports. Now it may be dug up and used to support a cause of action or defence which, without its encouragement, might be allowed to die a quiet death. » : *Michaels v. Taylor Woodrow Developments Ltd.*, [2000] E.W.J. No 2153 (High Court of Justice) (Q.L.), par. 82.

¹³⁸⁸ On peut donc procéder à l'étude de la « jurisprudence massive », voir : Marie-Anne FRISON-ROCHE et Serge BORIES, « La jurisprudence massive », *D.1993.chr.287*.

américaines, qui refusent d'accorder une portée obligatoire à certaines de leurs décisions, jusqu'à une limitation des modes de citations des décisions inédites en Angleterre. Sur ce point, le droit canadien se caractérise par sa politique de laisser faire et, afin de mettre en perspective l'originalité de cette approche et des conséquences qu'elle risque d'entraîner, il est pertinent d'envisager comment et pourquoi les autres systèmes de *common law* ont réagi à cette expansion du droit jurisprudentiel.

Dès le tournant du siècle, certains juristes américains avaient déjà perçu le cauchemar que pouvait présenter l'accumulation des décisions publiées pour la connaissance du droit¹³⁸⁹. Or ce n'est qu'en 1976 que les cours d'appel ont élaboré une véritable politique visant à limiter le nombre des arrêts qui feraient « jurisprudence », répondant ainsi au problème posé par l'accumulation exponentielle des décisions que rendaient annuellement les multiples juridictions fédérales. Ainsi, dans le *Corpus Juris Secundum*¹³⁹⁰ – une espèce de compilation du droit américain – on peut lire que, dans certains États, les décisions non destinées à la publication (les *non-precedential precedents*) n'ont pas de valeur obligatoire en tant que précédents et, afin d'assurer le respect de ces règles, les juges ont posé des restrictions sévères limitant leur utilisation lors des plaidoiries¹³⁹¹. Cette mesure fut instaurée en réaction à l'utilisation croissante de décisions sans grande valeur sur le plan juridique et qui servaient surtout à illustrer l'application d'un principe généralement bien établi. Il s'agissait alors, pour les avocats, d'appuyer leurs arguments en ayant recours à une multitude de cas similaires; méthode qui exigeait des recherches fastidieuses, coûteuses pour les parties, et qui avait pour effet d'allonger la durée des débats; de plus, elle contraignait les juges à examiner un grand nombre

¹³⁸⁹ En 1915, on a pu souligner que pour cette seule année, 175 000 pages de décisions judiciaires furent publiées et ajoutées au corpus de la Bibliothèque de l'Université de Harvard : WARREN, « The Welter of Decisions », (1916) 10 *Ill. L. Rev.* 472, aux pp. 472-473.

¹³⁹⁰ St-Paul, West Publishing Co., Vol. 21, « Courts » § 165, à la p. 201.

¹³⁹¹ Lauren K. KOBEL, « The Myth of the Disposable Opinion : Unpublished Opinions and Government Litigants in the United States Court of Appeal », [1989] 87 *Mich. Law Rev.* 940; pour une description étonnante de l'inflation jurisprudentielle aux États-Unis, voir : William L. REYNOLDS et William M. RICHMAN, « The Non-Precedential Precedent – Limited Publication and No-Citation Rules in the United States Courts of Appeal », (1978) 78 *Col. L. R.* 1167, aux pp. 1168-1172. Il est intéressant de constater que ces mêmes restrictions sont prises en compte lorsqu'une décision non destinée à la publication est invoquée devant une cour canadienne : *Edmonton (City) v. Protection Mutual Ins. Co.*, (1997) 197 A.R. 81 (Alb. Cr. Q. B.), aux pp. 118 et s.; *Federal Business Development Bank v. Continental Insurance Co. et al.*, (1992) 116 A.R. 26 (Alb. Cr. Q. B.), aux pp. 29-30, au par. 19.

de décisions avant de rendre leur jugement¹³⁹². Les contraintes imposées à l'utilisation des précédents non publiés visait donc essentiellement à faciliter la tâche des avocats ainsi que celle des juges¹³⁹³. En revanche, même si elle est généralement respectée, la solution n'est pas exempte de reproches et on a pu souligner certains de ses effets pervers, dont la possibilité qu'elle puisse favoriser les avocats qui plaident fréquemment devant les tribunaux et qui, malgré les restrictions en vigueur, ont recours aux décisions qu'ils ont en réserve¹³⁹⁴. Toutefois, le caractère pressant d'une forme de contrôle de l'évolution jurisprudentielle est habituellement reconnu¹³⁹⁵ et c'est d'ailleurs l'une des raisons qui expliquent qu'une mesure similaire a été adoptée en droit anglais.

En effet, c'est lorsque la Chambre des Lords a désavoué le réflexe qu'avaient certains avocats de vouloir invoquer une multitude d'arrêts non publiés qu'elle a cru utile d'élaborer une directive limitant leur citation. Dans l'affaire *Roberts Petroleum Ltd. v. Bernard Kenny Ltd. (in liquidation)*¹³⁹⁶, la Chambre des Lords a unanimement décidé qu'elle refuserait dorénavant que l'on invoque des décisions non publiées de la Cour d'appel, sauf si le procureur obtient une permission par voie de requête¹³⁹⁷. Appuyé par l'ensemble de la Chambre, Lord Diplock a précisé qu'une telle demande serait accordée à la seule condition que l'arrêt en question pose un principe de droit qui ne se trouve pas déjà énoncé dans une décision publiée¹³⁹⁸. De toute

¹³⁹² Les juges américains ont tendance à appuyer leurs décisions sur un nombre important d'arrêts, voir : Jean-Louis GOUTAL, « Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A. », (1976) 24 *Am. Jour. of Com. Law* 43, à la p. 53.

¹³⁹³ L. K. KOBEL, *loc. cit.*, note 1391, à la p. 942.

¹³⁹⁴ L. K. KOBEL, *loc. cit.*, note 1391, à la p. 955 : l'attrait du précédent inédit étant, semble-t-il, plus fort que le besoin d'observer l'interdiction.

¹³⁹⁵ Selon M^{me} Horton, les désavantages du système antérieur sont largement compensés par la réduction de la charge de travail des juges que la nouvelle pratique a pu entraîner : Elizabeth M. HORTON, « Selective Publication and the Authority of Precedent in the United States Courts of Appeal », (1995) 42 *U.C.L.A. Law Rev.* 1691.

¹³⁹⁶ [1983] 1 All.E.R 564 (Ch. des L.).

¹³⁹⁷ Paradoxalement, dans la vingtaine d'années qui a précédé cet arrêt, la Chambre des Lords avait cité une soixantaine de décisions non publiées : Walter MERRICKS, « Unreported Cases : The Judges Squeal », (1983) 133 *N.L.J.* 144, tel que cité dans : Patrick H. GLENN, « The Use of Computers : Quantitative Case Law Analysis in the Civil and Common Law », (1987) 36 *International and Comparative Law Quarterly* 362, à la p. 365.

¹³⁹⁸ Plus exactement, il s'agissait d'exclure l'utilisation de notes manuscrites des juges à la Cour d'appel qui reproduisaient des décisions rendues oralement et qui avaient été archivées depuis 1951. Voyant là une source de plusieurs arguments, les avocats y avaient souvent recours, et dans ce cas particulier, ils étaient particulièrement mal reçus, dans la mesure où elles étaient de peu d'intérêt, les principes qu'elles énonçaient étant déjà forts connus.

évidence, les inconvénients liés à l'utilisation abusive d'arrêts inédits ne sont pas circonscrits aux seules plaidoiries qu'entendait la plus haute cour, car la même directive fut énoncée par la Cour d'appel à l'intérieur d'un arrêt¹³⁹⁹, puis elle fut réitérée récemment dans une règle de pratique portant sur la citation des décisions inédites¹⁴⁰⁰. En étudiant les mesures prises par les juges anglais, on peut constater que leurs principales source d'irritation proviennent du fait que, le plus souvent, les arrêts non rapportés sont d'un intérêt limité et qu'ils servent surtout une fin rhétorique, vu qu'ils sont cités pour illustrer des principes déjà connus ou pour invoquer des propositions de droit prises isolément de leur contexte.

Il est probable que la résurgence de ces décisions inédites, ainsi que les réponses qu'elle a provoquées, soient intimement liées à l'arrivée des banques de données informatisées¹⁴⁰¹. Pour souligner l'influence qu'elles ont pu avoir dans la méthodologie juridique, on peut rapporter les principales récriminations qu'a exprimées récemment le juge Laddie de la *High Court of Justice - Chancery Division* à leur égard¹⁴⁰². L'une des plus importantes est sans doute celle liée à l'absence d'esprit critique que peuvent avoir les avocats lorsqu'ils ont recours à des précédents judiciaires : ils invoquent l'ensemble des décisions présentant une similarité factuelle quelconque, même si elles n'ont pas été rédigées dans le but de poser un principe juridique¹⁴⁰³. De plus, le juge Laddie rappelle que, par la simple abondance des décisions, un système juridique fondé sur l'autorité des précédents risque d'être *submergé* de références jurisprudentielles obligatoires, mais de peu d'intérêt. Un jour ou l'autre, prévient-il,

¹³⁹⁹ *Stanley v. International Harvester*, (1983) *Times* feb. 7 (C.A.), voir l'opinion de Sir John Donaldson.

¹⁴⁰⁰ *Practice Statement (Court of appeal: Authorities)*, [1996] 1 W.L.R. 854, à l'article 3 : « Leave to cite unreported cases will not usually be granted unless counsel are able to assure their court that the transcript in question contains a relevant statement of legal principle not found in reported authority and that the authority is not cited because of the phraseology used or as an illustration of the application of an established principle. » Voir aussi : *Practice Direction (Court of Appeal: Citation of Authority)*, [1995] 1 W.L.R. 1096. Cette directive vise à établir un ordre de priorité dans l'utilisation des éditions diverses où se trouvent les décisions publiées. Les plus importantes, celles publiées par le *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*, c'est-à-dire les *Law Reports* (qui regroupent les décisions pertinentes des sources suivantes : Queen's Bench Division, Appeal Cases, Probate Division, Chancery Division), sont les plus fiables et les juges semblent les préférer, car elles contiennent également les arguments qui ont été plaidés par les avocats.

¹⁴⁰¹ En 1983, le fournisseur d'accès aux banques de données LEXIS rendait disponible environ 3000 décisions, alors que les éditeurs spécialisés en publiaient le tiers et que les recueils à vocation générale, c'est-à-dire les *All England Reports* et les *Weekly Law Reports* en retenaient que 350 : W. MERRICKS, *loc. cit.*, note 1397.

¹⁴⁰² *Michaels v. Taylor Woodrow Developments Ltd.*, [2000] E.W.J. No 2153 (Q.L.) (décision non publiée : bien entendu, l'interdiction de citer de telles décisions ne s'étend pas aux travaux universitaires).

¹⁴⁰³ *Michaels v. Taylor Woodrow Developments Ltd.*, précitée, note 1402, au par. 82.

« [traduction] il faudra s'attaquer à ce problème si l'on ne veut pas que la facilité d'accès aux décisions ne vienne engorger le système »¹⁴⁰⁴. Rédigée alors même que la Chambre des Lords et la Cour d'appel avaient adopté les règles de pratique décrites ci-dessus, mesures dont il souligne l'inefficacité pour les tribunaux inférieurs¹⁴⁰⁵, cette mise en garde reflète l'inquiétude que pose l'utilisation des décisions non publiées. Par conséquent, lorsqu'on constate le malaise qui frappe les juristes des autres systèmes de *common law*, il est surprenant d'observer qu'on n'en trouve aucun écho en droit canadien.

La passivité des juristes canadiens est d'autant plus étonnante qu'ils sont confrontés à un problème similaire à celui qu'ont connu les systèmes juridiques anglais et américain¹⁴⁰⁶. D'une part, on a pu assister à une multiplication des recueils spécialisés, ce qui a entraîné une augmentation substantielle des décisions rapportées¹⁴⁰⁷. Le contraste est frappant : il y a une cinquantaine d'années, le juriste qui voulait connaître les décisions importantes se référait principalement aux *Dominion Law Reports*, aux *Western Weekly Reports* ou aux *Ontario Reports*; tandis qu'aujourd'hui, une quarantaine de rapports judiciaires différents sont apparus, chacun couvrant un secteur du droit¹⁴⁰⁸. D'autre part, les serveurs juridiques hébergeant

¹⁴⁰⁴ « [Version originale] Sooner rather than later this problem must be tackled if the increasing ease which prior decisions can be accessed is not going to choke the system. » : *Michaels v. Taylor Woodrow Developments Ltd*, précitée, note 1402, au par. 90.

¹⁴⁰⁵ Le juge Laddie critique l'inefficacité de la solution élaborée par la Chambre des Lords et par la Cour d'appel pour les raisons suivantes : d'une part, l'explosion de recueils spécialisés reflète la volonté des éditeurs d'offrir un accès plus large aux décisions, quel que soit leur qualité, et, d'autre part, il est peu probable qu'un juge de première instance refuse qu'on lui présente une décision non publiée qui aurait été rendue par la Cour d'appel; le principe serait alors utile seulement auprès des juridictions d'appel. Voir : *Michaels v. Taylor Woodrow Developments Ltd*, précitée, note 1402, au par. 90.

¹⁴⁰⁶ Pour une analyse critique de l'état des recueils d'arrêts en droit québécois, voir : Adrian POPOVICI, « Notes sur l'état inadéquat des recueils de jurisprudence au Québec », (1972) 32 *R. du B.* 82.

¹⁴⁰⁷ Outre les maisons d'édition qui se partagent le marché québécois, il existe trois grands éditeurs d'ouvrages juridiques en droit canadien : Carswell Legal Publications, Canada Law Books et Butterworths Law Publishers. Les domaines de spécialisation des différents recueils sont variés, et ceux-ci comprennent, à titre d'exemple, le droit criminel, le droit de la famille, le droit immobilier, les assurances, la responsabilité civile non-contractuelle (les *torts*), le droit du travail, l'immigration et les libertés publiques, voir : Paul T. MURPHY, « The Role of Publishing Houses in Developing Legal Research and Publication in Canada », dans *Contemporary Law/Droit contemporain*, Cowansville, Yvons Blais, 1990, p. 732, à la p. 738.

¹⁴⁰⁸ Morris C. SCHUMIATCHER, « The Supreme Court and the Oral Tradition », [1980] 1 *Sup. Ct. L. Rev.* 479, à la p. 480. Par exemple, M. Getz a souligné que pour l'année 1977, environ 350 décisions provenant de la Province de la Colombie-Britannique seront mises à la disposition du public, alors que les *All England Reports*, censés retenir les décisions importantes de l'ensemble du droit anglais, en comptent le même nombre pour cette seule année : Leon GETZ, « The State of Law Reporting in Canada », (1979) 37 *The Advocate* 243. Le titre de l'article dépasse quelque peu le cadre de ses recherches.

diverses banques de données informatisées, comme Quicklaw¹⁴⁰⁹ ou S.O.Q.U.I.J.¹⁴¹⁰, ont pu archiver la quasi-totalité des décisions motivées de l'ensemble des cours d'appel et un nombre faramineux de décisions des tribunaux de première instance. En ce qui a trait aux décisions des tribunaux fédéraux, c'est-à-dire celles de la Cour suprême et de la Cour fédérale, la situation est différente dans la mesure où la publication est régie par leur loi constitutive, ce qui a limité, historiquement, le nombre de décisions inédites¹⁴¹¹. Par conséquent, le juriste canadien, comme ses homologues des autres pays de *common law*, est confronté à une quantité importante de décisions judiciaires qui risquent de saturer le droit jurisprudentiel de règles obligatoires. Cependant, à la différence de ses confrères, il ne peut en écarter aucune au motif qu'elles n'ont pas été publiées sur un support papier¹⁴¹², comme l'ont décidé les juges anglais, ou qu'elles n'auraient pas de valeur à titre de précédent, tels que l'ont prévu les cours d'appel fédérales aux États-Unis.

Ainsi, lorsque le juge canadien est confronté à une décision inédite, il ne peut pas s'en dégager pour ce seul motif¹⁴¹³. Malgré le caractère quelque peu catégorique du principe, il

¹⁴⁰⁹ De la compagnie QL Systems Ltd. Ce serveur juridique donne un accès à plus de deux cents banques de données différentes !

¹⁴¹⁰ Société québécoise d'information juridique. Cette société fut créée en 1974 en vertu de la *Loi sur la société québécoise d'information juridique*, L.R.Q., ch. S-20. Ce serveur héberge, entre autres, l'intégralité des décisions de la Cour d'appel du Québec et de la Cour suprême du Canada.

¹⁴¹¹ Jules LARIVIÈRE, « La publication des décisions des tribunaux fédéraux canadien : un aperçu historique », (1995) 20 *Bib. de droit can.* 12. L'ensemble des décisions du Comité judiciaire du Conseil privé pour les années 1807 à 1913 ont été publiées dans une collection de 24 volumes intitulée : *Canadian Reports, Appeal Cases and Index 1828-1913*, Toronto, Arthur Poole; et repris par la maison d'édition Carswell, 1910-1926, 24 vols. En vertu de leur loi constitutive, les décisions de la Cour suprême du Canada et de la Cour de l'Échiquier (devenue la Cour fédérale) devaient être publiées, voir : *Acte de la Cour suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, c. 11, art. 73. Mais, jusqu'en 1975, « on ne publiait pas toutes les décisions de la Cour suprême » (*Id.*, p. 13). À l'égard des décisions de la Cour fédérale et de la Cour de l'Échiquier, l'obligation a été atténuée par la *Loi sur la Cour fédérale*, L.C. 1970-71-72, c. 1, art. 58 par. (4), où l'on précise que doivent être retenues les « [décisions] qui, de l'avis du rédacteur, ont une importance ou un intérêt suffisant pour qu'il y ait lieu de les publier ». Elles sont donc également accessibles par des banques de données privées ou par Internet, voir le site : <<http://www.droit.umontreal.ca/>>.

¹⁴¹² La seule directive que l'on ait pu trouver sur cette question est celle de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui prévoit une obligation de divulgation à la partie adverse des décisions non publiées : « Memorandum from Chief Justice Nemetz », (1978) 36 *The Advocate* 475.

¹⁴¹³ En droit anglais, la Cour d'appel s'est déjà considérée liée par une de ses anciennes décisions non publiée; le principe du caractère contraignant d'une telle décision était vraisemblablement admis, car bien que celle-ci soit passée inaperçue pendant quinze ans, le juge Evershed ne remet aucunement en question son caractère obligatoire : *Gibson v. South American Stores*, [1950] 1 Ch. 177 (C.A.), à la p. 197. Dans une autre décision, la Cour d'appel s'était déclarée liée par une décision non publiée de la Chambre des Lords qui avait été rendue en

convient d'admettre qu'en ce qui a trait aux décisions de la Cour suprême et, dans une moindre mesure, à celles des cours d'appel, la chose est relativement rare. En fait, cette hypothèse survient surtout au niveau des cours inférieures qui se voient opposer des décisions des Cours supérieures. Et bien que les exemples concrets d'une telle situation soient difficiles à identifier, on a pu trouver quelque cas où les juges étaient confrontés à une décision non publiée, et ceux-ci se sont tous¹⁴¹⁴ considérés liés sans même discuter la légitimité d'une telle obligation¹⁴¹⁵. Pourtant, un juge pourrait très bien favoriser les décisions publiées lorsqu'elles entrent en contradiction avec celles qui ne le sont pas ou décider d'accorder une simple valeur persuasive à ces dernières¹⁴¹⁶. Mais les juges canadiens ont préféré maintenir une valeur égale à l'ensemble des décisions, qu'elles soient connues ou inconnues.

Un autre aspect que l'on peut regretter en droit canadien est que l'absence de discussion sur la valeur des décisions non publiées soit accompagnée d'un principe comme celui qui accorde un caractère contraignant aux *obiter dicta*. La conjugaison des deux orientations de la méthodologie juridique canadienne risque d'influer sur la démarche des juristes lorsqu'ils procèdent à des recherches. Le fait d'accorder une valeur obligatoire à des propositions de droit, qu'elles soient publiées ou non, qu'elles soient essentielles ou non à la résolution du

1829 : *Hillas & Co., Ltd. v. Arcos, Ltd.*, (1931) 36 Comm. Cass. 353, telle que citée dans A. H. GOODHART, *loc. cit.*, note 1118, à la p. 55.

¹⁴¹⁴ Un juge a toutefois clairement déconseillé de suivre aveuglément de telles décisions : *Madden v. Madden*, [1947] O.W.N. 746 (H.C.O.), à la p. 748 : « In *Stonkus v. Stonkus* [...] the learned Master appears to have been of the opinion that he could not order particulars for the purpose of pleading, and that he was bound by two unreported decisions. No reasons were given in the unreported decisions, and they very possibly turned upon the particular facts of the particular cases, which facts are not before me. It is unsafe and unwise to rely upon unreported decisions, and I propose to decide this motion without reference to them. »

¹⁴¹⁵ *Richards v. Richards*, [1982] B.C.J. No. 1395 (Q.L.) (B.C.S.C.), au par. 5; *R. v. Pizzurro*, (1986) 24 C.R.R. 292 (Ont. Dist. Ct.), à la p. 295; *R. v. Blundon*, (1987) 63 Nfld & P.E.I. 253 (Nfld. Sup. Ct.), à la p. 258, par. 32 : « Accordingly the ratio decidendi of the decisions of the majority of the Court of Appeal in *Hart* [unreported], the unanimous Court of Appeal in *Maher* [unreported] and *Goodridge, J.* [...] in *White* [unreported] are binding on the Provincial Courts of this province and so I find. »; *R. v. Daniels*, (1994) 146 A.R. 383 (Alb. P. Ct.), à la p. 386 où le juge préfère suivre deux décisions inédites de la Cour d'appel de l'Alberta, datant respectivement de 1983 et de 1975, plutôt que de suivre une décision rendue récemment par l'un de ses collègues; *R. v. Poretta*, (1995) 15 M.V.R. (3d) 289 (Ont. Ct. Gen. Div.), à la p. 294, par. 12 : « The appellant relies on the case [...] unreported [...] of the Ontario Court (General Division). It is binding upon the trial court in this case. »; *Clarington (Municipality) v. Valliere*, (1996) 31 M.P.L.R. (2d) 69 (Ont. Ct. Prov. Div.), à la p. 81. Sur cette question, voir : C. BOURBONNAIS-HYDE, *loc. cit.*, note 1205, à la p. 102.

¹⁴¹⁶ Ce type de discrimination serait particulièrement légitime à l'égard des décisions publiées des tribunaux fédéraux (la Cour appel fédérale et la Cour fédérale), celles-ci faisant l'objet d'une sélection en fonction de critères qualitatifs, voir *supra*, note 1411.

litige, incite le juriste à trouver des formules au moyen de banques informatisées, pour ensuite les citer hors contexte¹⁴¹⁷. Cette méthode est condamnable, car, tel que l'a rappelé la Cour suprême : « un choix d'extraits de motifs n'a aucune force indépendante à moins de tenir compte des points en litige et du contexte de ces extraits. »¹⁴¹⁸ Et si, *de lege ferenda*, le problème que pose l'accumulation des arrêts devait être abordé en droit canadien, il ne devrait pas seulement se limiter à l'utilisation des outils de recherches informatisés vu que la publication massive des décisions judiciaires, sans véritable esprit de sélection, soulève le même type de difficultés; pour cette raison, la solution américaine serait peut-être préférable à la celle qui a été retenue en droit anglais¹⁴¹⁹.

À cette présentation aux accents pessimistes, il est important de souligner, par contre, que certains auteurs ont relativisé le problème posé par l'émergence d'outils de recherche informatisés¹⁴²⁰ en relevant que la quantité d'arrêts mis en mémoire risque de diluer leur influence. De la même manière, on pourrait faire valoir que, sur un plan concret, les conséquences liées à la non-publication sont minimales pour les praticiens. En effet, la responsabilité professionnelle d'un avocat ne serait vraisemblablement pas engagée s'il omettait de tenir compte de l'existence d'une décision inédite. À cet égard, les juges de *common law* ont adopté une attitude souple à propos du degré de connaissance du droit que doit posséder un juriste avant que soit engagée sa responsabilité professionnelle : à moins d'avoir commis une faute lourde (*crassa negligentia* ou *gross negligence*¹⁴²¹), l'avocat ne sera pas tenu responsable d'avoir ignoré une décision contraire à l'état du droit généralement admis¹⁴²². Enfin, aux

¹⁴¹⁷ C'est d'ailleurs un des reproches qui a été expressément formulé par la Cour d'appel anglaise, voir la *Practice Statement (Court of appeal : Authorities)*, précitée, note 1400, à l'article 3 : « Leave to cite unreported cases will not usually be granted unless counsel are able to assure their court that the transcript in question contains a relevant statement of legal principle not found in reported authority and that the authority is not cited because of the phraseology used [...] » (nos soulignements).

¹⁴¹⁸ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la p. 783.

¹⁴¹⁹ Un exemple d'une mesure similaire, mais réservée aux décisions de la Cour canadienne de l'impôt : « [l]es jugements rendus sur les appels visés à l'article 18 de constituent pas des précédents jurisprudentiels » (*Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. 1985, c. T-2, art. 18.28).

¹⁴²⁰ P. H. GLENN, *loc. cit.*, note 1397, à la p. 365; M. le professeur Glenn aborde la question sans s'interroger spécifiquement sur le droit canadien; Christian BOURBONNAIS HYDE, « Le précédent : de force morale à méthode administrative », (1992) 24 *Ott. L. R.* 463, à la p. 490.

¹⁴²¹ *Blair v. The Assets Company*, [1896] A.C. 409; *Purves v. Handell*, (1845) 12 Cl. & F. 91, à la p. 102.

¹⁴²² Un exemple de grossière négligence : *Duckett Estate v. Ouden*, (1991) 7 C.P.C. (3d) 107. L'avocat doit connaître le « droit applicable », à savoir les règles et les principes qui régissent les différents domaines du

difficultés que peut engendrer la mise en mémoire des décisions judiciaires, on peut opposer la permanence de certaines méthodes qui, malgré l'évolution décrite plus haut, semblent toujours fortement implantées en droit canadien et dont la fonction première est de contrôler la mise en oeuvre des *common law rules*, voire de les sélectionner.

§ 2 - Le traitement des arrêts

Un élément qui distingue la *common law rule* de la règle légale se trouve dans le degré de manipulation qu'elle aura à subir auprès des juges. Si ceux-ci admettent aujourd'hui, du bout des lèvres certes, qu'ils jouent parfois un rôle important dans le processus d'interprétation des lois, jamais ils n'oseraient procéder à leur reformulation comme ils le font à l'égard d'une règle de *common law*. En effet, parce que cette règle ne bénéficie pas d'un support d'expression déterminé, le juge doit toujours extraire par lui-même le principe énoncé dans une décision obligatoire, pour ensuite livrer sa propre version de l'état du droit. Et cette activité n'est pas sans avoir des répercussions sur l'expression de la règle de *common law*, car la nouvelle rédaction de celle-ci s'insère dans une décision qui sera considérée par les juges qui auront à traiter de la même question, elle est donc susceptible de diriger son évolution. Lorsqu'il a exposé la métaphore des juges en tant qu'écrivains, le professeur Dworkin¹⁴²³ visait justement à saisir cette réalité : quand ils participent à la mise en oeuvre du droit jurisprudentiel et qu'ils tentent de le décrire, les juges composent une oeuvre collective qui s'apparente à un roman. Pour ce faire, ils rédigent chacun un chapitre, l'un à la suite de l'autre, et, tentant de s'inspirer de ce que leurs prédécesseurs ont écrit, ils essaient de composer la plus belle histoire possible.

droit, voir : *Brenner v. Gregory*, [1973] 1 O.R. 252 (Ont. High Court) : « In an action against the solicitor for negligence it is not enough to say that he has made an error of judgement or shown ignorance of some particular part of the law, but he will be liable in damages if his error or ignorance was such that an ordinarily competent solicitor would have not made or shown it : *Aaroe and Aaroe v. Seymour et al.*, [1956] O.R. 736 ». L'avocat peut justifier son omission s'il démontre que son conseil était conforme à la pratique généralement adoptée : *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, [1957] 1 W.L.R. 582, 587. En fait, l'ignorance du droit a déjà été présentée comme un mal nécessaire : « No attorney is bound to know all the law; God forbid that it should be imagined that an attorney, or counsel, or even a judge is bound to know all the law » : Juge Abbott dans *Montriou v. Jefferys*, (1825) 2 C. & P. 113.

¹⁴²³ Ronald DWORKIN, « La chaîne du droit », (1985) 1 *Droit et Société* 51.

Ainsi en va-t-il des règles créées par les juges. Tels les personnages et les intrigues dans un roman, l'évolution des règles correspond souvent à l'appréciation qu'en feront les juges chargés de les appliquer. Certaines *common law rules* voient leurs tournures modifiées, précisées ou généralisées. D'autres connaissent des sorts plus tragiques : parce qu'elles ont été élaborées afin de régler une situation précise, elles sont ignorées ou écartées sous prétexte qu'une distinction leur enlève toute pertinence. À la fin, même si les juges prétendent participer à une même trame romanesque, le processus de réécriture des règles et leur traitements successifs finissent par agir directement sur le cours de celles-ci. Selon le professeur Linden, le succès ou la disparition graduelle d'une règle dépend, entre autres, de l'évaluation de son bien-fondé par les juges qui auront à l'appliquer :

One of the delightful aspects of the common law is how decisions of courts which are sound and well-expressed are enthusiastically followed, whereas those which are confusing and badly reasoned tend to fall by the wayside.¹⁴²⁴

Par conséquent, les *common lawyers* admettent aisément que le traitement ultérieur d'une décision influe sur l'expression voire même sur l'effectivité de la règle de *common law*; et cette action est telle que certains auteurs ont déduit qu'elle savait directement le principe du *stare decisis*¹⁴²⁵. À tout le moins, cette observation traduit le rôle actif que prennent les juges dans l'élaboration des *common law rules* et, tel que le laisse entendre le professeur Linden, deux types de manipulations peuvent marquer la mise en oeuvre de la règle : l'une agit sur la règle elle-même, et peut généraliser ou préciser les termes qui l'expriment, tandis l'autre ne modifie pas la teneur de la règle, mais elle en contourne l'application, réduisant ainsi la portée d'une décision initiale; elles seront envisagées tour à tour.

¹⁴²⁴ Allen LINDEN, « The Supreme Court of Canada and Canadian Tort Law », conférence rapportée dans *Taking Law Reform Seriously/Selected addresses by Allen Linden*, Commission de réforme du droit, 1986, p. 611, à la p. 620.

¹⁴²⁵ Voir R. A. SAMEK, *loc. cit.*, note 1119, à la p. 441 : « To admit that the binding *ratio* of a case may vary with subsequent judicial interpretations is to admit that cases do not have a binding *ratio* ». Or, on pourrait critiquer ce raisonnement, car le professeur Samek semble confondre deux ordres de discours ou deux niveaux de langage. Le premier est prescriptif, et il pose l'obligation de suivre la *ratio decidendi* d'un arrêt obligatoire; le second est descriptif, et il consiste à admettre que la détermination de celle-ci est souvent difficile, voire intrinsèquement subjective. L'un ne contredit pas l'autre. On pourrait faire une analogie avec les règles législatives : on doit respecter les lois, mais on reconnaît que la détermination de leur signification est subjective.

A. Le processus d'agglomération des arrêts

La caractéristique foncièrement indéterminée de ce qu'il convient d'appeler la *ratio decidendi* d'un arrêt constitue l'un des aspects de la méthodologie de la *common law* qui permet d'expliquer le plus clairement la malléabilité intrinsèque des règles élaborées par les tribunaux. En effet, il n'est pas abusif de prétendre que celui qui dégage cet élément obligatoire d'un arrêt procède en fait à sa reconstruction et en devient le coauteur : selon que l'on s'attarde à tel fait pertinent décrit dans l'arrêt antérieur ou que l'on insiste sur telle proposition de droit formulée par l'un des juges, la *ratio decidendi* s'en trouvera légèrement modifiée¹⁴²⁶. Or lorsqu'un juge applique la *ratio decidendi* tirée d'un arrêt antérieur à une situation nouvelle, son action n'est pas simplement mécanique¹⁴²⁷. En exprimant sa propre conception de la règle antérieure, il formule une opinion qui sera prise en compte par les juges subséquents lorsqu'ils auront à appliquer à leur tour la même *ratio decidendi*. Ainsi, l'application répétée d'une règle de *common law* dirige graduellement sa progression; et ce phénomène, admis et accepté par les juges, correspond au processus souple et progressif d'évolution des règles (*incremental approach*)¹⁴²⁸ décrit par M^{me} le juge McLachlin de la Cour suprême :

En général, le pouvoir judiciaire est tenu d'appliquer les règles de droit formulées dans les textes législatifs et la jurisprudence. Avec le temps, le droit relatif à un domaine donné peut changer, mais cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles.¹⁴²⁹

¹⁴²⁶ « Rule statements in case law are derived by focusing upon parts of comparatively lengthy judgements delivered in the courts. They may indeed eventually be reduced to more concise, statute-like statements – a job for academic experts. But in their raw condition, judgements are chameleons. It is impossible to know in advance of many further cases and judgements which constituents of a formative judgement or set of judgements will emerge as important or in what way they will operate (although with sufficient expertise and experience it may often be possible to predict. » : Kenneth WARNER, « Changing Fact-Formation in Legal Rule Structures : On the Nature of Common Law Development », (1995) *Am. J. of Jur.* 347, à la p. 351.

¹⁴²⁷ Gordon BALE, « Casting Off the Mooring Ropes of Binding Precedent », [1980] 58 *R. du B. can.* 256, à la p. 259 : « Law-making is certainly not restricted to the overruling of a precedent. Law-making occurs when a precedent is distinguished and also when a precedent is followed. Some of the most significant law-making has occurred by courts purporting simply to follow *Donoghue v. Stevenson* but in fact extending and expanding tort law in the most profound way. »

¹⁴²⁸ C'est la terminologie qui a été employée par M^{me} le juge McLachlin dans *C.N. c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, à la p. 1049; et, à la p. 1148, elle décrit ainsi ce processus: « L'approche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops* est tout à fait différente. La Cour n'a pas tenté de formuler une règle exhaustive prévoyant dans quels cas on pourrait obtenir des dommages-intérêts pour la perte purement économique découlant d'une négligence. Elle est partie du principe selon lequel l'indemnisation de la perte purement économique n'est possible que dans certains cas seulement. »

¹⁴²⁹ *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à la p. 760, j. McLachlin au nom de la Cour.

Cette façon de concevoir le mode graduel de création du droit peut être illustrée par la méthodologie qui fut adoptée en matière de délit (*tort*), et plus précisément dans le cadre du délit de négligence (*tort of negligence*). Afin de faire valoir cette action, les tribunaux de *common law* exigent du demandeur qu'il établisse que la partie défenderesse ait un devoir de prudence à son égard. Or les types de relations qui entraînent cette obligation ne sont pas limitées par des catégories fermées; au contraire, depuis l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*¹⁴³⁰, les tribunaux ont sensiblement étendu la portée du délit de négligence en évaluant les relations juridiques selon des critères qui furent précisés par la Cour suprême, dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*¹⁴³¹ :

1) y'a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [...] pour que le[] [défendeur] ai[t] pu raisonnablement prévoir que [son] manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause ? Dans l'affirmative [critère de proximité et de prévisibilité]

2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu ?¹⁴³²

Plutôt que de cerner le plus strictement possible l'ensemble des situations susceptibles d'engendrer un devoir de prudence, la Cour suprême a délégué aux juges de première instance le soin d'apprécier l'existence de cette obligation en s'appuyant sur des principes souples¹⁴³³. Or lorsqu'un tribunal reconnaît ou rejette l'obligation de diligence pour une relation d'un type particulier, la décision a valeur de précédent pour les cas similaires. Ainsi, la répercussion inévitable qu'engendre tout jugement doit, selon le juge Cory, être prise en compte par le tribunal :

Lorsqu'il est appelé à déterminer l'existence d'une obligation de diligence, le tribunal doit évidemment tenir compte de toutes les circonstances entourant la faute alléguée. Cela comprend un examen des faits qui sont pertinents pour chaque espèce. La règle du *stare*

¹⁴³⁰ [1932] A.C. 562 (Ch. des L.), aux pp. 580-581.

¹⁴³¹ [1984] 2 R.C.S. 2.

¹⁴³² *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, précité, note 1431, aux pp. 10-11, j. Wilson.

¹⁴³³ À noter que le premier est relativement facile à remplir, tandis que le second fait intervenir un jugement sur l'opportunité d'accorder des dommages, voir *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, à la p. 220. Sous la plume du juge Major, la Cour admet que des considérations d'ordre politique peuvent motiver le refus de reconnaître une obligation de diligence, comme, par exemple, le danger de provoquer « une avalanche de poursuites ».

decisis signifie que tous les autres justiciables dont la situation est la même que celle du demandeur et du défendeur dans l'espèce seront aussi touchés. C'est là une des raisons pour lesquelles les tribunaux doivent tenir compte de l'ordre public.¹⁴³⁴

Et au fur et à mesure que s'accumuleront des décisions ayant qualifié les divers types de relations qui entraîneront une obligation de diligence, les critères élaborés dans l'affaire *Kamloops* prendront une dimension concrète. Même si, théoriquement, cet arrêt formule une règle de *common law* qui domine de façon absolue les autres juridictions, en pratique, les juges auront à tenir compte de ses applications postérieures afin de saisir le véritable état du droit sur cette question¹⁴³⁵. Par conséquent, la *ratio decidendi* qui se dégage d'un arrêt constitue une règle dont les paramètres d'application se dégageront à la suite de ses applications successives¹⁴³⁶. Elle forme le point de départ d'un principe qui, par la suite, subira des reformulations et des précisions qui auront pour effet de la rendre autonome de la volonté initiale qui l'a créée¹⁴³⁷.

¹⁴³⁴ *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, à la p. 202; voir aussi : *Motherwell v. Motherwell*, (1977) 73 D.L.R. (3d) 62 (Alb. Sp. Ct. A.Div.), aux pp. 69-70 :

The rule of *stare decisis* operates, as it seems to me, to regulate the application of precedents to cases which can be said to fall within a category. When the circumstances of a case do not appear to bring it fairly within an established category, they may lie sufficiently within the concept of principle that consideration of a new category is warranted. The scope of a category may in time be broadened by a trend in precedents which reflect judicial considerations going behind the disciplines of *stare decisis*. Those same considerations, arising from adequately demonstrated social need of a continuing nature, may lead, when necessary to maintain social justice, to a new category or the review of a principle.

¹⁴³⁵ G. W. PATON et G. SAWER, *loc. cit.*, note 1169, à la p. 480 : « Frequently, from the realistic point of view, we are not sure of the *ratio* of a decision until we can discover its reception and its treatment in subsequent cases. This horrifies the purist who wants to know exactly and finally, immediately how a decision is given, what is the binding principle and what is not. But a case represents rather the plotting of a new point on the graph of the law: whether that point marks the beginning of an upward curve, or merely makes a small bump in the line of the graph which soon returns to normal, can be determined only by history. »

¹⁴³⁶ Tel que l'a rappelé M^{me} le juge McLachlin : « des règles émergeront au fur et à mesure que les tribunaux reconnaîtront de nouvelles catégories d'affaires où l'indemnisation de la perte économique est possible. [...] Pendant ce temps, le droit sera peut-être incertain dans un domaine restreint de la négligence. Une telle incertitude est toutefois inhérente à la *common law* en général. C'est le prix que doit payer la *common law* pour sa souplesse, pour sa capacité de s'adapter à un monde en évolution. » : *C.N. c. Norsk Pacific Steamship Co.*, précité, note 1428, à la p. 1152; Edward H. LEVI, *Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, U. of C. Press, 1955, aux pp. 3-4 : « The rules change as the rules are applied. More important, the rules arise out of a process which, while comparing fact situations, creates the rules and then applies them. »; par exemple, dans *Canadian Pacific Ry. Co. c. Anderson*, [1936] R.C.S. 200, à la p. 229, le juge Duff cite un extrait d'une opinion de Lord Scrutton pour saisir la portée de la règle : « it is now established by the judgement in *Latham v. Johnson* ([1913] 1 K.B. 398), and the explanation of *Cooke's case* ([1909] A.C. 229) by Lord Atkinson in *Glasgow Corporation v. Taylor* ([1922] 1 A.C. 44, 53) that *Cooke's case* must be treated as the case of a child impliedly licensed to use a plaything which was, for a child, a trap. »

¹⁴³⁷ Lord WRIGHT, *loc. cit.*, note 1115, à la p. 255 : en décrivant le processus d'application d'une décision

Ce dernier constat n'est pas sans conséquence sur l'étendu du pouvoir des juges en *common law*. En effet, selon le professeur Lücke, « [traduction] [l]es cours qui décident des cas particuliers exercent très peu de contrôle sur le droit qui va émerger de leurs décisions »¹⁴³⁸. Le processus de réception de l'arrêt *Sellars* en est un bon exemple. À chaque reformulation du message qu'il était censé contenir, les nuances liées à l'arrêt initial ont graduellement disparu jusqu'à ce que se dessine une règle à large portée dont le contenu est, fort probablement, contraire à ce que voulait affirmer le juge Chouinard¹⁴³⁹. Or, même si la chose n'est pas fréquente, l'évolution d'une règle de *common law* peut mener à une contradiction entre l'objectif poursuivi par l'énoncé initial et la direction nouvelle que lui ont donné les tribunaux¹⁴⁴⁰.

C'est ce type de rétroaction qui s'est manifesté à l'égard de la règle spéciale qu'avait élaborée la Cour suprême pour limiter la responsabilité civile des compagnies de chemin de fer¹⁴⁴¹. Au début du siècle, la Cour avait statué que la preuve de l'observation des obligations légales par les compagnies ferroviaires les dégageait de toute poursuite, ce qui leur assurait une espèce d'immunité au regard des accidents causés aux usagers des passages à niveau¹⁴⁴². Par la suite, les tribunaux ont quelque peu modifié cette approche en soulignant que, dans des « circonstances spéciales ou exceptionnelles », la responsabilité de la compagnie pouvait être engagée, même si, techniquement, elle avait répondu aux normes de sécurités imposées par la

antérieure à des faits nouveaux, Lors Wright souligne que : « In truth [the judge] was extending by analogy the principle of the latter case. But the extension is a new departure, and the new *ratio decidendi* is a new precedent. »

¹⁴³⁸ H.K. LÜCKE, *loc. cit.*, note 1236, à la p. 40; « [C]onventional jurisprudential theory does not concede to judges the power to give an exhaustive formulation of the rule which they make "valid law". The doctrine of *ratio decidendi* enables lower courts legitimately to widen or narrow the scope of the rule in a decided case in a way inconsistent with the "spirit" of the latter » : Paul WEILER, « Two Models of Judicial Decision-Making », (1968) 46 *R. du B. can.* 406, aux pp. 459-460.

¹⁴³⁹ Voir *supra*, note 1210.

¹⁴⁴⁰ H.K. LÜCKE, *loc. cit.*, note 1236, à la p. 41. Pour un exemple, voir : Peter D. MADDAUGH et John D. McCAMUS, *The Law of Restitution*, Aurora, Canada Law Books, 1990, aux pp. 276-277 sur l'interdiction de rembourser un paiement fait à la suite d'une erreur de droit (la règle de l'erreur de droit ou la *mistake of law doctrine*) : « The exceptions [to the mistake of law rule] threaten to swallow the general rule in the sense that there appear to be few, if any, fact situations in which a plausible argument for permitting relief on the basis of one or another of the exceptions could not be advanced. Further, both the general rule and the exceptions appear to have lost touch with the underlying rationale of the early cases denying recovery [...] ».

¹⁴⁴¹ *Ryan c. Victoria (Ville)*, précitée, note 1433, à la p. 223.

*Loi sur les chemins de fer*¹⁴⁴³. Selon le juge Major, « les tribunaux ont implicitement reconnu que l'observation de la loi ne pouvait remplacer la norme de diligence prévue par la *common law*, et qu'elle ne pouvait être substituée à cette dernière que dans certaines circonstances »¹⁴⁴⁴ : d'un moyen de défense strict, l'observation de la loi est devenue une présomption que l'entreprise ferroviaire avait agi raisonnablement. Et dans l'arrêt *Ryan c. Victoria (Ville)*¹⁴⁴⁵, la Cour a reformulé l'étendue de l'obligation de diligence en tenant compte de cette évolution, de la façon suivante : « la partie qui agit en vertu d'une autorisation du législateur doit néanmoins prendre les précautions raisonnables dans les limites de cette autorisation afin de réduire au minimum les risques susceptibles de résulter de ses actes. »¹⁴⁴⁶

Le processus d'évolution de la règle qui est à l'oeuvre ici est donc à la fois graduel et collectif, ce qui n'est pas sans rappeler le mode de formation d'une coutume dont les acteurs seraient les juges. Par ses applications postérieures, une *ratio decidendi* peut donc être précisée, affinée et améliorée par ceux qui auront à l'appliquer. Or cette technique n'est pas la seule qui permet aux juges d'influer sur le cours du droit; ils possèdent également une seconde méthode, qui consiste à écarter une *ratio* antérieure pour un cas particulier. Formellement, l'autorité de l'arrêt antérieur n'est pas touchée, mais en pratique, par contre, les juristes disposent là d'une arme qui peut réduire sa portée à néant.

¹⁴⁴² *Grand Trunk Railway Co. c. McKay*, (1903) 34 R.C.S. 81.

¹⁴⁴³ *Paskivski c. Canadien Pacifique Ltée.*, [1976] 1 R.C.S. 687, aux pp. 698-699. Le juge Dickson avait alors mis en doute l'intérêt de maintenir la règle spéciale en invoquant l'évolution du rôle qu'ont pu jouer les compagnies de chemin de fer dans la société canadienne, à la p. 708 : « Le Canada a beaucoup changé au cours des derniers soixante-dix ans et l'on pourrait aujourd'hui mettre en doute la pertinence et la validité de la règle de droit qui restreint aux situations spéciales ou exceptionnelles l'obligation de prendre des précautions [...] Il se peut que les intérêts d'une jeune nation en voie de développement soient mieux servis en réduisant les obstacles à la croissance industrielle et à l'expansion économique, mais au sein d'une nation plus développée et peuplée, ce laisser-aller doit céder le pas à l'intérêt légitime qu'entretient la société à l'égard d'autres préoccupations fondamentales telle que la sécurité et le bien-être des enfants. »

¹⁴⁴⁴ *Ryan c. Victoria (Ville)*, précitée, note 1433, à la p. 225.

¹⁴⁴⁵ Précité, note 1433, à la p. 223.

¹⁴⁴⁶ Précité, note 1433, à la p. 229.

B. Le processus de distinction des arrêts

Si l'on admet le postulat voulant que chaque situation juridique est particulière, alors on peut deviner à quel point un raisonnement qui justifie que l'on se démarque d'une solution antérieure pour ce seul motif peut être dangereux dans un système juridique fondé sur les précédents¹⁴⁴⁷. Pourtant, la légitimité du *distinguishing* n'a jamais été véritablement remise en question par les juristes de *common law*¹⁴⁴⁸. En ce sens, on peut voir dans cette technique un principe inverse à celui du *stare decisis*, car s'il est légitime de traiter d'une même façon les cas semblables, il l'est tout autant de traiter différemment les cas différents. En retour, le recours à la technique des distinctions a parfois été critiqué, car c'est souvent en son nom que les juges écartent un précédent gênant avec lequel ils sont en désaccord, laissant planer un doute quant à l'objectivité du processus. Ainsi, la technique des distinctions présente un double aspect : l'un se trouve dans les critères ouvertement évoqués qui en justifient le recours, tandis que l'autre est généralement inexprimé, et il consiste à remplir une fonction de sélection des règles de *common law*.

En premier lieu, malgré qu'elle permette de se dégager de l'emprise de la *ratio decidendi* d'un arrêt obligatoire, la technique des distinctions n'a pas été encadrée strictement au moyen de critères précis. Evidemment, elle suppose une condition préalable, celle qu'il y ait un écart réel entre la situation à régler et celle décrite dans l'arrêt. Mais le type exact de différence factuelle qui justifie le recours à ce procédé est difficile à définir autrement que par un standard d'appréciation, comme une différence « raisonnable » ou « importante » entre les faits (ou leurs catégories)¹⁴⁴⁹. D'ailleurs, c'est ce type de critère flou qui a été évoqué par le professeur Hubbard dans sa description du *distinguishing* :

¹⁴⁴⁷ *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200, à la p. 220.

¹⁴⁴⁸ Voir aussi : C. K. ALLEN, *op. cit.*, note 1156, à la p. 191, sur l'argument *Non est simile* qui est, selon l'auteur, déjà populaire lorsque rapporté dans les *Year Books* (XIV^e siècle). La technique des distinctions repose peut-être sur la maxime *cessante ratione legis cessat ipsa lex*.

¹⁴⁴⁹ Bien entendu, tous les faits, pris dans leur singularité, sont différents. Parler d'une différence factuelle sous-entend qu'il y ait une distinction dans les catégories dont les faits font partis. En droit anglais, le critère de « substantial relevant differences » (différence importante sur des faits pertinents) a déjà été

[le *distinguishing* est un] procédé par lequel l'inapplicabilité d'un précédent est démontrée [...] Si nous pouvons montrer qu'un fait qui était présent dans le précédent n'est pas présent dans le cas actuel, ou vice versa, et si le juge est persuadé que ce fait constitue une différence essentielle entre les cas, alors nous aurons distingué le précédent et démontré que ce dernier ne s'applique pas au présent cas.¹⁴⁵⁰

Ainsi, le juriste qui voudrait savoir s'il est légitime d'écarter un arrêt antérieur aurait à évaluer si la différence factuelle touche un aspect essentiel de celui-ci, notamment au regard de la *ratio decidendi* dégagée de celui-ci. Il y a là un raisonnement qui devrait donc être dominé par le bon sens : pour paraphraser le juge Laskin, ce n'est pas parce que la situation à trancher met en jeu un « cheval brun » qu'il faut écarter une décision antérieure impliquant un « cheval noir », mais il faut chercher à cerner à quel point les faits étaient considérés comme déterminants dans l'élaboration du principe¹⁴⁵¹. Or la simplicité apparente de cette description dissimule les complications qu'une telle technique peut entraîner, ainsi que la discrétion qu'elle accorde au juge qui y procède.

D'une part, il existe plusieurs situations qui rendent difficile l'évaluation de la pertinence des faits dans le raisonnement judiciaire¹⁴⁵². Lorsque la décision a été rendue par la Cour suprême ou par une cour d'appel, il n'est pas rare que chacun des juges exprimant son opinion livre sa propre version des faits du litige, ce qui rend ardue toute appréciation de leur importance particulière. Aussi, il est fréquent que le juge procède à la description des faits en

utilisé : *Burroughsford v. Lynch*, (1996) 139 D.L.R. (4th) 350 (N.S.S.C.), à la p. 355; *Goodrich v. Paisner*, [1957] A.C. 65, à la p. 88, Lord Reid; *Newsholme Bros. v. Road Transport and Gen'l Ins. Co.*, [1929] 2 K.B. 356, à la p. 375 : « When the decision is that from certain facts certain legal consequences follow, the decision is, I think, binding on the Court of Appeal in any case raising substantially similar facts »; il serait probablement exagéré d'affirmer, comme l'a fait M^{me} le professeur Jauffret Spinosi, que « [une décision] n'est obligatoire que si les faits de l'affaire à juger sont identiques à ceux qui ont fondé la règle de droit proposée. » (Camille JAUFFRET SPINOSI, « Comment juge le juge anglais ? », (1989) 9 *Droits* 57, à la p. 58) D'ailleurs, elle nuance sensiblement cette affirmation un peu plus loin (*id.*, aux pp. 64-65).

¹⁴⁵⁰ H. A. HUBBARD, *loc. cit.*, note 1125, à la p. 13.

¹⁴⁵¹ Tel que l'a rappelé avec humour le juge Laskin, lorsqu'il s'agit de chercher un précédent semblable et la *ratio decidendi* qu'il comporte : « Il ne s'agit pas de savoir s'il existe une décision antérieure sur un "cheval brun" permettant de décider l'appel qui porte lui-même sur un "cheval brun", mais plutôt quels principes et, en fait, quels faits ont entraîné la décision antérieure considérée comme déterminante. » : *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200, à la p. 220.

¹⁴⁵² Cet aspect a fait l'objet de nombreuses réflexions, notamment lorsque certains juristes ont voulu remettre en question la possibilité de cerner une *ratio decidendi* dans un arrêt, voir : J. L. MONTROSE, *loc. cit.*, note 1178, à la p. 589 (comment distinguer les faits bruts et les catégories de faits ?); J. STONE, *loc. cit.*, note 1118, aux pp. 608 et s.

faisant une simple énumération des circonstances ayant donné lieu au litige, sans vraiment indiquer leur intérêt respectif pour ses conclusions. Dans ces cas, la catégorisation et l'évaluation du caractère essentiel ou non des faits deviennent foncièrement aléatoires. D'autre part, la technique des distinctions engendre un processus d'évaluation qui, habituellement, fait intervenir un jugement de valeur¹⁴⁵³. À ce titre, Rupert Cross souligne fort laconiquement que, dans certains cas, il est impossible pour un juge d'écarter un arrêt antérieur, ce dernier étant semblable « en tous points » (*on all fours*)¹⁴⁵⁴; mais aussi, et de façon générale, il existe un espace pour la discussion : les arguments d'analogie ou de distinction¹⁴⁵⁵ seraient alors soupesés et, à la fin, le juge fera reposer sa décision sur la solution qui lui semblera la meilleure¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵³ Pour une critique de toute prétention à l'« objectivité » dans le raisonnement par analogie ou dans la recherche des distinctions : J. STONE, *loc. cit.*, note 1118, à la p. 618 :

In short a “rule” or “principle” as it emerges from a precedent case is subject in its further elaboration to continual review, in the light of analogies and differences, not merely in the logical relation between legal concepts and propositions; not merely in the relation between fact situations [...]; but also in the light of the import of these analogies and differences for what is thought by the latter court to yield a tolerably acceptable result in terms of “policy”, “ethics”, “justice”, “expediency” or whatever other norm of desirability the law may be thought to subserve.

Pour des opinions similaires, voir : R. A. SAMEK, *loc. cit.*, note 1119, aux pp. 442-443; E. H. LEVI, *op. cit.*, note 1436, aux pp. 2-3.

¹⁴⁵⁴ R. CROSS et J. W. HARRIS, *op. cit.*, note 1128, à la p. 195 : « Sometimes there is no real choice in this matter. » Cette situation engendrera normalement l'adoption des mêmes conclusions que le juge précédent. Dans ces cas, selon le professeur Lücke, le juge ne tient pas un raisonnement logique en dégagant la solution d'une règle de droit, car il fait seulement une comparaison entre les situations juridiques traitées et adopte directement les mêmes conclusions : H.K. LÜCKE, *loc. cit.*, note 1236, à la p. 37. Les juges ont recours parfois à ce critère pour limiter le plus strictement possible une décision impopulaire : voir, par exemple, *Toms v. Toronto R. Co.*, (1910-1911) 44 R.C.S. 268, à la p. 277 : « [la décision *Coultas* du Conseil privé devait être confinée] [traduction] « aux dommages résultant d'une terreur soudaine non accompagnée d'une blessure corporelle ». Parce qu'il refusait un dédommagement lorsque le demandeur avait seulement subi un choc nerveux, l'arrêt en question avait été fortement critiqué, à tel point que les juges usaient de tous les stratagèmes pour l'écarter. Le juge Hogg de la High Court de l'Ontario avait même poussé l'audace jusqu'à relever que même si la demanderesse n'avait pas subi de choc physique, son bien être général avait été touché, ce qui justifiait un dédommagement : *Austin v. Mascarin*, [1942] 2 D.L.R. 316 (H.C.), aux pp. 319-320.

¹⁴⁵⁵ Sur la distinction entre le raisonnement par analogie et par celui qu'engendre la technique du *stare decisis*, voir : Jean-Louis GOUTAL, « Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A. », (1976) 24 *Am. Jour. of Com. Law* 43, aux pp. 48-50. M. Goutal distingue les processus engendrés par les deux raisonnements de la façon suivante. L'analogie suppose que l'on étudie deux situations juridiques pour dégager le raisonnement tenu dans l'un des cas pour ensuite l'appliquer dans l'autre; le raisonnement qu'exige le *stare decisis* consiste à cerner le ou les arrêts obligatoires, pour ensuite dégager leur contenu normatif et, enfin, les appliquer à la situation en litige; voir aussi : Michael S. MOORE, « The Semantics of Judging », [1981] 54 *South Cal. Law Rev.* 151, à la p. 192 : « This application of metaphor – both in discovering the similarity, and in deciding whether that similarity is relevant to a new judicial context – involves a judge in value judgements. »

¹⁴⁵⁶ R. CROSS et J. W. HARRIS, *op. cit.*, note 1128, à la p. 195 : « On other occasions there is undoubtedly

Pour prendre un exemple classique, on peut rappeler que lorsque fut rendue la décision *Donoghue c. Stevenson*¹⁴⁵⁷, plusieurs juristes croyaient que le principe élaboré par Lord Atkin s'appliquerait strictement dans des situations mettant en cause des produits alimentaires; leur raisonnement fut vraisemblablement le suivant : parce qu'il s'agissait d'un malaise qui a été causé par la vue d'un escargot en décomposition dans une bouteille de bière de gingembre, la *ratio decidendi* de l'arrêt devait se limiter aux dommages causés par une chose du même type¹⁴⁵⁸. Bien entendu, un raisonnement plus généreux à l'égard du principe de droit élaboré par la Chambre des Lords aurait facilement pu être défendu; mais la possibilité théorique de défendre l'une ou l'autre des conclusion subsiste tant que les tribunaux ne se prononceront pas sur la légitimité de faire une telle distinction¹⁴⁵⁹. Ainsi, tel que l'illustre l'affaire *Donoghue*, l'incertitude qu'engendre la technique des distinctions se manifeste surtout lorsqu'on s'éloigne du coeur de la décision qui a été rendue par les juges. En ce sens, elle ressemble au principe étudié plus haut qui enlève tout caractère obligatoire aux propositions de droit ne menant pas à la solution du litige, les *obiter dicta*. Ces deux principes méthodologiques tracent des limites à la portée des décisions : grâce à eux, plus on s'éloigne des faits précis qui ont fait l'objet du jugement et plus on utilise des affirmations qui ne portaient par sur ceux-ci, plus l'argument de droit que l'on essaye de fonder sera affaibli¹⁴⁶⁰. La marge de manoeuvre laissée aux juges

room for choice [...] [and] [i]n that event everything will depend on whether the judge considers that the rule by which the previous case was decided is one that should be extended or restricted. » De la même opinion : Lord REID, « The Judge as Law Maker », (1972) 12 *J.S.P.T.L.* 22, à la p. 24 : « But fortunately judges are human. If they do not like an existing decision or *ratio* because it will produce an unjust or unreasonable result in the case before them they try to distinguish it. »; « It is notorious that where an existing decision is disapproved, but cannot be overruled courts tend to distinguish it on inadequate grounds » : *Jones v. Secretary of State*, [1972] 1 *All. E. R.* 145, à la p. 149, Lord Reid.

¹⁴⁵⁷ [1932] A.C. 562.

¹⁴⁵⁸ L'argument a été plaidé dans : *Grant v. The Australian Knitting Mills*, [1936] A.C. 85 (C. P.). Dans cette affaire, une forte et douloureuse irritation des talons avait été causée par une paire de sous-vêtements.

¹⁴⁵⁹ H. A. HUBBARD, *loc. cit.*, note 1125, à la p. 21 : « Il est assez difficile de déterminer lesquels des faits concrets dans *Donoghue v. Stevenson* sont essentiels; mais il est encore plus difficile de découvrir la catégorie des faits qu'ils produisent si, toutefois, on peut jamais y arriver d'une façon absolue et définitive. »

¹⁴⁶⁰ En d'autres termes : « [l]a règle de droit anglaise est indissociable des éléments de fait de l'espèce, qui seuls permettent d'en comprendre la portée. Elle n'est pas désincarnée dans une formule légale. » (René DAVID et Camille JAUFFRET SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1992, p. 296). À noter que ce qu'ils appellent « la technique des distinctions » (*id.*, à la p. 308) ne correspond pas au sujet qui est traité ici, ils utilisent cette expression pour désigner l'activité du juriste lorsqu'il doit « distinguer ce qui est le support nécessaire de la décision, la *ratio decidendi* du jugement, et d'autre part ce qui est *obiter dictum* » (*ibid.*).

subséquents, créée par la conjugaison de ces deux méthodes complémentaires, permet donc de comprendre leur importance dans un système composé d'une profusion de précédents obligatoires.

En effet, en deuxième lieu, lorsque la règle du *stare decisis* ne tolérait aucune exception et que son inflexibilité était à son zénith, les juges disposaient surtout de cette voie pour écarter l'application d'un arrêt. Parfois utilisée d'une façon qui frisait la malhonnêteté¹⁴⁶¹, elle était vraisemblablement tolérée parce qu'elle autorisait que l'on puisse se dégager de l'influence de principes inadaptés¹⁴⁶². Par exemple, MM. Murphy et Rueter, deux anciens clerks de la Cour d'appel de l'Ontario, ont pu constater qu'à plusieurs reprises, celle-ci a eu recours à la technique des distinctions pour écarter l'une de ses propres décisions : il s'agissait alors de « [traduction] distinguer [la décision antérieure] sur des aspects qui paraissaient sans rapport avec le raisonnement de la Cour »¹⁴⁶³. Les cas relevés par ces auteurs portent chacun sur des décisions désuètes ou impopulaires et ils concluent que cette activité a été « [traduction] salvatrice pour la *common law*, lui permettant de réagir de façon efficace aux valeurs sociales changeantes »¹⁴⁶⁴. Or c'est ici que se situe l'utilité de la technique des distinctions pour l'évolution du droit : sans formellement annuler une décision antérieure, elle permet aux juges

¹⁴⁶¹ Pendant une séance, le juge Brasmwell avait candidement affirmé : « The matter does not appear to me now as it appears to have appeared to me then » : *Andrew v. Styrap*, (1872) 26 L.T.R. 704 (Ex. C.), à la p. 706.

¹⁴⁶² Selon le juge Brian Dickson : « [traduction] Malgré les limitations que le *stare decisis* a porté à la créativité, le droit n'était pas figé [au milieu du XX^e siècle]. Les principes du siècle précédent n'étaient pas appliqués aveuglément, comme autant de poids morts. À travers le génie de la distinction entre les faits, la cour a évité la folie de perpétuer indéfiniment des principes qui ne convenaient pas aux circonstances modernes. L'inflexibilité apparente que l'adhésion rigide aux précédents impliquait cédait la place à l'innovation judiciaire, les tribunaux prétendant faire des distinctions de fait habiles, quoique peu convaincantes, dans des situations où ils estimaient qu'un précédent ne devrait pas servir à décider des affaires des parties en cause. » : Brian DICKSON, « The Role and Function of Judges », (1980) 14 *L. Soc. Gaz.* 138, à la p. 182, tel que traduit dans C. BOURBONNAIS-HYDE, *loc. cit.*, note 1205, à la p. 96. Il est vrai que la technique a été critiquée, car elle incitait parfois les juges à être facilement convaincus de l'importance d'une différence factuelle qui, pour d'autres, relèverait du détail, voir : A. JOANES, *loc. cit.*, note 1252, aux pp. 198-199. Mais lorsque le professeur Joanes critique le recours à la technique des distinctions, il tente surtout de convaincre la Cour suprême d'assouplir la règle du *stare decisis*.

¹⁴⁶³ « [Version originale] The court narrowly confined its previous, and by then outdated, decision by distinguishing it on grounds which appear to be irrelevant to the reasoning of the court in the earlier case » : J. D. MURPHY et R. RUETER, *op. cit.*, note 1466, aux pp. 108-109.

¹⁴⁶⁴ « [Version originale] Distinguishment in many ways has been the salvation of the common law, enabling it to respond effectively to changing social values. » : J. D. MURPHY et R. RUETER, *op. cit.*, note 1466, à la p. 108.

d'en limiter la portée, au point de créer un processus de sélection de celle-ci¹⁴⁶⁵. Ainsi, on a pu affirmer que « [traduction] ce mécanisme a été utilisé afin de restreindre le contenu de principes inacceptables et, en effet, d'en réduire la portée au point de les émasculer »¹⁴⁶⁶.

Malgré que la technique des distinctions puisse également saper l'autorité des arrêts rendus par le plus haut tribunal, sa pertinence en droit canadien est sans cesse admise par celui-ci¹⁴⁶⁷. Pour prendre un exemple récent tiré de l'arrêt *Tolofson c. Jensen*¹⁴⁶⁸, la Cour suprême, sous la plume du juge La Forest, avait mis au jour l'effet de la réception de « [l]a règle énoncée dans l'arrêt *McLean c. Pettigrew* »¹⁴⁶⁹ par les tribunaux. Il a souligné d'abord que, même si la règle « est demeurée depuis lors le principe de base au Canada », « ses faiblesses fondamentales ont commencé à ressortir dans une série de décisions ontariennes rendues à compter des années 1980. »¹⁴⁷⁰ Ensuite, il a reconnu que la Cour d'appel de l'Ontario, suivie de peu par celle de la Colombie-Britannique, avait limité la portée de la règle dans les limites les plus étroites en « confin[ant] l'application de l'arrêt *McLean c. Pettigrew* à ses faits particuliers »¹⁴⁷¹. Et, sans se prononcer directement sur la légitimité de cette *résistance* des cours d'appel, le juge La Forest l'a vraisemblablement cautionnée en modifiant la règle en question.

¹⁴⁶⁵ « It is well known that the art of distinguishing has become so developed that in the majority of cases a judge is only bound by a case if he chooses to be bound and that precedents of the highest authority can in course of time be distinguished out of existence. » : A. JOANES, *loc. cit.*, note 1252, à la p. 197; H.K. LÜCKE, *loc. cit.*, note 1236, à la p. 37 : « It is an open secret that judges have a good deal of choice in the way in which they apply the case law, that they are prone to “distinguish” even the most closely similar precedent if they feel strongly that it tends towards undesirable result. »; il arrive parfois que l'on constate qu'à l'intérieur des opinions diverses défendues par les juges, certains prétendent que le résultat de la décision a pour effet d'opérer un revirement, tandis que d'autres croient simplement faire une distinction avec celui-ci, voir : A. A. PATERSON, « Lord Reid's Unnoticed Legacy – A Jurisprudence of Overruling », (1981) 1 *Ox. J. of L. S.* 374, aux pp. 383-385.

¹⁴⁶⁶ « [Version originale] It is readily acknowledged that the mechanism has been used to restrict extension of unacceptable principles and indeed to narrow them to the point of emasculation. » : J. David MURPHY et Robert RUETER, *Stare decisis in Commonwealth Appellate Courts*, Toronto, Butterworths, 1981, aux pp. 108-109.

¹⁴⁶⁷ Pour une admission de la portée limitée d'une décision judiciaire, voir : *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, aux pp. 179-180 : « La présente décision doit plutôt être limitée pour l'essentiel à ses faits [...] Tout dépendant de l'exécution de l'accord, de l'identité des parties ou d'un certain nombre d'autres facteurs distinctifs, il se pourrait fort bien que les faits particuliers d'une autre affaire donnent lieu à un résultat différent. »

¹⁴⁶⁸ [1994] 3 R.C.S. 1022, à la p. 1048.

¹⁴⁶⁹ *Id.*, à la p. 1044. Voir : *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*

Pour cette raison, il est important de rappeler que, malgré l'émergence du principe *Sellars*, la légitimité du recours au *distinguishing* n'a pas été remise en question et qu'il s'agit d'un procédé qui est encore employé par le plus haut tribunal¹⁴⁷². Même si la Cour s'est déclarée libre de revenir sur ses propres décisions, le réflexe méthodologique de limiter la portée des arrêts antérieurs est peut-être préféré au processus brutal de leur annulation¹⁴⁷³. C'est d'ailleurs ce qu'elle a pu montrer dans l'arrêt *R. c. Puskas*¹⁴⁷⁴. À cette occasion, la Cour devait déterminer si une modification de la procédure d'appel était applicable à des instances en cours. Jusqu'à ce qu'elle rende cette décision, il était généralement reconnu que les droits d'appel devaient s'évaluer en fonction de la date d'introduction de l'instance¹⁴⁷⁵ et que « lorsque de nouveaux droits d'appel sont créés, ils ne s'appliquent pas aux affaires déjà engagées »¹⁴⁷⁶. Mais dans ce cas précis, la réforme législative transformait un appel de plein droit à la Cour en un appel sur autorisation seulement¹⁴⁷⁷ : il n'y avait donc pas de « création » d'un droit d'appel, mais seulement un aménagement de celui-ci. Le juge Lamer, traitant de la question au nom de la Cour, va se fonder sur cette caractéristique des décisions antérieures pour les distinguer¹⁴⁷⁸. De plus, confronté à un *obiter dictum* tiré d'un arrêt généralement considéré comme ayant établi le principe d'interprétation¹⁴⁷⁹, il rappelle que :

¹⁴⁷¹ *Id.*, à la p. 1045. Il cite les décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la p. 1046.

¹⁴⁷² Les exemples abondent, voir : dans *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, la Cour a écarté l'application de *Rosetanni c. La Reine*, [1963] R.C.S. 651; *R. v. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311, à la p. 326.

¹⁴⁷³ C'est très candidement, d'ailleurs, que les juges admettent préférer limiter une décision antérieure plutôt que de l'annuler. Par exemple, le juge Dickson, dans l'arrêt *Ministre des affaires indiennes c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, à la p. 525, affirme qu'il « croyait qu'on avait sonné le glas de cette notion épineuse de *persona designata* dans le récent arrêt *Herman*. Le juge en chef y a exprimé on ne peut plus clairement son aversion pour le concept [...] Dans le critère formulé dans l'arrêt *Herman*, j'ai essayé de limiter la notion de *persona designata* aux circonstances les plus exceptionnelles ». Mais, plus loin, il ajoute : « [b]ien que j'aie initialement été en faveur de laisser un certain jeu au concept de *persona designata* [...] dans l'espoir de concilier des décisions judiciaires relativement récentes, je suis maintenant d'avis que ce concept est davantage de nature à semer la confusion qu'à éclairer. » (*id.*, à la p. 526)

¹⁴⁷⁴ [1998] 1 R.C.S. 1207.

¹⁴⁷⁵ Tel que l'affirme M. le professeur Côté : « Une loi qui modifie un droit d'appel n'est pas applicable à une instance en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi. Il en va de même pour une loi qui crée ou étend un droit de recours, évocation ou appel. Après quelques hésitations, la Cour suprême a fixé au jour de l'introduction de l'action en première instance [...] la date de concrétisation du droit d'appel » : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, aux pp. 231-232.

¹⁴⁷⁶ *R. v. Puskas*, précité, note 1474, à la p. 1213.

¹⁴⁷⁷ L'article de loi est entré en vigueur le 14 mai 1997, soit exactement entre la date de l'inculpation des intimés Chatwell et Puskas et celle de la décision de la Cour d'appel.

¹⁴⁷⁸ *R. v. Puskas*, précité, 1474, à la p. 1215.

¹⁴⁷⁹ *Singer c. The King*, [1932] R.C.S. 70.

la seule *ratio* qui peut être vraiment dégagée de l'arrêt *Singer* est que la Cour ne devrait pas interpréter de nouveaux droits d'appel d'une manière qui fasse revivre des affaires qui ont été tranchées de façon décisive sous l'ancien régime. Toute discussion du moment où se cristallisent effectivement les droits d'appel ne constituerait donc qu'une remarque incidente.¹⁴⁸⁰

Le juge arrive donc à la conclusion que « la jurisprudence est d'une utilité limitée »¹⁴⁸¹ et qu'il peut donc trancher la question « en se fondant sur l'interprétation de la loi et sur les principes »¹⁴⁸². Ainsi, même lorsque la Cour est confrontée à ses propres précédents et aux principes juridiques qu'ils peuvent contenir, elle en restreint la portée obligatoire à ce qui était formellement nécessaire pour résoudre le litige, invitant sans doute les cours inférieures à suivre l'exemple.

Conclusion du Chapitre II

Sur le plan de la pratique, la méthode de travail de juristes et les outils dont ils disposent entretiennent vraisemblablement une relation étroite. Or, si dans le cadre de cette étude, une analyse détaillée de la méthode de travail concrète – fondée sur des données empiriques – des juristes n'a pas été abordée, un simple regard sur l'évolution des outils de recherche permet toutefois de prévoir l'effet que risquent de provoquer les banques de données informatisées.

Jusqu'à présent, la doctrine française occupait un rôle important dans la mise en oeuvre de la chose jurisprudentielle, au point où plusieurs juristes ont évoqué l'hypothèse qu'une règle jurisprudentielle n'existait *que si la doctrine* en prenait connaissance, traduisant ainsi l'importance de la réception de la règle sur son effectivité. Mais la rapidité, la précision des moteurs de recherche et l'impossibilité pour la doctrine de commenter chacun des arrêts font en

¹⁴⁸⁰ *R. v. Puskas*, précité, 1474, à la p. 1214 [En anglais « *obiter dicta* »].

¹⁴⁸¹ *R. v. Puskas*, précité, 1474, à la p. 1216.

¹⁴⁸² *R. v. Puskas*, précité, 1474, à la p. 1216. Curieusement, il formule un principe général voulant qu'« un droit ne peut pas être acquis tant que toutes les conditions préalables à son exercice n'ont pas été remplies. » (*ibid.*) Or, s'il devait être pris au pied de la lettre, il enlèverait toute valeur aux décisions antérieures, car la plupart reconnaissent un droit d'appel même lorsque « toutes les conditions préalables à son exercice » n'avaient pas été remplies...

sorte que le raisonnement du juriste risque de se transformer. En effet, celui-ci est susceptible de se fonder strictement sur une évaluation formelle ou institutionnelle de l'arrêt en ayant seulement recours aux critères liés à l'émission de la règle jurisprudentielle. Il est révélateur, à cet égard, que certains juristes aient fait part des craintes que soulevaient l'arrivée de banques de données informatisées¹⁴⁸³. Selon M^{me} Serverin, l'une des appréhensions les plus souvent évoquées est celle de l'absence de repères qui permettraient d'évaluer leur portée normative, et elle constate que l'objet des modifications suggérées est clairement de faciliter la détermination de la valeur et du contenu normatif de l'arrêt, que ce soit

“par l'utilisation de caractères typographiques différents [...]”, ou par l'adjonction de traits verticaux en marge “des passages dans lesquels la Cour aurait exercé son contrôle normatif ou formulé une règle de droit”. Dans le même sens, certains usagers attendent des producteurs des bases de données qu'ils “distinguent les arrêts de principe des décisions moins importantes, et les signalent comme tels à l'utilisateur”¹⁴⁸⁴.

Il s'agit donc de faciliter la « découverte » de la règle jurisprudentielle par le biais d'une mise en évidence de la *formule* qui exprime la règle et par une indication de l'importance de l'arrêt. Par conséquent, la facilité avec laquelle un juriste pourra avoir accès aux arrêts permet de prévoir un déclin de l'influence de la doctrine, car celle-ci risque de perdre le *quasi monopole* de sa compétence en matière de culture jurisprudentielle. En ce sens, les professeurs Ost et van de Kerchove prévoient que :

la doctrine est susceptible d'être progressivement supplantée par “une informatique judiciaire qui livrerait, sur commande, et mieux qu'elle, le paquet des décisions rendues”. Quant à l'espoir de voir précisément la doctrine retrouver son rôle traditionnel par le développement de l'informatique judiciaire, si l'on peut sans doute voir dans les banques de données “un outil de validation et de contrôle” des “grandes synthèses” doctrinales et un instrument permettant “de repérer les régularités et les distorsions de la jurisprudence”, on a pu souligner à juste titre que “la surinformation jurisprudentielle

¹⁴⁸³ Cette opinion a été défendue par André Perdriau. Dans son article portant sur « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation » (*J.C.P.*1990.1.3468, aux par. 61 et s.), il affirme que « la multiplicité, sinon la multiplication des décisions sans portée doctrinale pose un problème pour la collecte de la documentation ». Par exemple, il est reconnu que les affaires qui ont été cassées pour des griefs de « défaut de réponse à conclusions » sont dépourvues de valeur normative. Si quelqu'un fait une recherche en fonction du type d'affaire ou de question juridique traitée, il risque d'avoir, dans le lot des réponses reçues, un nombre important de décisions de ce type. Pour cette raison et « pour la fiabilité du système [...] il faut expurger des mémoires informatisées tout ce qui est inutile et serait susceptible, au contraire, de prêter à des erreurs d'interprétation ou à des malentendus. » Il suggère deux mesures : 1- Que l'on sélectionne les arrêts à mémoriser (*Id.*, par 62); 2- Que l'on expurge la contenu superflu de l'arrêt (*Ibid.*).

¹⁴⁸⁴ E. SERVERIN, *loc. cit.*, note 1013, à la p. 177. Tel que l'a écrit le professeur Atias : « [e]n prétendant dégager des jurisprudences, voire des jurisprudences constantes, les juristes français se mettent encore en quête de règles et de principes. » (C. ATIAS, *loc. cit.*, note 1065, à la p. 408)

risque d'altérer son analyse, d'obscurcir son effort de prédiction et d'anéantir son esprit critique.¹⁴⁸⁵

La transformation est radicale : la doctrine risque de perdre son statut de médiatrice entre la jurisprudence et l'ensemble de la communauté juridique. Ainsi, l'une des fonctions de la note d'arrêt, celle d'inscrire la décision nouvelle dans une tendance plus large, risque d'être court-circuitée par l'accès direct à celles-ci grâce aux outils informatiques. De plus, tels que l'indiquent les juristes belges, la technique de recherche par mots-clés risque d'affaiblir les grandes inductions généralisantes élaborées par la doctrine. En effet, cette technique permet de trouver un arrêt – s'il existe bien entendu – dont la situation juridique correspond à celle que souhaite régler le juriste¹⁴⁸⁶ : la tentation sera alors grande de limiter sa réflexion à cette seule quête de la décision semblable. Serait-elle contraire à la théorie élaborée par la doctrine que cette dernière risquerait d'être disqualifiée... Entre une opinion doctrinale fondée sur des arrêts anciens et une décision récente qui la contredit, laquelle gagnera la faveur du praticien ?

En droit canadien, l'arrivée des banques de données ne soulève pas les mêmes difficultés. En réalité, le problème que pose cette disponibilité accrue des décisions judiciaires est qu'elle expose le système juridique à un risque évident de saturation de l'information qui, lorsqu'il est conjugué à la règle du *stare decisis*, pourrait se muer en une véritable paralysie du système. Sur un tout autre plan, le processus de réception des *common law rules* permet de souligner le caractère collectif de leur mode de formation. Bien qu'un arrêt unique forme une règle de droit dès son énoncé, son application postérieure influe sensiblement sur son contenu : les juges, même ceux de la Cour suprême, peuvent donc difficilement prétendre créer

¹⁴⁸⁵ François OST et Michel van de KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1988, aux pp. 126-127.

¹⁴⁸⁶ André PERDRIAU, « Les arrêts de la Cour de cassation au regard de l'informatique », *J.C.P.* 1990.1.3436, au par. 11, donne un exemple d'une telle recherche : « Supposons un arrêt rendu dans un litige où, à la suite du vol d'un chéquier, le titulaire de celui-ci reprochait à son banquier de lui avoir adressé le chéquier sous pli non recommandé. Il figurera normalement sous les rubriques successives Banques – Responsabilité – Chèque, et il donnera lieu à des développements complémentaires, dont l'expression sera plus libre, qui seront destinés à décrire les circonstances de la cause, tels que : Chéquier – Envoi au client sous pli recommandé (non) – Vol du chéquier – Faute de la banque – Constatation suffisantes... Il est improbable que les conseils d'une partie ayant subi la même mésaventure, ou les magistrats qui auraient à connaître de son affaire, ne réussissent pas à découvrir la décision déjà intervenue en tapant sur un terminal les « mots-clés » Banque – Chèque et Responsabilité [...] en affinant progressivement le cadre de leur approche par l'emploi de termes plus spécifiques [...] ». Ainsi, le juriste risque de trouver un arrêt en tout point semblable au cas qu'il a à traiter.

directement des règles de droit substantiel en invoquant des principes abstraits¹⁴⁸⁷. Quelle que soit la formulation du juge, l'incertitude de la portée normative d'un arrêt demeure jusqu'à ce qu'il soit appliqué, ce qui limite efficacement le pouvoir des juges de « faire » du droit¹⁴⁸⁸. Que ce soit par une détermination stricte de la portée de la *ratio decidendi* ou par la quête d'une différence factuelle, le juge peut emprunter divers chemins qui lui permettent de s'éloigner de l'emprise d'un arrêt gênant et de contribuer, d'une façon aussi minime soit elle, à l'évolution du droit. Parce que le principe *Sellars* constitue une espèce de menace à cette liberté¹⁴⁸⁹, il était important de rappeler que les méthodes liées au traitement des arrêts sont toujours considérées comme valides dans le système judiciaire canadien.

Conclusion du Titre I

L'une des craintes formulées par François Gény dans le débat qui l'opposa à Édouard Lambert était que les juristes français puissent reconnaître au corps judiciaire une capacité de produire des règles de droit formelles sans qu'il y ait, en contrepartie, une limite fixée à cette source de norme¹⁴⁹⁰. Cette crainte était justifiée dans la mesure où il savait que dans les systèmes de *common law* il existait des éléments qui délimitaient le pouvoir des juges et que ceux-ci étaient inexistant en droit français. Cette analyse est toujours valable : en effet, ni législateur ni le constituant n'ont osé baliser cette source de règles. Ainsi, comme l'ont relevé M^{me} Serverin et M. Jeammaud, « [la] transformation des arrêts des juridictions suprêmes en

¹⁴⁸⁷ R. SAMEK, *loc. cit.*, note 1119, à la p. 446.

¹⁴⁸⁸ « No doubt the *ratio decidendi* of a previous case has to be gathered from the language of the judge who decided the case, but it is trite learning that the interpreter has nearly as much to say as the speaker so far as the meaning of words is concerned [...] By stressing the necessity of having regard to the facts of the previous case and the language of prior or subsequent judgements, these rules greatly curtail the influence than can be exercised on legal development by means of the reasons which a particular judge sees fit to give for his decisions. » : R. CROSS et J. W. HARRIS, *op. cit.*, note 1128, aux pp. 42-43 (nos soulignements).

¹⁴⁸⁹ En effet, comment peut-on légitimement réduire la portée de la *ratio decidendi* si même un *obiter dictum* est obligatoire ? Et comment prétendre qu'une différence factuelle permet d'écarter un arrêt antérieur s'il n'y a plus de relation entre la valeur d'un énoncé de droit et la situation juridique que le juge avait à régler ?

¹⁴⁹⁰ François GÉNY, *Méthodes et sources en droit privé positif*, t. II, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, à la p. 44 :
ce n'est pas assez de faire entendre que la jurisprudence doit jouir d'une valeur autonome dans la création du droit positif. Il faudrait indiquer, plus précisément, et ce qu'on lui accorde et ce qu'on lui refuse. -- Mérite-t-elle une véritable force législative ? Si oui, il restera à déterminer les conditions [...] il s'agira d'indiquer, d'une façon saisissable pour l'esprit, et réalisable dans la pratique, la nature de son autorité, son degré d'intensité exact, la portée effective de son action, suivant les conditions qu'on exigera pour la constituer.

références jurisprudentielles n'a rien d'automatique ni de nécessaire »¹⁴⁹¹. Or pour répondre à cette carence, les juristes ont progressivement élaboré des critères formels qui visent à traduire, le plus fidèlement possible, la volonté de la Cour de cassation lorsqu'elle désire *faire* le droit.

La méthode retenue par les juristes français a donc pour qualité première de favoriser la stabilité d'un système qui se découvre une nouvelle source de normativité. Elle facilite également la prise de connaissance des règles dans la mesure où elle permet d'évaluer l'apport normatif des arrêts qui les énoncent. En contrepartie, son défaut principal est peut-être qu'elle ne limite pas *réellement* l'étendue du pouvoir normatif des juges, d'où le caractère essentiel de la réception des règles jurisprudentielles, et de l'effet perturbateur que risquent d'avoir les outils informatiques.

En retour, le droit canadien est traversé par deux courants contraires dont la présence simultanée est difficile à expliquer. D'une part, malgré sa rigidité apparente, la règle du *stare decisis* a longtemps été perçue comme un mécanisme qui autorisait l'innovation et l'amélioration du droit¹⁴⁹² : elle oblige, certes, les juges à obéir aux décisions antérieures, mais elle leur permet de définir l'élément qui aura une valeur contraignante et de s'en dégager si les circonstances le justifient¹⁴⁹³. Être lié par un arrêt prend alors un sens particulier qui a été décrit par Carleton Kemp Allen, de la façon suivante :

¹⁴⁹¹ Évelyne SERVERIN et Antoine JEAMMEAUD, « Concevoir l'espace jurisprudentiel », (1993) 92 *R.T.D.C.* 91, à la p. 93.

¹⁴⁹² En ce sens, l'une des grandes discussions qui a animé les auteurs de doctrine en *common law* fut celle de déterminer jusqu'à quel point les juges pouvaient prétendre modeler le droit afin qu'il réponde à leurs convictions personnelles ou aux changements sociaux. Implicitement, ce débat était rendu possible parce que le système instauré par le *stare decisis* était foncièrement souple. Cette question est, semble-t-il, toujours actuelle, voir : Melvin Aron EISENBERG, *The Nature of the Common Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1988; Carl A. AUERBACH, « A Revival of Some Ancient Learning : A Critique of Eisenberg's *The Nature of the Common Law* », (1991) 75 *Minn. L. R.* 539. Pour un aperçu général, voir : Françoise MICHAUD, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », [1987] 2 *R.I.D.C.* 343, à la p. 347 : « Pour les membres de l'école de la *sociological jurisprudence* et pour les réalistes américains, non seulement le juge ne doit pas avoir un rôle passif mais il est avéré qu'il n'en a pas un, qu'il est amené à procéder à des choix politiques et éthiques, qu'il le fait de manière habituelle. »

¹⁴⁹³ Selon M. le professeur Benditt, le caractère indéterminé de la *ratio decidendi* et la technique des distinctions permettent d'expliquer, mieux encore que la possibilité d'effectuer un revirement, la souplesse de la *common law* : « The direct overruling of a precedent [...] is of course important in judicial changes in the law, though it is hardly the most important phenomenon. Of considerably more importance are the distinguishing of prior cases, and the determination of the *ratio decidendi* of a prior case. » : Theodore M. BENDITT, « The Rule of

We say that he [the judge] is bound by the decisions of the higher courts; and so he undoubtedly is. But the superior court does not impose fetters upon him; he places fetters on his own hands. He has to decide whether the case cited to him is truly apposite to the circumstances in question and whether it accurately embodies the principle which he is seeking. The humblest judicial officer has to decide for himself whether he is or is not bound [...]¹⁴⁹⁴

D'autre part, les juges ont collectivement participé à la mise au monde d'un principe qui, tel qu'on a pu le constater, remettait en cause la souplesse des règles de *common law*. Aussi, on serait tenté d'interpréter ce phénomène comme une espèce de soumission symbolique aux paroles qui viennent d'en-haut, plutôt que d'y voir une adoption raisonnée d'une nouvelle méthode d'application des arrêts. Ainsi, la percée du principe *Sellars* conjuguée à l'adhésion à la théorie *dynamique* de la *common law* montre bien que la stabilité et la cohérence du système juridique, son libéralisme ou son conservatisme, reposent plus sur la méthode de travail des juges et sur la tradition¹⁴⁹⁵ que sur les impératifs qu'ils se sont imposés au fil des ans¹⁴⁹⁶.

Precedent », dans L. GOLDSTEIN, *op. cit.*, note 1147, 89, à la p. 98. En retour, il existe des opinions divergentes sur cette question, voir, par exemple : A. L. GOODHART, *loc. cit.*, note 1163, à la p. 123. Selon Arthur Goodhart, le juge identifie et applique une *ratio decidendi*, mais il ne la modifie pas formellement. Néanmoins, il admet que, parfois, il est nécessaire qu'un précédent fasse l'objet de plusieurs applications avant que l'on soit en mesure d'en déterminer la portée (*id.*, à la p. 124).

¹⁴⁹⁴ C. K. ALLEN, *op. cit.*, note 1156, à la p. 290.

¹⁴⁹⁵ H. A. HUBBARD, *loc. cit.*, note 1125, à la p. 23 : « En déterminant la *ratio decidendi* du précédent, le juge est limité dans sa juridiction [compétence] par les éléments suivants : 1. la tradition; 2. l'entraînement et l'expérience; 3. la logique; 4. les opinions dominantes dans la profession. »; A. W. SIMPSON, *loc. cit.*, note 1169, à la p. 94.

¹⁴⁹⁶ Voir : Patrick S. ATIYAH et Robert S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, aux pp. 75 et s. Dans cet ouvrage, les auteurs soulignent la relation qu'il y a entre la rigidité des règles du *stare decisis* et le succès des arguments d'opportunité (*substantive reasons*) auprès des tribunaux.

Titre II – Interprétation de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule*

L'enthousiasme des juristes à l'égard de l'activité interprétative dans le droit a amorcé, depuis le début du siècle, une nouvelle réflexion théorique. Ce « virage interprétatif »¹⁴⁹⁷ a été défendu, chez les juristes de tradition anglo-saxonne et française, par d'éminentes « écoles » de pensée telles que celle de la « Libre recherche scientifique » ou de la *Sociological jurisprudence*¹⁴⁹⁸ qui, renouant avec la perception antique du droit, ont voulu mettre en évidence l'importance et le rôle que pouvait jouer l'interprétation dans la réalisation du droit. En effet, dès l'antiquité, l'interprète désignait le messenger, le traducteur, le révélateur de sens et enfin, chez Cicéron et Quintilien, le juriste¹⁴⁹⁹ : l'interprétation était « le droit en train de se faire, le droit vivant »¹⁵⁰⁰.

Toutefois, lorsque la question a été envisagée au regard des règles abusivement qualifiées de « non écrites », certains juristes ont mis en doute l'intérêt, voire même la possibilité, d'étudier de façon distincte les directives d'interprétation de celles-ci. Par exemple, dans le manuel de Gabriel Marty et de Pierre Raynaud, on peut lire :

[p]our les autres règles, coutumières ou jurisprudentielles notamment, il n'est pas possible de poser directement le problème de l'interprétation, il s'agit de règles d'allure beaucoup moins précises que les précédentes : constatation et interprétation se rejoignent. Dans la mesure où les tribunaux sont amenés à faire état de règles de cette sorte ils les interprètent comme ils les constatent.¹⁵⁰¹

Aussi, mais plus nuancés, les professeurs Twining et Miers affirment que :

[i]n dealing with rules in fixed verbal form, whether written or unwritten, we can generally use these distinctions with some confidence. Once the rule is identified, and its validity confirmed, we have a reasonably clear starting point from which to proceed to the task of determining its scope [...] [and] [u]nfortunately this is not the case with rules not in fixed verbal form, such as rules derived from cases. For here we are concerned with a much more

¹⁴⁹⁷ Duncan KENNEDY, « The Turn to Interpretation », (1985) 58 *S. Cal. L. Rev.* 251; Michael S. MOORE, « The Interpretive Turn in Modern Theory : a Turn for The Worse ? », (1989) 41 *Stan. L. Rev.* 871.

¹⁴⁹⁸ Françoise MICHAUT, *L'école de la Sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain*, thèse, Paris X, 1985; sur l'importance du rôle de l'interprétation de la loi dans ces « écoles », voir les pp. 186 et ss.

¹⁴⁹⁹ Yann PACLOT, *Recherche sur l'interprétation en droit*, thèse, Paris II, 1988, aux pp. 1 et ss.

¹⁵⁰⁰ Bernard VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Sirey, 1968, p. 7, tel que cité dans, Y. PACLOT, *op. cit.*, note 1499, à la p. 3.

¹⁵⁰¹ *Droit civil - Introduction*, t. 1, 1961, p. 229, n. 130.

elusive kind of subject-matter, and to talk of “determining the existence” of such rules or of “identifying” them is much closer to the language of metaphor. There is no firm text or foundation on which to anchor¹⁵⁰².

On peut comprendre l’embarras des juristes français et anglais dans la mesure où certaines règles n’étant pas formulées sous une forme arrêtée ou sacramentelle, leur identification se distingue difficilement de la question de l’interprétation de l’arrêt¹⁵⁰³. Lorsqu’une règle jurisprudentielle est exprimée différemment par les juges, peut-on déduire qu’il y a eu modification ou continuation du droit ? Doit-on y voir l’expression d’une ou de plusieurs règles ? Que l’on réponde par oui ou par non, on procède à la fois à un acte d’identification de la règle et à un acte d’interprétation des arrêts¹⁵⁰⁴. Un peu à la manière du législateur lorsqu’il adopte une loi déclaratoire, il est toujours possible d’interpréter la nouvelle formulation comme une simple précision de la règle ancienne ou comme une énonciation d’une nouvelle règle. À ce titre, les cas de figure sont divers, et il est difficile, en effet, de distinguer l’acte d’interpréter un arrêt de l’acte de reconnaître une nouvelle règle¹⁵⁰⁵. Et parce que ces

¹⁵⁰² William TWINING et David MYERS, *How To Do Things With Rules*, 3^e éd., London, Buller & Tanner Ltd., 1991, à la p. 151.

¹⁵⁰³ Également, on pourrait souligner que les actes d’identification et d’interprétation des règles jurisprudentielles sont tous deux des processus essentiellement subjectifs : on *choisirait* la règle jurisprudentielle et on *choisirait* la portée qu’il convient de lui attribuer. Pour la loi, la première étape apparaît plus objective, car la règle est formulée sous une forme *stable*. Mais on a pu constater, du moins en droit canadien, que la simple détermination du support d’expression de la règle légale faisait intervenir un processus de sélection, voir : Ruth SULLIVAN, « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada », (1998-99) 30 *Ott. L. Rev.* 175. En droit français, on pourrait donner pour exemple le traitement qui a été réservé aux termes « de la manière la plus absolue » que l’on retrouve dans l’article 544 du *Code civil*. Aussi, François Gény avait déjà souligné les difficultés liées à l’identification de la formule de la règle :

la force obligatoire de la loi n’appartient qu’à la formule, exprimant authentiquement la volonté juridique de l’autorité administrative. La détermination exacte de cette formule peut, en des cas d’ailleurs rares, donner lieu à quelques difficultés, particulièrement quand il s’agit d’actes législatifs, nécessitant la délibération et la décision conforme de plusieurs assemblées.

François GÉNY, *Méthodes et sources en droit privé positif*, t. I, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, à la p. 218.

¹⁵⁰⁴ Pour une critique générale de l’obscurité qui entoure certaines formulations de la Cour de cassation, voir : Alfred TOUFFAIT et André TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », (1974) 72 *R.T.D.civ.* 478, notamment à la p. 495.

¹⁵⁰⁵ Sur cette question, voir : Michel van de KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », (1985) 30 *A.P.D.* 207, à la p. 211 :

Un deuxième problème lié à l’appartenance d’une norme juridique à un système déterminé réside dans l’*identification du sens* qu’il convient de conférer aux propositions dans lesquelles la règle jurisprudentielle a été formulée. Si la distinction entre l’identification d’une proposition linguistique et son interprétation paraît relativement claire dans le cas d’une disposition légale ou réglementaire [...], cette distinction paraît incontestablement plus délicate dans le cas d’une règle jurisprudentielle. Dans ce cas, en effet, en l’absence d’une formulation

objections remettent en cause la pertinence d'une distinction conceptuelle entre les deux étapes de l'application d'une règle formulée par les juges, elles méritent d'être examinées.

D'une part, le fait que la règle ne bénéficie pas d'une formule établie n'interdit pas que l'on puisse concevoir une méthode d'interprétation qui lui soit particulière : tout dépend du sens que l'on attribue à l'expression « interpréter ». Certains juristes conçoivent l'acte d'interpréter comme une activité de connaissance dont l'objet est seulement de trouver le « sens » du texte qui énonce la norme¹⁵⁰⁶. Cette définition, toutefois, ne rend pas compte du décalage¹⁵⁰⁷ qui sépare le « sens » du texte et la « portée » de la règle¹⁵⁰⁸ et, pour cette raison, l'on préférera entretenir une conception large de la notion « interprétation » afin d'inclure la détermination du *domaine* ou de l'*aire* d'application de la règle¹⁵⁰⁹. Or plusieurs directives d'interprétation délimitent la portée des règles prétoriques dans leur rapport avec les autres normes du système juridique. Par exemple, certains juristes français situent hiérarchiquement certaines règles jurisprudentielles en les « plaçant » *sous* les lois, mais *au-dessus* des

authentifiée de la règle, l'identification du « signifiant » et celle du « signifié » paraissent étroitement liées.

¹⁵⁰⁶ Sur les variations de sens dont fait l'objet l'expression « interprétation », voir : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, aux pp. 4-5; Riccardo GUASTINI, « Interprétation et description de normes », dans Paul AMSELEK, *Interprétation et droit*, Bruxelles-Aix-en-Provence, Bruylant-P.U.A.M., 1995, à la p. 89; comparer avec l'article suivant, dans le même ouvrage : Paul AMSELEK, « L'interprétation à tort et à travers », à la p. 11.

¹⁵⁰⁷ En fait, elle peut induire en erreur, car en réalité, il s'agit plutôt du sens du « texte » qui exprime la règle dont il est question, et non pas du sens de la « règle ».

¹⁵⁰⁸ Le sens du texte et la portée de la règle sont deux choses différentes. Pour illustrer cette différence, l'on pourrait prendre un exemple type, maintes fois utilisé dans les ouvrages de théories du droit, celui de l'écriteau planté à l'entrée d'un parc qui interdit expressément l'accès aux chiens. De toute évidence, et malgré son sens clair, cette interdiction ne risque pas de s'appliquer seulement aux animaux de la race canine ou des canidés : devant un lion, un ours ou un éléphant, un juge est fort susceptible de maintenir la même interdiction. Par conséquent, lorsqu'une règle fait l'objet d'une application, l'on peut souvent constater que la portée de la règle dépasse le sens du texte.

¹⁵⁰⁹ Elle correspond à ce que M. le professeur de Béchillon appellerait un acte de « transposition » de la règle, c'est-à-dire la détermination de l'« aire d'application juridique de la norme », l'acte d'interpréter étant réservé, selon lui, à la seule recherche du « sens » de la règle, voir : Denys de BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, à la p. 123. Cette définition de l'interprétation ne sera pas retenue ici, car elle est surtout conçue pour les fins de la démonstration de l'auteur, son discours étant essentiellement prescriptif, voir à la p. 123 : « l'interprète ne peut être considéré comme un auteur. Et c'est heureux. Car c'est le principe même d'une hiérarchie des normes, et donc du principe de légalité, qui seraient totalement annihilés dans le cas inverse [...] ». (on a souligné) On pourrait admettre que l'interprète est parfois un créateur de sens et reconnaître en même temps que les principes de hiérarchie des normes et de légalité ont une capacité explicative limitée; sur cette question, voir : Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 1994, aux pp. 334-335.

règlements¹⁵¹⁰. Ce positionnement trouve à s'appliquer que la règle soit *exprimée* de façon arrêtée ou non, et il vise à diriger non pas l'acte de découverte de la norme, mais sa mise en oeuvre. Il existe donc une série de principes méthodologique dont l'objet se distingue de la question de l'identification des règles prétoriennes et de l'interprétation des arrêts qui les énoncent. D'autre part, il est important de souligner que les normes jurisprudentielles ne sont pas toutes rédigées sous une forme elliptique. Dans les cas où la règle est à *découvert*, que ce soit sous la forme d'une *ratio decidendi* explicitement formulée ou d'un « chapeau », l'action d'identifier la règle se distingue conceptuellement de l'action d'interpréter dans la mesure où la première est à la recherche du « contenant » de la norme, et la seconde s'intéresse à son « contenu », c'est-à-dire à l'ensemble des situations juridiques qu'elle est appelée à régir.

Malgré ces précisions, il est nécessaire d'admettre une telle étude comporte vraisemblablement des limites, car il serait illusoire de prétendre cerner comment les juristes interprètent *vraiment* les règles jurisprudentielles ou les *common law rules*¹⁵¹¹, en même temps qu'il serait fort ambitieux de vouloir traiter, voire même de résumer, un sujet qui n'a pas réellement fait l'objet d'une réflexion distincte et approfondie chez les juristes¹⁵¹². Tel que l'a écrit le professeur Kerchove : « il semble que de telles règles [d'interprétation] fassent presque totalement défaut en ce qui concerne l'interprétation de la règle jurisprudentielle. »¹⁵¹³ Mais, à

¹⁵¹⁰ René CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*1966.1.100.

¹⁵¹¹ Tel que l'a écrit le professeur Cornu : « La même précaution commande d'annoncer quel énorme décalage existe entre l'énoncé théorique des principes d'interprétation, et l'usage empirique que la doctrine et la jurisprudence en font au fil des espèces et des publications. » : Gérard CORNU, *Les apports des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, coll. « Cours de droit civil », Cours de droit, Paris, 1970-1971, à la p. 163.

¹⁵¹² Une exception remarquable : André HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », [1989] 2 *R.R.J.* 257, aux pp. 302 et s. sur la déterminabilité matérielle de la règle jurisprudentielle. Aussi : Christian ATIAS, « Jurisprudence *a contrario* », *D.*1997.34.chr.297, au par. 1 : « Ce pourrait être un progrès d'enrichir la discussion sur la jurisprudence, en examinant les modes de traitement auxquels elle est soumise. La règle jurisprudentielle est trop souvent l'objet de réflexions fondées seulement sur des postulats relatifs à la nature du droit et de la règle. » On pourrait expliquer cette absence relative de discussion sur les modes d'interprétation des règles prétoriennes par le fait que le juge est constamment appelé à préciser sa pensée et à se réapproprier la norme afin de confirmer ou d'infirmer les interprétations qu'elle a connues : elle est donc constamment mise à jour et *adaptée* aux situations nouvelles, ce qui semble enlever tout rôle à l'interprète. Mais il ne s'agit là que d'une apparence, car les directives applicables au processus d'interprétation des règles jurisprudentielles prennent une dimension importante pour la pratique et pour la théorie du droit.

¹⁵¹³ M. van de KERCHOVE, *loc. cit.*, note 1505, à la p. 212.

dire le vrai, il existe une série de directives formulées par les juristes qui indiquent la *bonne façon* d'orienter l'application des règles jurisprudentielles et celles-ci se rapportent généralement à deux pôles principaux. En premier lieu, l'on retrouve des indications relatives à l'influence de l'information qui entoure l'énoncé de la règle dans l'arrêt, et plus particulièrement la description des faits de l'espèce, sur son interprétation (Chapitre I). En second lieu, les juristes ont développé à l'égard des règles prétoriennes une théorie dont l'objet est de situer son rapport avec le contexte juridique dans lequel elle s'insère (Chapitre II).

Chapitre I – Interprétation selon le texte de l'arrêt

Quel que soit le système étudié, les décisions de justice ne font pas seulement qu'énoncer des règles de droit « dans l'abstrait ». Le plus souvent, celles-ci sont placées au centre d'un bassin d'informations qui les encadrent et les entourent; il est donc pertinent d'envisager l'interaction entre la règle jurisprudentielle et la *common law rule* avec ces données. Cette situation n'est pas propre aux normes prétorienne, car les règles législatives sont sensibles à leur environnement immédiat lors de leur interprétation, que ce soit à l'égard du titre de la loi, de son préambule, ou des articles environnants, etc.¹⁵¹⁴ Par sa seule présence, ce contexte colore, modifie ou infléchit le sens que l'on va attribuer à une formule censée exprimer une règle.

Au regard des règles élaborées à l'intérieur des décisions judiciaires, on peut relever l'influence des circonstances factuelles dans la détermination de leur portée. Le plus souvent, leur prise en compte tend à limiter ou à circonscrire la portée d'une règle et, à l'inverse, leur méconnaissance permet généralement de donner une certaine ampleur à la formule exprimant celle-ci. Les enjeux soulevés par ces deux approches ont été évoqués par le professeur van de Kerchove :

Ayant, en effet, la nature d'une norme *générale*, mais formulée dans le cadre de l'exercice d'une fonction juridictionnelle, c'est-à-dire en relation avec la solution de cas *d'espèce*, la règle jurisprudentielle sera toujours affectée d'une tension entre ces deux composantes et écartelée entre la possibilité d'une interprétation extensive ou analogique et celle d'une interprétation restrictive ou *a contrario*.¹⁵¹⁵

Sur ce point, la comparaison des systèmes juridiques permet de constater un fort contraste méthodologique. En *common law*, il est manifeste que les faits font l'objet d'une description détaillée et qu'ils occupent une place importante dans le raisonnement judiciaire. Même lorsque la question est tranchée par les plus hautes juridictions, on peut observer que les juges n'aiment pas s'éloigner de la situation particulière en litige et qu'ils limitent volontiers la portée d'une

¹⁵¹⁴ Sur cette influence, voir : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, aux pp. 69 et s.

¹⁵¹⁵ M. van de KERCHOVE, *loc. cit.*, note 1505, aux pp. 211-212.

formule en y faisant référence. Comme l'a écrit le professeur Lücke : « [traduction] [les faits] forment une terre ferme et sûre : lorsque les juges s'aventurent dans une mer d'abstractions, ils essaient tout de garder en vue le rivage »¹⁵¹⁶. Or la situation inverse semble dominer en droit français, que ce soit sur le plan de la présentation des arrêts que sur celui de leur description par la Cour de cassation, les faits semblent entretenir peu de rapports avec la solution énoncée. Aussi, il est probable que cette opposition ne soit pas étrangère au degré de généralité de la règle généralement entretenu par les différents systèmes de droit. En effet, René David et le professeur Jauffret-Spinosi avaient bien souligné que :

la règle de droit anglaise est une règle apte à donner, de façon immédiate, sa solution à un litige [et] la règle de droit continentale [...] est une règle [...] apte à diriger la conduite des citoyens, dans une généralité des cas.¹⁵¹⁷

Entre une règle de droit fiscal rédigée sous une forme détaillée et un *principe général de droit*, le juriste n'aura pas les mêmes réflexes de lecture. Par conséquent, les modes de rédaction des règles permet expliquer la présence de contrastes forts entre les processus de détermination de la portée de la règle jurisprudentielle et de la *common law rule*.

Afin d'aborder cette question, il convient de s'attarder à la relation qu'entretient l'énoncé de la règle avec son environnement immédiat, c'est-à-dire l'arrêt. En droit français, on peut constater que le principe de droit énoncé à l'intérieur d'un arrêt jouit d'une relative autonomie à l'égard du contexte général de celui-ci, ce qui favorise le recours à la méthode grammaticale d'interprétation (Section 1). En droit canadien toutefois, les juges ont formulé plusieurs mises en garde contre l'utilisation des propositions de droit que peuvent contenir les arrêts sans que l'on tienne compte de son contexte d'énonciation. En ce sens, on peut constater que la règle de *common law* reste le plus souvent dépendante (Section 2) de celui-ci.

¹⁵¹⁶ « [Version originale] [facts] are like safe, dry ground : when judges venture on the sea of abstraction, they try at least to remain within sight of the coast » : H. K. LÜCKE, « The Common Law : Judicial Impartiality and Judge-Made Law », (1982) 98 *L.Q.R.* 31, à la p. 60.

¹⁵¹⁷ René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1992, à la p. 292.

Section 1 - La relative autonomie de la règle jurisprudentielle

Si l'on devait écrire l'histoire des méthodes d'interprétation en droit français, du moins telles qu'elles ont été défendues par les théoriciens¹⁵¹⁸, on pourrait constater une transposition de l'exégèse de la règle légale à celle de la règle jurisprudentielle. Il s'agirait évidemment d'une hypothèse délicate dont la vérification nécessiterait une étude empirique fouillée, mais elle s'appuierait au moins sur l'observation suivante : la critique condamnant le recours à la méthode littérale, lorsqu'elle visait l'interprétation de la loi, ne s'est pas manifestée avec la même vigueur au moment où elle a été appliquée à l'égard des arrêts. Il est vrai que les arrêts se renouvellent et se reproduisent plus vite que les codes et, au tournant du XIX^e siècle, les juristes attribuaient à la jurisprudence une mission, celle de « rajeunir » le droit : il était donc normal qu'ils se tournent vers cette source de droit pour y déceler les échos de leur propre théorie. Mais le virage critique annoncé par les juristes du début du XX^e siècle semble avoir donné des résultats paradoxaux : « cette méthode nouvelle d'interprétation [substituée à l'exégèse de la loi] [a] été détournée de son esprit [car] on se borne à substituer une exégèse de la jurisprudence à une exégèse du texte. »¹⁵¹⁹ Et sans chercher à forcer le trait, on peut en effet remarquer que la formule du juge, lorsqu'elle existe bien entendu¹⁵²⁰, et plus précisément celle qui est élaborée par la Cour de cassation, semble constituer le pivot central de l'approche doctrinale de l'interprétation des règles jurisprudentielles. Il est donc utile de montrer pourquoi les juristes de droit français donnent l'impression de concevoir la règle jurisprudentielle comme si elle était autonome du contexte d'où elle est issue, en même temps qu'il est nécessaire de souligner les critiques dont a pu faire l'objet cette approche.

¹⁵¹⁸ Sur la distance qui sépare la théorie de la pratique en cette matière, voir : G. CORNU, *op. cit.*, note 1511, à la p. 163 et s.

¹⁵¹⁹ Roger HOUIN, « *De lege ferenda* », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, p. 273, à la p. 274.

¹⁵²⁰ On doit donc exclure l'hypothèse, envisagée plus haut, des règles jurisprudentielles implicites.

§ 1 - Les raisons du recours à la formule

De façon générale, le traitement réservé aux arrêts de la Cour de cassation, dans le cadre des commentaires et des notes d'arrêt, semble correspondre à l'analyse que l'on ferait à l'égard d'une règle législative¹⁵²¹. Selon le professeur Malaurie, il y aurait eu, sur cet aspect précis, une évolution marquée dans l'analyse doctrinale des arrêts :

La règle est en effet qu'on ne commente un arrêt que dans la mesure où il apporte quelque chose de nouveau. Dans la grande tradition - celle de Labbé et de Planiol - la note d'arrêt était cantonnée à la discussion de la décision. Sur ce point aussi, les choses changent. Aujourd'hui, le commentaire d'arrêt est souvent une note prétexte, une dissertation sur tel ou tel point de Droit, qui s'apparente à une étude ordinaire - la jurisprudence est alors traitée comme une autre source de droit.¹⁵²²

Même si l'on retrouve un rappel sommaire des faits, le plus souvent résumés en un ou deux paragraphes, les arrêtistes reviennent rarement sur les éléments contextuels de l'arrêt lorsqu'ils entreprennent d'en faire la glose. Et bien qu'elle fit l'objet de mises en gardes diverses, cette méthode peut se justifier si l'on tient compte de l'objet interprété.

D'une part, tel qu'on a pu le constater dans le cadre de l'identification de la règle jurisprudentielle, la formulation utilisée par la Cour de cassation est censée représenter directement et fidèlement sa volonté¹⁵²³. La pratique de rédaction des « chapeaux », détachés de la contingence des faits ayant donné lieu au litige, sans expression de dissidence interne et leur reproduction dans les sommaires censés exprimer le suc jurisprudentiel de l'arrêt semblent chacun inciter le lecteur à faire fi des autres éléments qui entourent leur énoncé¹⁵²⁴. De plus, le

¹⁵²¹ Selon M. le doyen Carbonnier : « Il va de soi, aujourd'hui, qu'une note d'arrêt ne saurait être une dissertation épinglée à un arrêt. [...] Mais, bien souvent, on ne compte, pour cette pénétration, que sur une dissection de texte, plus précisément des motifs de droit de la décision, rapprochant de façon révélatrice le commentaire d'arrêt du commentaire de loi. » (Jean CARBONNIER, « Notes sur des notes d'arrêts », *D.* 1970.chron.XXX.137, à la p. 138).

¹⁵²² Philippe MALAURIE, « Rapport français », dans *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'association Henri-Capitant, t.xxxi, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 83, à la p. 88.

¹⁵²³ Voir *supra*, aux pp. 261 et s.

¹⁵²⁴ En effet, devant un « chapeau » qui énonce « une règle de droit en termes abstraits qui ne font aucune référence aux données propre au litige », le lecteur est invité à faire fi du contexte général d'énonciation. Pour une description de cette technique de rédaction, voir : André PERDRIAU, « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1990.I.3468, au par. 57.

fait que la Cour soit amenée à réitérer les mêmes affirmations de droit, à l'intérieur d'arrêts faisant intervenir des situations factuelles différentes, a pour conséquence que les juristes sont souvent en présence d'affirmations de droit dissociées de leur contexte d'origine, ce qui n'est pas sans conséquence sur la lecture du texte. Ce style de motivation entraîne indubitablement le lecteur à tenir compte des mots, de la lettre du texte, et peut-être à s'y tenir; surtout lorsque la règle porte sur une question indépendante au litige principal ou dans un *obiter dictum*. Et ce phénomène s'amplifie lorsqu'il est conjugué à la technique de répétition de ces mêmes propositions¹⁵²⁵ à la suite, notamment, de ce que les juristes appellent un « pilonnage » d'arrêts. En l'occurrence, on pourrait faire une analogie avec la méthode employée lorsque le juriste se trouve devant une loi nouvelle : les termes « tous neufs » semblent appeler une interprétation fidèle à leur sens commun¹⁵²⁶. Dans ces cas, on peut présumer que la pensée de l'auteur est fidèlement transmise par la proposition qui exprime la règle, qu'il ne peut y avoir d'erreur dans celle-ci et, par conséquent, qu'il est approprié d'« aborder [le] texte législatif par une étude minutieuse, intelligente et réfléchie de sa formule »¹⁵²⁷. Le processus de formation des règles jurisprudentielles et leur formulation semblent donc justifier le recours à la méthode que l'on pourrait qualifier de « grammaticale », c'est-à-dire « [qui] met l'accent sur l'approche textuelle de la pensée »¹⁵²⁸ du juge.

D'autre part, les spécialistes de la question, tel M. le doyen Perdriau, justifient quelque peu l'accent qui est placé sur le texte, au détriment du contexte factuel de l'arrêt, dans la mesure où elle rend compte d'un effort réel de la part de la Cour de résumer sa pensée au moyen d'une proposition de droit. Par exemple, il a défendu l'idée qu'elle devrait systématiser l'utilisation de « mots clés » dans ses décisions, afin que les catégories auxquelles elle fait référence soient clairement définies. De cette façon, la Cour pourrait éviter « que l'on ait à se

¹⁵²⁵ Il arrive que la Cour de cassation ait recours à la technique du « pilonnage » d'arrêts pour affirmer ou confirmer un principe juridique, c'est-à-dire qu'elle répète une même proposition de droit à l'intérieur de plusieurs décisions rendues le même jour.

¹⁵²⁶ G. CORNU, *op. cit.*, note 1511, à la p. 173 : « l'interprétation de la loi nouvelle commande un nouvel usage de la méthode exégétique ».

¹⁵²⁷ Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, à la p. 241.

¹⁵²⁸ P. A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 1527, à la p. 325.

livrer aux incertitudes de raisonnements par analogie ou *a contrario* »¹⁵²⁹. À titre d'illustration, il relève un cas où

la solution donnée à l'occasion d'une espèce soit valable dans des espèces voisines et que, dans un but didactique, il y ait intérêt à le faire savoir. Cette situation s'est rencontrée fréquemment sous l'empire de la loi n. 67-563, du 13 juillet 1967 eu égard à ce que plusieurs de ses dispositions étaient communes au règlement judiciaire et à la liquidation des biens; sans s'arrêter à ce que le justiciable en cause n'était frappé que d'une seule de ces mesures, la chambre commerciale a pris l'habitude d'écrire dans ces hypothèses [...] « Attendu que le débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens peut... » pour marquer ainsi que la nature de la procédure collective était indifférente.¹⁵³⁰

Même s'il s'agissait d'un cas mettant en jeu un « règlement judiciaire », la Cour visait également les mesures de liquidation des biens : la portée de la règle, selon cette logique, correspond exactement aux termes utilisés. Enfin, grâce aux travaux sociologiques de M^{me} Saluden, on a pu apprendre que les formules passées jouissaient d'un respect presque totémique auprès des juges de la Cour suprême, ceux-ci ne se sentant pas autorisés à procéder à des distinctions subtiles en raison, par exemple, d'un contexte factuel différent¹⁵³¹. Par conséquent, la méthode voulant que l'interprétation de la règle jurisprudentielle passe essentiellement par une analyse de son expression n'est pas dénuée de fondement. Elle a, toutefois, fait l'objet de critiques qui en ont relativisé l'utilité, notamment, et c'est paradoxal, dans sa faculté de bien décrire l'opinion de la Cour et de prévoir l'évolution de la règle¹⁵³².

¹⁵²⁹ André PERDRIAU, « Les arrêts de la Cour de cassation au regard de l'informatique », *J.C.P.* 1990.1.3436, au par. 21.

¹⁵³⁰ A. PERDRIAU, *loc. cit.*, note 1529, au par. 21 et il ajoute : « La portée des décisions de la Cour ne pourrait qu'être élargie par ce procédé et leurs interprètes n'auraient plus à se livrer à des extrapolations parfois hasardeuses. »

¹⁵³¹ Marianne SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence, étude sociologique*, Thèse Paris II, 1983, à la p. 128, elle fait état d'un cas où le Président a cassé à regret un arrêt de la Cour d'appel et a décidé de le publier afin qu'il soit cité dans les *Rapports annuels* (civ. 2^e ch. 11 juillet 1979, *Bull. civ.* n° 209, p. 144; *Rapport de la Cour de cassation*, 1979, p. 75); elle a pu constater également que les juges n'aiment « pas trop fixer des principes dont la rigidité risque, un jour, d'être une entrave face à la diversité et au caractère fluctuant des affaires. » (*Id.*, p. 290)

¹⁵³² Cette dernière critique pourrait être qualifiée d'externe à la directive, dans la mesure où celle-ci n'a pas pour objectif de prévoir l'évolution de la règle jurisprudentielle.

§ 2 - Les critiques du recours à la formule

On peut souligner, à cet égard, la critique formulée par le professeur Atias qui relève que, dans la mesure où elle relègue au second rang l'étude du contexte général de l'arrêt, la méthode comporte des faiblesses :

Dans l'analyse des arrêts de principe, [...] la tentation est de ne plus voir que le principe. Certains d'entre eux se prêtent assurément à l'exégèse. Encore faut-il que l'interprétation grammaticale laisse place à la recherche d'une inspiration cohérente ! L'ambiguïté de la décision, les considérations de fait, toutes les autres circonstances de quelque importance doivent être prises en compte.¹⁵³³

Cette « tentation de ne plus voir que le principe » peut avoir pour effet d'écarter certaines nuances qui se trouvent exprimées dans l'arrêt¹⁵³⁴. À cet égard, on pourrait relever le traitement minutieux que la Cour accorde à la description des faits tenus pour pertinents. Suivant M. Breton, la Cour prendrait un soin particulier à limiter l'énoncé des circonstances en évoquant seulement celles qui justifient la solution retenue¹⁵³⁵. Technique de motivation dont le but est d'éviter de « croire que la solution donnée se rattache à tel détail futile, et non à tel fait

¹⁵³³ Christian ATIAS, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *J.C.P.* 1984.I.3145, au par. 10.

¹⁵³⁴ C. ATIAS, *loc. cit.*, note 1533, au par. 4 :

bien des arrêts de principe sont beaucoup moins univoques et décisifs que ses interprètes semblent le croire parfois. Loin d'éliminer l'une des deux thèses du champ de l'argumentation juridique pour couronner solennellement l'autre, la Cour laisse place à une possibilité de compromis. Les deux opinions soutenables demeurent en présence. L'une des deux est seulement dominante à certains égards, dans la lettre de la décision notamment.

Et le professeur donne un exemple, au par. 7 :

[les arrêts de principe] qui sont particulièrement faciles à résumer sous la forme d'un "sommaire" de revue se détachent des principes qu'[ils] posent; ceux-ci prennent leur autonomie. L'arrêt de 1914 avait été rendu à propos d'une caisse coopérative de crédit à capital variable. Sa formulation générale a permis d'appliquer les principes dégagés en cette occasion à tous les groupements privés. C'est le principe qui s'impose et demeure, non pas tel qu'il avait été pensé par les juges, mais tel qu'il figure dans les ouvrages divers qui le pérennisent. Les particularités de l'espèce et les hésitations de la rédaction sont estompées par les commentateurs, plus encore par les utilisateurs. La motivation elle-même, lorsqu'elle nuance le propos d'ensemble, est peut-être oubliée.

¹⁵³⁵ André BRETON, « L'arrêt de la Cour de cassation », (1975) 23 *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse* 7, à la p. 10. Voir : Jacques VOULET, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1970.I.2305, au par. 2.

qui a été tenu pour déterminant »¹⁵³⁶. Ne pas en tenir compte risque donc de mener à une déformation de l'opinion de la Cour¹⁵³⁷.

Mais la question demeure : jusqu'à quel point les faits peuvent-ils servir à délimiter la portée de la règle ? Selon certains juristes, la description des faits permettrait de cerner plus ou moins directement le domaine d'application de la règle jurisprudentielle. C'est l'opinion défendue par M^{me} Delon :

[la] règle jurisprudentielle est le résultat des données qui se dégagent de l'analyse d'un certain type de situation. Ce sont des données qui justifient la création de la règle jurisprudentielle. Il est donc logique d'affirmer qu'une situation ne peut donner lieu à l'application d'une règle jurisprudentielle que si l'on retrouve les données ayant abouti à l'énoncé de cette dernière.¹⁵³⁸

Même s'il peut paraître naturel de relever « ces données ayant abouti à l'énoncé » de la solution de droit pour déterminer la portée de la règle¹⁵³⁹, plus particulièrement dans les cas où la Cour les qualifie d'une façon nouvelle¹⁵⁴⁰, ce critère soulève fatalement le problème de la connaissance de celles-ci. On peut bien sûr espérer que, tel que l'a écrit M. Breton, seuls les « faits déterminants » soient relevés par la Cour, mais l'interprète n'a aucun moyen de vérifier à quel point ils ont vraiment « abouti à l'énoncé »¹⁵⁴¹. C'est, d'ailleurs, un peu le sens du constat qu'a formulé M. le doyen Carbonnier lorsqu'il a rappelé qu'une saine compréhension de la portée d'un arrêt exigerait que l'on dépasse la simple lecture des motifs, car

¹⁵³⁶ A. BRETON, *loc. cit.*, note 1100, à la p. 11.

¹⁵³⁷ Voir, Jacques HÉRON, « L'infériorité technique de la règle jurisprudentielle », [1993] *R.R.J.* 1083, à la p. 1085 :

cette règle n'est pas indépendante par rapport à la décision qui l'a rendue, elle n'a été créée qu'à cause de la décision et constitue le soutien de la décision, de sorte que la compréhension de la norme jurisprudentielle suppose toujours que l'on remonte de la décision à la règle [...] la règle posée par le juge ne fait que relier les faits à la solution. Elle n'est pas l'élément central et nécessaire de la décision.

¹⁵³⁸ Dominique DELON, *La jurisprudence source de droit*, thèse, Paris II, 1980, à la p. 376.

¹⁵³⁹ Voir l'opinion du professeur Zénati : « [l'interprétation] n'implique pas une recherche d'intention comme l'intention de la règle légale, car, révélation plutôt que création, elle n'est pas le produit d'un acte de volonté [...] [Ce] que recherche l'interprète de la jurisprudence c'est en fait la conjecture responsable de la solution » (Frédéric ZÉNATI, *La jurisprudence*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1991, à la p. 161).

¹⁵⁴⁰ Voir les exemples décrits plus haut : *supra*, aux pp. 208 et s.

¹⁵⁴¹ J. VOULET, *loc. cit.*, note 1100, au par. 2 : « l'exposé des faits est rédigé succinctement et ne retient que les éléments absolument essentiels, de sorte que seule la lecture de la décision attaquée (qui n'est généralement pas reproduite dans les recueils) permet de connaître d'une manière complète les diverses circonstances de l'affaire. »

un véritable réalisme requiert davantage [que le simple commentaire des motifs d'un arrêt] : qu'au texte on ajoute le contexte [...] Mais comment l'annotateur connaîtra-t-il les faits, alors que les motifs en parlent si peu, surtout au sommet de la hiérarchie judiciaire, et que le dossier lui est d'ailleurs fermé ? C'est ici qu'est irremplaçable, pour donner une signification au demi-mot de la décision, une expérience concrète des relations humaines dans le milieu litigieux, qu'il s'agisse de famille ou de médecine, d'automobilistes ou de fermiers.¹⁵⁴²

Un autre phénomène qui affaiblit le strict recours à la formule de droit contenue dans un arrêt est qu'il ne permet pas d'anticiper l'évolution de la règle, sa capacité prédictive semble quelque peu limitée. En effet, les juristes français soulignent fréquemment le danger qu'il y aurait de prétendre qu'un arrêt puisse « tout dire » sur le droit, et donnent à titre d'exemple l'un des modes d'évolution des règles jurisprudentielles qui consiste pour la Cour de cassation de procéder par « touches successives », en affinant peu à peu la portée de la règle de droit¹⁵⁴³. Selon M. Lindon,

[]orsque la Cour est appelée à poser un principe nouveau, celui-ci n'est généralement pas énoncé du premier coup dans sa forme définitive [...] La Cour sait par expérience que la prudence commande de procéder progressivement, en prenant conscience, avec la diversité des espèces et de leurs circonstances de fait, de l'ensemble des applications qu'il faut prévoir, des précautions à prendre, des limites à observer.¹⁵⁴⁴

Cette technique, généralement appelée « la technique des petits pas », permet donc à la Cour de procéder à coups de tâtonnements, ce qui implique, en retour, que la formule initiale doit être retenue qu'avec précaution¹⁵⁴⁵. Par exemple, lorsque la Cour a eu à traiter des troubles

¹⁵⁴² J. CARBONNIER, *loc. cit.*, note 1521, à la p. 138. Voir aussi : Adélard ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », (1902) 1 *R.T.D.C.* : 5, à la p. 13, au sujet du traitement qu'il convient de faire à l'égard d'une « jurisprudence acquise » :

Il faudra [...] rechercher les causes profondes de cette marche dans un sens donné, de ces déviations, de ces réactions ou de ces progrès. Elles se trouvent toujours dans les besoins de la vie sociale ou dans les idées morales ou scientifiques des contemporains. Ce sont parfois des préjugés largement répandus, parfois de grandes vérités qui peu à peu montent à la lumière. Pour les connaître il faut d'ailleurs consulter les documents les plus divers : écrits des jurisconsultes et d'économistes; recueils de statistiques; polémique de presse; romans ou pièces de théâtre. Enfin, il faut étudier les *procédés techniques* de la jurisprudence.

¹⁵⁴³ La théorie de l'enrichissement sans cause demeure peut-être l'exemple le plus classique, voir *supra*, aux pp. 197 et s.

¹⁵⁴⁴ Raymond LINDON, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1975.I.2681, à la partie II, d.

¹⁵⁴⁵ A. BRETON, *loc. cit.*, note 1100, à la p. 26 :

lorsqu'on veut étudier une jurisprudence, il est vain de prétendre l'embrasser en ne considérant qu'une décision déterminée. Il est bien connu que la jurisprudence procède en utilisant ce qu'on appelle aujourd'hui la méthode des petits pas. Pour connaître une jurisprudence, il faut

de voisinage causés sans qu'il y ait un empiètement, elle a rendu un arrêt important qui, à un certain moment de son histoire, a donné à penser que seule une preuve de « troubles causant des inconvénients anormaux de voisinage » permettait de réclamer une réparation, même sans faute de la part du propriétaire¹⁵⁴⁶. Mais cette amorce jurisprudentielle a fait long feu devant une salve nourrie de décisions qui formulaient expressément la nécessité d'établir la faute du voisin embarrassant¹⁵⁴⁷. Timidement, un arrêt sembla remettre en cause cette dernière tendance jurisprudentielle¹⁵⁴⁸ et, quelques années après, on a pu constater qu'elle consacra clairement la possibilité d'une responsabilité sans faute d'un voisin, même dans les cas où il n'y avait pas d'empiètement¹⁵⁴⁹. S'en remettre à la seule formule contient donc sa part de risque pour qui veut prédire l'évolution du droit.

Enfin, une autre série de critiques consiste à reprocher à la Cour de ne pas faire valoir avec suffisamment de précisions les raisons d'être de sa décision, ce qui empêche de comprendre exactement la portée qu'elle désire apporter à la solution de droit qu'elle

donc considérer l'un après l'autre les divers arrêts dont elle est constituée. On voit alors que ces arrêts, qui semblent *a priori* tous pareils, diffèrent bien souvent en réalité les uns des autres et comment leur succession peut marquer une évolution.

De plus, accorder un tel poids aux mots semble exagéré si l'on considère les conditions dans lesquelles les arrêts sont rédigés, conditions qui ont été décrites par M. Bellet alors qu'il occupait le poste de premier président de la Cour de cassation : « Il n'est plus possible de prendre le recul nécessaire, ni, à plus forte raison, de méditer comme cela se devrait, à notre niveau.[...] En dehors des réunions prévues traditionnellement, pour la préparation des arrêts, au sein de chaque chambre, il n'y a pas de rencontre de chambre à chambre, de conseiller à conseiller, pas de recyclage. » : Pierre BELLET, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », (1981) 2 *R.I.D.C.* 293, à la p. 299; René Savatier avait souligné qu'en matière de responsabilité délictuelle « [l]e sentiment à peu près unanime de la doctrine et de la pratique est que la jurisprudence a fini par entrer dans des impasses où le justiciable ne peut souvent plus deviner d'avance de quelle manière il sera jugé. [...] [Dans ces cas] ses [à la Cour de cassation] arrêts de principe sont trop aisément des décisions d'espèce. » : René SAVATIER, « Observations sur les modes contemporains de formation du droit », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 1, Paris, Dalloz, 1963, p. 293, aux pp. 304-305.

¹⁵⁴⁶ *Crédit Lyonnais c. Ardisson et autres*, ch. Req, 23 mars 1927, *D. P.* 1927.I.73, note R. SAVATIER, à la p. 77 : « Mais attendu que l'exercice du droit de propriété demeure subordonné à la condition de ne pas causer de dommages à la propriété d'autrui ». La note de René Savatier appuyait l'interprétation selon laquelle l'exigence d'une faute n'était pas nécessaire en matière de troubles de voisinage. Toutefois, l'arrêt demeurerait ambigu dans la mesure où la Cour relevait expressément la faute du propriétaire.

¹⁵⁴⁷ Voir la note de Raymond LINDON, *époux Vullion c. Sté immob. Vernet-Saint Christophe et autres*, 3^e ch. civ., 4 fév. 1971, *J.C.P.* 1971.II.16781.

¹⁵⁴⁸ *Société immobilière Grammont c/ époux Lambrigot*, 2^e ch civ., 3 déc. 1964, *Bull. civ.* II, n. 782, p. 575, à la p. 576 : « le dommage causé dépassait les inconvénients normaux de voisinage », sans exiger de faute.

¹⁵⁴⁹ La Cour formule la proposition suivante : « Attendu que le droit pour un propriétaire de jouir de sa chose de la manière la plus absolue, sauf usage prohibé par la loi ou les règlements, est limité par l'obligation qu'il a de ne pas causer à la propriété d'autrui aucun dommage dépassant les inconvénients normaux du voisinage » (*époux Vullion c. Sté immob. Vernet-Saint Christophe et autres*, précité, note 1547).

énonce¹⁵⁵⁰. Pour reprendre la réflexion de Jeremy Bentham, selon laquelle : « [u]ne disposition dont on ignore le motif ne jette pas de racine profonde dans l'intelligence [car] on ne comprend bien que les choses dont on comprend le *pourquoi* »¹⁵⁵¹, l'ignorance des motifs sous-jacents à la formule de la règle jurisprudentielle constituerait un obstacle important à sa compréhension. D'ailleurs, cette lacune empêche, à toutes fins utiles, que l'on puisse manier avec certitude les arguments logiques traditionnellement invoqués à l'égard des lois¹⁵⁵². Pour cette raison peut-être, certains mécanismes permettent à la Cour de faire connaître les raisons profondes qui ont justifié l'adoption de telle ou telle proposition. À cet effet, elle peut s'exprimer, par la voix de l'un de ses membres, dans le cadre d'une note sous arrêt ou à l'intérieur d'un commentaire publié dans un *Rapport de la Cour de cassation*¹⁵⁵³. Peut également servir à connaître les raisons de la décision, l'analyse du « rapport ou des conclusions qui ont guidé la délibération de la Cour »¹⁵⁵⁴. Mais en dehors de ces cas particuliers, « [l]'énoncé de principes sans explications et sous une forme brève a pourtant bien d'autres conséquences regrettables. Une des plus graves est sans doute que la portée des principes ainsi formulés reste souvent incertaine. »¹⁵⁵⁵

Ainsi, le juriste français est placé devant une formulation jurisprudentielle et une présentation formelle de l'arrêt qui l'incitent, lorsqu'il interprète la règle jurisprudentielle, à réfléchir sur les termes utilisés par le juge. En même temps, la doctrine a suffisamment illustré les dangers de s'en tenir à cette seule méthode. Et cette tension entre les deux méthodes de lecture possibles des arrêts se retrouve généralement dans les notes d'arrêts qui ont pour double fonction de décrire la portée de la règle et d'en envisager sa répercussion dans l'ordre

¹⁵⁵⁰ Cette remarque semble constante en droit privé : René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911, à la p. 222 : « Il convient aussi que les arrêts soient rédigés de façon à établir très nettement leur portée. Ils doivent donner les motifs profonds de leurs solutions et non pas procéder par simples affirmations, comme ils tendent à le faire. Il doit ressortir très clairement de leurs termes que c'est pour telle ou telle raison que l'on s'est écarté dans telle affaire de la solution qui avait été précédemment proposée. »

¹⁵⁵¹ Jeremy BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. 3, p. 83 et s. tel que cité par Joseph RÉMY dans la réédition des *Oeuvres complètes de J. Domat*, tome premier, Paris, Alex-Gobelet, 1835, à la p. ix.

¹⁵⁵² Gérard CORNU, « Le règne discret de l'analogie », [1995] 4 R.R.J. 1067, à la p. 1073 : « [l]a raison qui justifie l'extension raisonnée de la règle de droit est la raison même de la règle ». Cette observation de M. le doyen Cornu vaut aussi pour les raisonnements *a contrario* et *a fortiori*.

¹⁵⁵³ Qui est présenté tous les ans au Garde des Sceaux, en vertu des articles 12 et 13 du décret du 22 décembre 1967.

¹⁵⁵⁴ A. TOUFFAIT et A. TUNC, *loc. cit.*, note 1504, à la p. 489.

¹⁵⁵⁵ A. TOUFFAIT et A. TUNC, *loc. cit.*, note 1504, à la p. 494; sur cette critique, voir l'appui que lui réserve M. Lindon : Raymond LINDON, *loc. cit.*, note 1544, à la partie IV b.

juridique. À ce titre, la méthode retenue met surtout l'accent sur la formulation de la règle jurisprudentielle; toutefois, ce premier contact est le plus souvent complété par une étude de l'influence du contexte factuel dans la détermination du domaine d'application de celle-ci et de l'impact que risque d'avoir la règle dans l'ordre juridique.

Afin d'illustrer ce procédé, on peut prendre un exemple tiré d'une note d'arrêt portant sur une source de responsabilité naissante, celle tirée d'une relecture de l'alinéa premier de l'article 1384 du *Code civil*. En effet, l'un des revirements les plus importants dans les années 1990 a sans doute été celui qui a été amorcé par l'arrêt *Blieck*¹⁵⁵⁶ dans lequel l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a reconnu la possibilité d'étendre les cas de responsabilité du fait des personnes dont on doit répondre¹⁵⁵⁷. À partir de ce revirement, les juristes français étaient à l'affût des décisions qui allaient circonscrire la portée de cette nouvelle source de responsabilité; et c'est dans ce contexte qu'ont été rendus, en 1995, deux arrêts de la Cour de cassation dans lesquels était énoncé un principe nouveau de responsabilité civile des associations sportives :

les associations sportives ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions sportives auxquelles ils participent sont responsables, au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, des dommages qu'ils causent à cette occasion.¹⁵⁵⁸

La note d'arrêt qui les accompagnait mérite d'être analysée, car elle reprend l'ensemble des points de méthode qui ont été décrits plus haut.

Au départ, on peut souligner que l'identification de la règle est relativement simple : le sommaire reprend mot pour mot la formule retenue par la Cour. Aussi, on peut lire que « Ces

¹⁵⁵⁶ Association des centres éducatifs du Limousin *c./* Blieck, Ass. plé. 29 mars 1991, *D.*1991.juris.324, note Christian LARROUMET; *J.C.P.* 1991.II.21673, concl. Dontenville, note GHESTIN.

¹⁵⁵⁷ Elle s'est fondée sur l'article 1384 al. 1^{er} du Code civil, alinéa qui avait été très fertile avant l'arrêt *Blieck*, mais seulement à l'égard des choses que l'on a sous sa garde (Voir : *Veuve Jand'heur c. Les Galeries belfortaises*, Ch. réun., 13 fév. 1930, *D.P.*1930.1.57). Dans ce cas, la Cour de cassation a détourné le sens que devait avoir cet alinéa dans la mesure où il était censé constituer un rappel du régime général de responsabilité (« On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait ») et une annonce des autres régimes particuliers (« mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre », soit les régimes prévus aux alinéas suivants de l'article 1384; et « ou des choses que l'on a sous sa garde », soit les régimes prévus aux articles 1385 et 1386 du Code civil).

¹⁵⁵⁸ Cass. 2^e civ. 22 mai 1995, *UAP c. Rendeygues*; Cass. 2^e civ. 22 mai 1995, *USPEG c. Fédération française de rugby*, note Jean MOULY, *J.C.P.* 1995.II.22550.

arrêts ont été signalés par le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* (25 juillet 1995, n° 767) et auront les honneurs de la publication ». Ils sont donc porteurs d'un principe important, le professeur Mouly parlera d'une « nouvelle règle jurisprudentielle »¹⁵⁵⁹. Ensuite, l'annotateur tente de circonscrire la portée de la règle et c'est à ce stade que l'on peut observer l'importance de la formule dans son analyse. *A priori*, « la formule est sans ambiguïté »¹⁵⁶⁰, c'est donc en décortiquant son contenu que l'auteur tente de sonder les situations visées par celle-ci. Étant donné que la Cour a écrit que cette responsabilité entre en jeu à l'« occasion » des « compétitions sportives », il peut affirmer que les termes sont assez larges pour inclure « la rentrée dans les vestiaires »¹⁵⁶¹ après un match, mais qu'ils sont trop limités pour indemniser « les dommages causés lors des exercices d'entraînement ou provoqués par des spectateurs [...] car ces derniers ne participent pas à la compétition »¹⁵⁶². De même, il souligne que la formule « ne fait nullement référence au caractère illicite du comportement dommageable du joueur, mais seulement à son rôle causal »¹⁵⁶³. Ainsi, les éléments contextuels, quels qu'ils soient, sont peu ou pas du tout examinés dans le processus d'interprétation de la règle¹⁵⁶⁴, si ce n'est que l'annotateur justifie l'apparition de la nouvelle source de responsabilité civile en soulignant le fait que les associations impliquées étaient assurées – aspect qui ne se constate malheureusement pas à la lecture de l'arrêt¹⁵⁶⁵.

Bien entendu, l'annotation ne se limite pas simplement à l'exposé de la portée réelle ou supposée de la nouvelle source de responsabilité : l'auteur tente de l'intégrer dans une théorie plus large¹⁵⁶⁶ qui consiste à dresser les jalons d'une reconnaissance d'un principe général de

¹⁵⁵⁹ J. MOULY, *loc. cit.*, note 1558, au par. 8.

¹⁵⁶⁰ *Id.*, au par. 7, et il la reprend *in extenso*. Par conséquent, elle est reproduite intégralement à quatre reprises.

¹⁵⁶¹ *Id.*, au par. 10.

¹⁵⁶² *Ibid.*, au par. 10.

¹⁵⁶³ *Id.*, au par. 22.

¹⁵⁶⁴ Par exemple, l'annotateur ne relève pas les circonstances exactes dans lesquelles ont été occasionnés les dommages, à savoir « qu'au cours d'un match de rugby un joueur de l'équipe [...] a été blessé [par un coup de pied] par un joueur de [...] qui n'a pas été identifié » (1^{er} arrêt) et, dans le 2^e arrêt, qu'« une bagarre a mis au prise les joueurs de deux équipes [...] [et] que M. Leydier [...] a été mortellement blessé ». La violence des gestes commis à l'endroit des victimes, dans le cas du 2^e arrêt, aurait pu constituer un facteur important dans l'analyse de la décision.

¹⁵⁶⁵ J. MOULY, *loc. cit.*, note 1558, au par. 8. En effet, il souligne que l'« existence d'une obligation légale d'assurance » pour les petites associations sportives constitue un élément qui a « sans doute pesé lourd dans la décision de la Cour de cassation. » (*Ibid.*)

¹⁵⁶⁶ Dès le paragraphe introductif, M. Mouly souligne l'apport premier des arrêts, celui de faire passer le

responsabilité « causé par le fait des personnes doit on doit répondre »¹⁵⁶⁷. En effet, certains juristes ont cru que la règle énoncée participait à un mouvement général vers l'émergence de celui-ci¹⁵⁶⁸. Mais à l'égard de la question plus précise qui consiste à déterminer l'étendue de la responsabilité des « associations sportives lors des compétitions », la portée de la règle jurisprudentielle dépend essentiellement des termes qu'utilise la Cour¹⁵⁶⁹.

La méthodologie française en matière d'interprétation des règles jurisprudentielles semble ainsi centrée sur la formulation de la règle jurisprudentielle; et ce procédé, même s'il est critiqué, demeure la pierre de touche d'une évaluation de sa portée normative. À côté de cette approche, il est difficile de présenter globalement le degré exact d'intérêt qui sera accordé à la situation factuelle dans l'interprétation de la règle. Il est possible que pour chaque type d'arrêt corresponde un niveau de lecture différent des faits. Mais l'absence de directive expresse à cet égard montre que les juristes français n'ont pas encore élaboré une *théorie* de l'interprétation des règles jurisprudentielles en rapport avec son contexte d'énonciation immédiat, c'est-à-dire celui du litige. Or il est intéressant de constater que c'est surtout à partir des circonstances entourant son énoncé que le juriste de *common law* tentera de comprendre un principe jurisprudentiel.

fondement juridique de la responsabilité des associations sportives de l'article 1384 alinéa 5, à l'alinéa premier du même article et situe cet élargissement de la responsabilité à l'intérieur d'un mouvement plus général, entamé par l'arrêt *Bliek*, qui a permis d'ajouter de nouvelles catégories des « personnes doit on doit répondre ».

¹⁵⁶⁷ 1384 al. 1^{er} *Code civil*. L'attente d'une formulation d'un principe général, créée en partie par la doctrine qui la prépare, est telle que des juristes ont vu dans ces deux arrêts « un spectaculaire revirement de jurisprudence [...] L'existence d'un principe général de responsabilité a été reconnu, c'est certain » (Françoise BÉNAC-SCHMIDT et Christian LARROUMET, « Responsabilité du fait d'autrui », dans le *Répertoire Dalloz*, Paris, Dalloz, p. 7, au par. 37). Voir aussi : François TERRÉ, Yves LEQUETTE et Philippe SIMLER, *Droit civil - Les obligations*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1999, aux pp 745 et, n° 809 et s. dont le titre est « Vers une responsabilité générale du fait d'autrui ». Sans être aussi enthousiaste, M. le professeur Mouly reconnaît l'importance des deux arrêts dans la mesure où « ils [les arrêts] ne répondent pas à une nécessité technique absolue ni à un besoin social impérieux » (J. MOULY, *loc. cit.*, note 1558, au par. 13). Le raisonnement serait le suivant : puisque l'affirmation du principe n'était pas nécessaire pour résoudre la situation litigieuse, elle prend une dimension symbolique plus importante.

¹⁵⁶⁸ F. BÉNAC-SCHMIDT et C. LARROUMET, *loc. cit.*, note 1567, au par. 37. Cette idée est surtout suggérée par le contraste frappant dans la formulation de l'arrêt *Bliek* et dans celui que l'on trouve dans les arrêts liés aux associations de rugby. Sur cette question, voir : Jean CARBONNIER, *Les obligations*, 22^e éd., Coll. « Droit privé », t. 4, Paris, P.U.F., 1999, n° 235.

¹⁵⁶⁹ Une décision récente a réaffirmé le même principe : Assoc. sportive « Amicale sportive et culturelle d'Aureilhan » c./ Dubarry, Cass. 2^e civ, 3 fév. 2000, *J.C.P.*2000.II.10316, note Jean MOULY.

Section 2 - La relative dépendance de la common law rule

La relation intime, presque symbiotique, qui relie la *ratio decidendi* avec l'ensemble des informations contenues dans un arrêt pose des difficultés à celui qui voudrait distinguer, conceptuellement, l'acte de la détermination de sa portée de celui de son interprétation. La raison en est que, sur un plan théorique, les juristes de *common law* ont entretenu, peut être volontairement, des définitions ambivalentes sur cette chose qu'ils appellent la *ratio decidendi* d'un arrêt. Bien que les juristes affirment que la *ratio decidendi* constitue une véritable règle¹⁵⁷⁰, pour les uns, elle serait foncièrement allergique à toute formulation, tandis que pour d'autres, elle pourrait se réduire aux propositions de droit que contiennent les arrêts¹⁵⁷¹. Or selon que l'on adopte ou rejette l'une de ses conceptions, le sens de l'acte d'interpréter la règle de *common law* s'en trouvera modifié¹⁵⁷². Toutefois, malgré le fait que la description d'une méthode d'interprétation de la règle de *common law* dépend de positions théoriques qui s'opposent dans le système juridique, il appert que les juges ont quelque peu contourné cet obstacle en élaborant des directives d'interprétation qui s'y rapportent sans toutefois adopter l'une ou l'autre de ces conceptions. En effet, ils ont souvent incité le lecteur d'une décision judiciaire à tenir compte des circonstances qui ont mené à son élaboration¹⁵⁷³. Et

¹⁵⁷⁰ Il est important de rappeler que la qualité d'être « règle » ne permet pas de déduire un mode de communication précis. Sur cette question, les juristes de *common law* ont souvent insisté sur le fait que lorsqu'on tente de dégager la *ratio decidendi* d'un arrêt, on peut s'attarder sur ce que le juge *a fait* ou sur ce qu'il *dit*. Or, selon que l'on s'attache à l'un ou à l'autre de ces aspects, la règle identifiée ne sera pas la même. Sur cette question, voir l'exemple de l'interdiction de porter un chapeau à l'intérieur d'une église élaborée par Herbert Hart : H. L. A. HART, *op. cit.*, note 1186, aux pp. 124 et s. Une façon de transmettre cette norme à un étranger serait d'avoir recours au langage, écrit ou parlé, et de lui formuler, d'une façon plus ou moins détaillée, l'acte désiré. En retour, on pourrait tout aussi bien procéder en lui donnant un exemple de l'acte prohibé, c'est-à-dire en enlevant ostensiblement son chapeau avant d'entrer dans le lieu de culte, indiquant ainsi le geste à imiter.

¹⁵⁷¹ « [N]o one sentence may contain the whole *ratio decidendi*, for the judge usually builds up his argument point by point, and does not always express the totality of his conclusions, but if the reader pieces together the fragments, the result is clear. » : R. N. GOODERSON, *loc. cit.*, note 1180, à la p. 899.

¹⁵⁷² D'ailleurs, certains juristes confondent les deux processus : C. K. ALLEN, *op. cit.*, note 1157, à la p. 260 : « Every *ratio* is an *interpretation* of authorities in the light of the facts of the instant case; and every interpretation, save in the House of Lords, is subject [...] to review by a higher court, which may or may not agree with the interpretation of the lower court; and even in the highest tribunal its members may differ in their interpretation of the *ratio* of anterior cases [...] The *ratio* is thus in a constant state of flux, and I venture to agree with Mr. Cross that it is not susceptible of any precise and comprehensive definition. »

¹⁵⁷³ Que ce soit lorsqu'il tente de cerner la *ratio decidendi* en rapport avec les faits pertinents (*material facts*) ou lorsqu'il évalue l'étendue de la portée obligatoire d'une décision, au moyen de la technique des distinctions, le juriste devrait, de toute façon, tenir compte de la situation concrète sur laquelle a porté le jugement.

si certains juges reconnaissent que la *ratio decidendi* peut avoir une forme écrite définie, ceux-ci réduisent volontairement la portée des formules claires portant sur le droit, ébranlant toute conviction qu'elles puissent exprimer correctement ou entièrement une règle de droit. Ainsi, le juriste de *common law* se méfie généralement des propositions de droit que contient un arrêt et, pour expliquer la raison d'être de cette prudence, il convient de souligner la relation quelque peu ambiguë qui relie la règle de *common law* au texte censé lui servir de support d'expression, pour ensuite montrer le rapport étroit qu'elle entretient avec son contexte d'énonciation.

§ 1 - Le rôle incertain du texte dans la détermination de la règle de *common law*

The reason and spirit of cases make law,
not the letter of particular precedents.¹⁵⁷⁴
Lord Mansfield

Pour la majeure partie de leur histoire, les juristes de *common law* ont préféré penser le droit comme s'il était fait d'une série de recours en justice, les droits subjectifs étant perçus comme des préceptes vagues, s'approchant de la morale et dont la pertinence juridique s'effaçait si aucune action n'en garantissait la sanction. Conformément à cette conception, on a pu considérer que la *common law* était essentiellement marquée par un esprit pragmatique et casuistique¹⁵⁷⁵ dans la mesure où le « droit écrit était de caractère processuel, désignant les circonstances qui permettaient l'accès au jury, qui contrôlait lui le fond du droit de façon informelle, opaque et essentiellement incontrôlable »¹⁵⁷⁶. Or, si ce désintérêt pour la mise par écrit des règles de droit relève surtout du folklore, il en subsiste néanmoins quelques traces dans la façon qu'ont les juges d'aborder les arrêts. Un peu comme s'ils se méfiaient des conséquences de leurs propres paroles, les juges de *common law* refusent généralement que l'on interprète la *ratio decidendi* en ayant recours aux seules propositions de droit dégagées de leur contexte. De cette façon, ils ont eu l'art de décourager l'interprète de s'en tenir strictement

¹⁵⁷⁴ *Fischer v. Prince* (1762), 3 Burr. 1363.

¹⁵⁷⁵ Voir : Peter BIRKS, « Adjudication and interpretation in the common law », (1994) 14 *L.S.* 156, à la p. 158.

aux termes utilisés et c'est cette volonté paradoxale qu'ont les juges d'exprimer le droit au moyen de formules pour ensuite refuser de se sentir entièrement liés par elles qu'il convient de souligner ici.

En premier lieu, il est indéniable que les juges, et surtout ceux de la Cour suprême, cherchent parfois à créer du droit à la manière d'un législateur. Dans certains arrêts, on peut trouver des énoncés de droit qui, par leur seule formulation, ne laissent pas de doute sur leur caractère général. Afin de confirmer leur caractère impératif, la Cour suprême prend parfois la peine d'annoncer qu'il s'agit du principe qui sera dorénavant applicable en droit canadien. De toute évidence, il y aurait là un mode de présentation des arrêts qui semble donner aux propositions écrites toutes les apparences d'une norme dont l'expression serait définitive. Ce fut le cas lorsque, dans une décision qui semblait combler une véritable lacune en *common law*¹⁵⁷⁷, on pouvait lire l'affirmation suivante du juge Laskin :

Le principe juridique qu'il faut appliquer pour apprécier la situation des parties en l'espèce peut s'énoncer comme suit. Lorsque des produits fabriqués sont mis sur le marché pour être finalement achetés et utilisés par le grand public et qu'ils sont dangereux (en l'espèce, à cause de la grande inflammabilité du produit), mêmes utilisés pour les fins auxquelles ils sont destinés, le fabriquant est tenu, connaissant le risque, de préciser les dangers concomitants, car il faut présumer qu'il est plus apte à apprécier ces dangers que le consommateur ou l'usager ordinaire.¹⁵⁷⁸

Exprimant l'opinion unanime de la Cour, il n'est pas surprenant que le paragraphe ait été repris *in extenso* par les juridictions inférieures lorsqu'elles ont eu à traiter d'une situation mettant en cause des dommages causés par des « produits dangereux » destinés « au grand public » et dont le « fabriquant » aurait omis de « préciser les dangers » liés à leur utilisation¹⁵⁷⁹. Aussi, l'assimilation de la *ratio decidendi* à la formule écrite peut survenir quand la Cour suprême adopte des conclusions de droit qui prennent les allures de règles légales, avec leurs

¹⁵⁷⁶ Patrick H. GLENN, « L'impossible *stare decisis* », [1993] 4 *R.R.J.* 1073, aux pp. 1074-1075.

¹⁵⁷⁷ Aucun précédent n'a été cité pour régler la question.

¹⁵⁷⁸ *Lambert c. Lastoplex Chemicals*, [1972] R.C.S. 569, aux pp. 574-575. Le principe est repris intégralement dans le résumé de l'arrêt.

¹⁵⁷⁹ En effet, ce paragraphe a été intégralement repris dans plusieurs décisions, dont les suivantes : *Smithson v. Saskem Chemicals Ltd.*, [1986] 1 W.W.R. 145 (Sask. Q.B.), à la p. 154 : « The law that governs the degree to which the manufacture of a hazardous product must warn the public [...] was settled in *Lambert* ... »; *Moffat v. Witelson*, (1980) 29 O.R. (2d) 7 (Ont. H.C.), à la p. 14 : « The principle of law applicable [...] »; *Labrecque v.*

paragraphes et leurs alinéas numérotés¹⁵⁸⁰. Devant ce type d'expressions, il pourrait paraître artificiel de maintenir que les règles de *common law* sont non écrites ou qu'elles ne sont pas exprimées sous une forme authentique. Dans ces cas également, le style des propositions de droit incite l'interprète à s'en tenir strictement aux termes utilisés et à faire abstraction des circonstances précises au regard desquelles ils ont été employés. Or, si la présentation des arrêts favorise indéniablement une approche axée sur le texte, les juges ont souvent souligné les dangers qu'il y avait à se limiter à la seule formule d'une décision judiciaire, quel qu'en soit le degré de généralité.

En effet, en deuxième lieu, les juges de *common law* ont généralement mis en garde les juristes contre toute interprétation des propositions de droit qui ferait abstraction du cadre dans lequel elles ont été émises. Et bien que l'on peut trouver plusieurs versions de cette directive d'interprétation¹⁵⁸¹, elle a été clairement affirmée par le juge Duff de la Cour suprême :

[traduction] en règle générale, il n'est pas légitime d'utiliser un jugement de façon à en séparer les expressions particulières de leur contexte et, sans tenir compte du point de droit abordé ou les faits de la cause, d'utiliser ces expressions comme si elles s'appliquaient à d'autres décisions.¹⁵⁸²

La raison d'être de cette prescription repose certainement sur l'idée que le juge de *common law* ne prononce jamais dans l'abstrait. L'énoncé de droit qu'il formule est donc accessoire à l'acte de juger qu'il accomplit, à tel point qu'un auteur a pu écrire que « [traduction] les formulations verbales des règles de droit élaborées par les juges peuvent être ignorées »¹⁵⁸³. Ainsi, malgré

Saskatchewan Wheat Pool, (1977) 78 D.L.R. (3d) 289 (Sask. Q.B.), à la p. 302 : « I find the applicable principle of law [...] to be enunciated by Laskin [...] ».

¹⁵⁸⁰ Voir les exemples mentionnés *supra*, aux pp. 168 et s.

¹⁵⁸¹ Voir : *Crombie v. Canadian Government Merchant Marine*, (1921) 68 D.L.R. 314 (Ex. C.), à la p. 316 : « decisions must be interpreted by the facts upon which they are pronounced »; *Guaranty Trust c. R.*, [1948] R.C.S. 183, à la p. 213 des motifs du juge Rand : « [traduction] Il faut lire les motifs d'un jugement dans le contexte de la question à l'étude. »

¹⁵⁸² « [Version originale] as a general rule, it is not a legitimate use of a judgment to separate particular expressions from their context and, without regard to the point at issue or the facts of the case, to treat those expressions as governing the decision in other cases » : *Canadian Pacific Ry. v. Anderson*, [1936] R.C.S. 200, à la p. 204.

¹⁵⁸³ R. A. SAMEK, *loc. cit.*, note 1119, à la p. 446 : « [version originale] the verbal formulation of rules laid down by judges can be ignored », « a good judge will always be more concerned with the processes of reasoning of his predecessors than with their verbal formulations, and with reasoning in depth rather than with dogmatic reasoning » (*id.*, à la p. 447); les juges usent d'un langage un peu plus prudent : *Monk v. Worbey et al.*, [1935] 1 K. B. 75, à la p. 81 : « I desire to say first that it is always dangerous to take one or two observations out of a long judgement and treat them as if they gave the ratio decidendi of the case. » Arthur Goodhart est celui qui a

leur texture ouverte, les termes utilisés par les juges se prêtent mal à une méthode d'interprétation qui aurait pour effet d'élargir le sens des propositions de droit, que ce soit par analogie ou autrement¹⁵⁸⁴. Même si ces techniques d'interprétation sont légitimes lorsqu'elles sont utilisées à l'égard des règles législatives, Lord Reid a déclaré qu'il ne faudrait pas aborder les règles élaborées par les juges avec un même état d'esprit :

I would say that in dealing with precedents the most dangerous pitfall is to treat the words of the eminent judges as if they were provisions in an Act of Parliament. You infer from the case the sort of circumstances the judge must have had in mind. There what he said is generally quite right. But you must be very careful when the circumstances are entirely different.¹⁵⁸⁵

Les principes juridiques deviennent donc, à toutes fins utiles, de véritables pièges pour l'interprète, en ce sens que le juge les élabore en ayant à l'esprit les faits à l'égard desquels ils seront appliqués, ils ne peuvent donc en être dissociés¹⁵⁸⁶.

le plus clairement montré que les affirmations de droit n'étaient pas nécessairement les *ratio decidendi*, voir : A. L. GOODHART, *loc. cit.*, note 1163, à la p. 122 : « The whole point of my article was based on the proposition that every case must contain a binding principle, but that this binding principle is not necessarily to be found in the statement of law made by the judge. » A. W. SIMPSON, *loc. cit.*, note 1169, à la p. 89 : « it is a feature of the common law system that there is no way of settling the correct text or formulation of the rules, so that it is inherently impossible to state so much as a single rule in what Pollock called 'any authentic form of words' » ; H.K. LÜCKE, *loc. cit.*, note 1236, à la p. 72 : « [the] uncertainties involved in spelling out the legal essence of a precedent can be so great that it ceases to be binding in any real sense ».

¹⁵⁸⁴ De toute manière, toute tentative d'étendre la portée d'une *ratio decidendi* se trouve confrontée à la technique des distinctions qui permet de se dégager de l'emprise de celle-ci.

¹⁵⁸⁵ Lord REID, *loc. cit.*, note 1456, à la p. 26; cette mise en garde se trouve également dans : *Paisner v. Goodrich*, précité, note 1449, à la p. 88 : « That does not mean that the words used by the Court of Appeal are to be treated as if they were words in an act of Parliament. In substantially different circumstances they are only a guide, and not a rule. »

¹⁵⁸⁶ En écrivant ces lignes, Lord Reid a dû tenir compte du traitement que les juridictions avaient réservé à l'une des ses propres réflexions exprimées quelques années plus tôt dans l'affaire *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465. Il avait alors énoncé un principe relatif au devoir de diligence qui incombe à celui qui donne un conseil :

[traduction] Un homme raisonnable qui sait qu'on lui fait confiance ou qu'on se fie à son habileté ou à son jugement, pourrait choisir, à mon avis, entre les trois partis suivants. [...] [lorsqu'un conseil lui est demandé] il pourrait tout simplement répondre sans apporter pareille réserve. S'il prend [ce] parti, on doit, à mon avis, présumer qu'il a accepté d'assumer une certaine responsabilité quant à l'exactitude de sa réponse ou qu'il a accepté la formation d'une certaine relation avec l'autre partie, relation qui l'oblige à exercer la diligence requise dans les circonstances. (*Id.*, à la p. 486, tel que traduit dans *J. Nunes Diamonds c. Dominion Electric*, [1972] R.C.S. 769, à la p. 805)

Or, peu de temps après, Lord Diplock a dû préciser qu'il « [traduction] ne s'agit pas d'une codification législative du droit des délits civils, mais d'un exposé judiciaire des motifs pour lesquels une décision particulière est prise eu égard aux faits de l'espèce. [...] Si nous le lisons hors du contexte où se sont déroulés les débats de l'affaire *Hedley Byrne*, [...] ces termes sont assez généraux pour que l'intimé ait gain de cause dans le présent appel. [Mais] [l]eurs Seigneuries croient que ce passage devrait être interprété comme visant

Curieusement, et bien que les juges de *common law* soient facilement allergiques à la sacralisation des propositions de droit que contiennent les arrêts, celles-ci peuvent néanmoins gagner une autorité comparable à la loi : leur dépendance à l'égard de l'arrêt initial qui les a vu naître devient alors, somme toute, *relative*, et on a pu relever qu'ils pouvaient même faire l'objet d'une espèce d'exégèse¹⁵⁸⁷. Et ce phénomène, qui mérite d'être signalé, rejoint surtout les énoncés de principe contenus dans certains arrêts exceptionnels issus des plus hautes juridictions¹⁵⁸⁸ ou qui jouissent d'une certaine pérennité. Par exemple, l'affaire *R. c. Landry*¹⁵⁸⁹, le juge Dickson a fondé son raisonnement sur une décision réputée de Lord Coke¹⁵⁹⁰ en limitant son analyse aux seuls extraits retenus par le rapporteur. Selon lui,

[I]es termes clairs de l'arrêt *Semayne* autorisent le shérif, dans tous les cas où le Roi est partie, à [TRADUCTION] "s'introduire par bris dans la maison de la partie ... pour l'arrêter", si les portes ne sont pas ouvertes. Si ce pouvoir était limité par les juges aux cas d'arrestation avec mandat, on serait attendu à ce que Lord Coke le dise dans la publication de l'affaire. Il ne l'a pas dit; ceci appuie le point de vue que l'arrêt *Semayne* a accordé le pouvoir d'entrer par la force accessoire aux arrestations en général et pas seulement aux arrestations sans mandat.¹⁵⁹¹

En revanche, cette interprétation a été sévèrement critiquée par le juge La Forest qui, dissident, procède à un rappel des faits entourant l'arrêt *Semayne* pour souligner l'ambiguïté qu'ils créent

uniquement ceux qui, dans leurs affaires ou dans leurs professions, sont appelés à donner des conseils du genre de celui qui est demandé, et comme visant uniquement les conseils qu'il donnent dans le cours de ces affaires.» : *Mutual Life & Citizens' Assurance Co. Ltd et al. v. Evatt*, [1971] 1 All. E. R. 150, à la p. 159.

¹⁵⁸⁷ Pour un exemple : *Indermaur v. Dames*, (1866) L.R. 1 C. P. 274, 288 (paragraphe écrit par le juge Willes sur la responsabilité de l'occupant); extrait dont le traitement exégétique a été déploré dans : *London Graving Dock v. Horton*, [1951] A.C. 737 (C. des L.) à la p. 748 de l'opinion de Lord Porter : « Before one considers the cases in which *Indermaur v. Dames* was followed or discussed it may be well to bear in mind that not every passing expression of a judge, however eminent, can be treated as an *ex cathedra* statement. It must be read in its context and the most that can be expected is that it should be accurate enough for the matter at hand. », voir aussi, à la p. 761 de l'opinion de Lord MacDermott et la p. 779 de l'opinion de Lord Reid (« I do not think that this judgement was meant to be or can properly be used as a codification of the law. In dealing with a situation different from anything contemplated in that judgement I do not think that it is very helpful to analyse that passage as if it were a section in an Act of Parliament. »).

¹⁵⁸⁸ H.K. LÜCKE, *loc. cit.*, note 1236, à la p. 41 : « The extent to which a general legal proposition will demand respect varies with the court from which it emanates. The House of Lords has succeeded in entrenching some very sweeping propositions, a feat which lower courts would find more difficult, particularly when the rule in question is manifestly inconvenient. » Un exemple récent en droit canadien, celui du « critère *Oakes* », tiré de l'arrêt : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ces critères sont si réputés et communs, qu'il est dorénavant déconseillé de les décrire lors d'une plaidoirie à la Cour suprême.

¹⁵⁸⁹ [1986] 1 R.C.S. 145.

¹⁵⁹⁰ *Semayne*, (1604) 5 Co. Rep. 91 a.

sur le sens exact de la formule¹⁵⁹². On peut donc constater que même à l'égard de principes considérés comme définitifs, leur place à l'intérieur d'une décision judiciaire les rend vulnérables aux arguments fondés sur les faits qui en sont à la source, soulignant ainsi la dépendance nécessaire de ceux-ci au contexte général dans lequel ils ont été émis.

§ 2 - Le caractère contextuel de la règle de *common law*

[E]very judgement must be read as applicable to the particular facts proved, or assumed to be proved, since the generality of expressions which may be found there are not intended to be expositions of the whole law, but governed and qualified by the particular facts of the case in which such expressions are to be found.
Lord Halsbury¹⁵⁹³

Contrairement à ce qu'ils ont pu affirmer à l'égard des règles législatives, les juges de *common law* ont admis aisément l'importance de l'interprétation des arrêts dans leur processus d'application¹⁵⁹⁴. Sur cette question, on peut constater l'existence d'une directive d'interprétation qui a été évoquée plus haut et qui consiste à exiger de l'interprète qu'il lise les affirmations de principe dans leur contexte.

Le premier élément de l'environnement textuel qui entoure un énoncé de droit, qui est sans doute le plus important, est celui lié à la description des faits. À tous les niveaux de la hiérarchie judiciaire, les juges prennent un soin particulier à retranscrire les circonstances qui

¹⁵⁹¹ R. c. *Landry*, précitée, note 1589, à la p. 159.

¹⁵⁹² *Id.*, à la p. 169. De plus, il rappelle qu'« [o]n ne peut non plus lire le passage sans tenir compte de la nature des *Recueils* de Coke ou du caractère de celui qui les a compilés. » (*ibid.*) En effet, la conclusion du juge Dickson était contredite par ce que Lord Coke avait affirmé dans une autre de ses compilations d'arrêts.

¹⁵⁹³ « [Traduction] tout jugement doit être interprété comme applicable aux faits particuliers qui ont été établis ou présumés établis, étant donné que la généralité des expressions qu'on peut y trouver ne se veulent pas être des exposés de l'ensemble du droit, mais sont régies et atténuées par des faits particuliers dans lesquels elles sont employées. » : *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495 (C. des L.), à la p. 506.

¹⁵⁹⁴ C. K. ALLEN, *op. cit.*, note 1156, à la p. 217 : « a case is of value as a precedent only for what it *means*. In and of itself, it means nothing; before it can have any relevance to the matter at hand, it must be interpreted [...] and there is no greater snare in the use of case-law than the mere 'letter of a particular precedent' unaccompanied by the interpretative process ». Il est possible que derrière cet aveu, se trouvait en fait une reconnaissance du caractère indéterminé de la portée d'une décision judiciaire, et que cette imprécision demeurait tant qu'elle n'aurait pas été éclaircie par des juges : H. A. HUBBARD, *loc. cit.*, note 1125, à la p.

ont mené au litige. Aussi, c'est tout naturellement qu'ils incitent les juristes à tenir compte de cette information lorsqu'ils veulent dégager la portée d'un arrêt¹⁵⁹⁵. Même s'il est plutôt tenu pour acquis parmi les juges, on retrouve l'énoncé de Lord Halsbury dans plusieurs décisions de la Cour suprême¹⁵⁹⁶ et le principe d'interprétation a souvent été affirmé par les tribunaux canadiens¹⁵⁹⁷, dont une fois par la Cour d'appel de l'Ontario qui avait qualifié cette méthode de « bien établie » :

It has been well settled, therefore, that the positive authority of a decision is coextensive only on the facts on which it is founded and it can apply only in subsequent cases in which the issues are similar. Accordingly, in applying the doctrine of *stare decisis* to a former decision, the language of the opinion in the earlier case must always be construed with reference to the particular facts presented in that case.¹⁵⁹⁸

Or cette directive a pour conséquence, généralement, de limiter la portée des affirmations de droit de façon à ce qu'elles épousent le plus près possible les contours des faits¹⁵⁹⁹. Et un exemple de cette influence se trouve dans l'évolution qu'a connue l'interprétation de la *ratio decidendi* de l'arrêt *Greenwood Shopping Plaza*¹⁶⁰⁰ dans lequel la Cour suprême a reconnu, après la Chambre des Lords¹⁶⁰¹, le caractère exhaustif des exceptions au « principe du lien

22 : « seule l'étude d'une série de cas subséquents nous permet d'arriver à une conception raisonnable de la *ratio decidendi* d'un cas complexe d'importance. »

¹⁵⁹⁵ « [T]he generality of expressions which may be found there are not intended to be expositions of the whole law, but governed and qualified by the particular facts of the case » : *Quinn v. Leatham*, précité, note 1593, à la p. 506.

¹⁵⁹⁶ *Doré c. P. G. du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 756, à la p. 767; *R. v. Poole*, [1968] R.C.S. 381, à la p. 394; *Kribs c. The Queen*, [1960] R.C.S. 400; *Guaranty Trust c. R.*, [1948] R.C.S. 183, à la p. 213; *Canadian Pacific Ry. v. Anderson*, [1936] R.C.S. 200, à la p. 204.

¹⁵⁹⁷ *Crombie v. Canadian Government Merchant Marine*, (1921) 68 D.L.R. 314 (Ex. C.), à la p. 316; *Re Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley and McDermott*, (1962) 34 D.L.R. (2d) 451 (C.A.O.), appel rejeté : [1962] R.C.S. x; *Regina v. Langevin and LaPensée*, (1963) 36 D.L.R. (2d) 223 (C.A.O.) : « The principle of *stare decisis* requires that the opinions in an earlier case be construed with reference to the facts in that case. »; *Pacific Press v. British-Columbia (A.-G.)*, [2000] 5 W.W.R. 219 (B.C.S.C.), à la p. 243, par. 102; *Grabber Industrial Central Ltd. v. Stewart & Co.*, [2000] B.C.J. No. 604 (Q.L.) (C.A.C.-B.), au par. 22 : « [citant *Quinn v. Leatham*] I think those comments are apt in the context of the petitioner's argument. There is always a danger, no matter how august the source, of taking general statements such as those of Sopinka and Cory, J.J. relied on by the petitioners, out of context in attempting to apply them in very different factual circumstances. »

¹⁵⁹⁸ *Re International Petroleum Co. Ltd.*, (1962) 33 D.L.R. (2d) 658 (C.A.O.), aff. 37 D.L.R. (2d) 598.

¹⁵⁹⁹ La directive d'interprétation étudiée ici pourrait, évidemment, provoquer un effet inverse. En effet, si le juge décrit les faits en ayant recours à des catégories abstraites, la portée de la règle s'en trouverait modifiée. Mais le style de motivation dominant consiste, pour les juges, à décrire les faits de façon détaillée, au point où il devient difficile de distinguer l'essentiel de l'accessoire.

¹⁶⁰⁰ *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, [1980] 2 R.C.S. 228 [ci-après cité : arrêt *Greenwood*]; voir aussi : *Canadian General Electric Co. c. Pickford and Black*, [1971] R.C.S. 41.

¹⁶⁰¹ *Tweddle v. Atkinson*, (1861) 1 B.S. 393.

contractuel » (*privity doctrine*) ou de la relativité des contrats¹⁶⁰². En effet, ce principe vise à empêcher que des tiers puissent exiger l'exécution de dispositions contractuelles stipulées à leur profit; et lorsque la Cour fut invitée à introduire de nouvelles dérogations dans ce domaine, celle-ci a clairement refusé de le faire :

On a tenté à plusieurs reprises de se dégager du moule rigide imposé par la notion de la relativité des contrats et, dans des cas spéciaux, la correction est venue de la loi, mais la notion en demeure une d'application générale. Si la présente affaire ne relève pas de l'une ou l'autre des exceptions connues en droit, ou si elle ne peut être distinguée vu ses faits des diverses affaires qui autrement lient la Cour, il faudra alors accueillir le pourvoi.¹⁶⁰³

À la suite de cet arrêt, on pouvait conclure que la règle tolérait peu d'exceptions, à tel point qu'il aurait été téméraire d'envisager qu'un tiers, quel qu'il soit, puisse bénéficier d'un régime dérogatoire autre que ceux déjà établis par la jurisprudence ou par la loi¹⁶⁰⁴. Mais la Cour suprême, ayant à régler une question similaire quelques années plus tard, a dû interpréter le texte initial en le ramenant à son contexte d'origine. Bien entendu, l'appelant se fondait principalement sur les extraits jurisprudentiels limitant les exceptions au principe du lien contractuel¹⁶⁰⁵, mais le juge Iacobucci a rappelé qu'« [e]n somme, l'arrêt de notre Cour, *Greenwood Shopping Plaza*, même s'il renferme un certain nombre de principes généraux concernant le principe du lien contractuel, portait sur un contrat et des dispositions qui diffèrent du contrat et de la disposition qui sont en cause dans la présente affaire. »¹⁶⁰⁶ Ce faisant, il a étudié en détail les circonstances factuelles et juridiques de l'arrêt en question pour en limiter la portée¹⁶⁰⁷. Ainsi, la dissociation entre ce qui a été dit et ce qui a été effectivement décidé dans l'affaire *Greenwood* a donc permis de saisir le sens « véritable » de sa *ratio decidendi*¹⁶⁰⁸.

¹⁶⁰² Dans l'arrêt *Greenwood*, on fait état des exceptions liées à certains contrats, tels la fiducie ou le mandat.

¹⁶⁰³ *Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, précité, note 1600, à la p. 238.

¹⁶⁰⁴ G. H. L. FRIDMAN, *The Law of Contract*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1986, à la p. 548. Par exemple, dans l'arrêt *Engine & Leasing Co. v. Atlantic Towing Ltd.*, (1993) 157 N.R. 292 (C.A.F.), à la p. 309 au par. 55, on peut lire : « The appellant's principal argument is untenable in the light of the decision of the Supreme Court of Canada in *Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie* [...] In that case [...] [t]he Court held that the rule of privity of contract, according to which no one but the parties to a contract can be bound by or entitled under the contract, is only departed from in cases of trust or agency [...] »; *Muller, Martini v. Kuehne & Nagel*, (1991) 75 O.R. (2d) 176 (O.H.C.), aux pp. 183-184.

¹⁶⁰⁵ *London Drugs c. Kuehne & Nagel International*, [1992] 3 R.C.S. 299, à la p. 428.

¹⁶⁰⁶ *Id.*, à la p. 432.

¹⁶⁰⁷ *Id.*, à la p. 431. En ce sens, il serait vraisemblablement tentant de confondre la *ratio decidendi* de l'arrêt *London Drugs c. Kuehne & Nagel International*, précité, note 1605, avec ce que le juge Iacobucci a écrit à la p. 448 :

Un second élément contextuel qui contribue à approfondir la compréhension de la portée d'un arrêt se trouve dans les opinions dissidentes et concordantes, voire même dans les *obiter dicta*, formulés à l'intérieur d'une même décision. Même s'il appert que ces opinions comportent très souvent des indices intéressants sur la signification exacte que les juges retirent de la *ratio decidendi* de l'arrêt, aucune directive précise ne semble avoir été formulée à leur égard. Mais, en pratique, on reconnaît l'intérêt de confronter les divers points d'accord ou de désaccord entre les juges. Aussi, l'opinion dissidente, lorsqu'elle est bien argumentée, peut souvent annoncer le droit à venir. Liberté qui a toujours été accordée aux juges de la Cour suprême, son expression a souvent été perçue comme un signe d'un retour potentiel de l'opinion des juges sur des questions controversées¹⁶⁰⁹.

En droit pénal canadien, l'évolution jurisprudentielle des règles établissant l'admissibilité de la preuve d'une intoxication volontaire, à titre de moyen de défense, a pu mettre au jour l'intérêt de lire chacune des opinions lorsqu'on dégage la portée d'une décision. Jusqu'au XIX^e siècle, l'intoxication volontaire n'était pas considérée comme un moyen de défense valide ou

En fin de compte, la question restreinte dont est saisie notre Cour est la suivante : dans quelle circonstance les employés devraient-ils avoir le droit de bénéficier d'une clause de limitation de la responsabilité figurant dans un contrat liant leur employeur et le demandeur (le client) ? Compte tenu des observations formulées précédemment et des circonstances du présent pourvoi, je suis d'avis que les employés pourront bénéficier d'une telle clause si les conditions suivantes sont remplies :

- 1) La clause de limitation de la responsabilité doit expressément ou implicitement s'appliquer aux employés (ou à l'employé) qui cherchent à l'invoquer;
- 2) Les employés (ou l'employé) qui invoquent la clause de limitation de la responsabilité devaient agir dans l'exercice de leurs fonctions et exécuter les services mêmes qui visait le contrat intervenu entre leur employeur et le demandeur (le client) au moment où la perte est survenue.

Voir : *Fraser River Pile & Dredge c. Can-Dive*, [1999] 3 R.C.S. 108, à la p. 126 : « Le fait que l'analyse [dans *London Drugs*] a porté sur la nature de cette relation [employeur-employé] traduit simplement le principe jurisprudentiel prudent qui veut qu'une affaire soit décidée strictement en fonction de son contexte factuel immédiat. »

¹⁶⁰⁸ Bien entendu, on pourrait facilement défendre l'opinion qu'il s'agit là d'une réévaluation menée *a posteriori* sur le sens que devrait avoir l'arrêt. Si c'est le cas, on pourrait conclure que la recherche de l'« intention » véritable de la Cour sert les mêmes fins rhétoriques que lorsque les juges interprètent les lois en recherchant l'intention du législateur.

¹⁶⁰⁹ W. FRIEDMAN, *loc. cit.*, note 1161, à la p. 750 : « The dissenting judgements have often been great landmarks in the development of the common law. » Voir en général : Edward McWHINNEY, « Judicial Concurrences and Dissents : A Comparative View of Opinion-writing in Final Appellate Tribunals », (1953) 31

légitime en matière criminelle¹⁶¹⁰. Outre les motifs d'ordre public, les juges voulaient que, selon Lord Birkenhead, « [traduction] la personne qui volontairement détourne et détruit sa volonté ne se trouve pas dans une meilleure situation en ce qui a trait aux actes criminels que la personne qui n'a pas bu [...] »¹⁶¹¹. Par la suite, cette règle fut assouplie dans la mesure où les tribunaux ont permis qu'un accusé puisse faire valoir son état d'ébriété seulement s'il était accusé d'un crime d'intention spécifique, position qui fut réaffirmée dans l'arrêt *Leary*¹⁶¹². Or lorsque la Cour suprême du Canada a dû réviser la validité constitutionnelle de ce qu'il convenait d'appeler « la règle de l'arrêt *Leary* », elle a rendu un arrêt qui, selon que l'on tienne compte ou non des opinions dissidentes et d'un *obiter dictum*, voyait sa portée modifiée¹⁶¹³.

Dans l'arrêt *Bernard*, une mince majorité de quatre juges sur sept confirma la constitutionnalité de la règle. Se ralliant à cette conclusion, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé évoquèrent néanmoins, dans une remarque incidente, la possibilité d'autoriser le moyen de défense lorsque l'intoxication de l'accusé était telle que son état frisait l'aliénation mentale ou l'automatisme¹⁶¹⁴. Plus laxistes encore, les juges dissidents étaient d'avis que l'on devait admettre ce moyen de défense pour l'ensemble des infractions. Si l'on conjugue ces opinions

R. du B. can. 595; Roscoe POUND, « *Cacoethes Dissentiendi* : The Heated Judicial Dissent », (1953) 39 *A.B.A.J.* 794.

¹⁶¹⁰ Pour une description de l'évolution de la règle, voir : Tim QUIGLEY, « A Shorn Beard », (1987) 10 *Dalh. L. J.* 167.

¹⁶¹¹ *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479 (C. des L.), aux pp. 494-495, tel que traduit dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, à la p. 109.

¹⁶¹² Un crime d'intention spécifique se caractérise par la double exigence qu'il suppose, à savoir la commission d'un acte assortie d'une intention qui ne se limite pas à la perpétration de l'acte. La distinction entre les crimes d'intention spécifique et ceux d'intention générale est cardinale en droit criminel, même si son fondement demeure obscur et qu'elle ait été critiquée à maintes reprises. En droit canadien, la Cour suprême s'était penchée sur la possibilité d'invoquer une défense d'ivresse en matière de viol, crime d'intention générale, et l'a clairement rejetée, confirmant le statut exceptionnel de ce moyen de défense : *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29. Mais déjà, des voix discordantes s'élevaient contre le fait que l'on puisse autoriser un moyen de défense pour un certain type d'infraction alors qu'on le refusait pour d'autres; et les dissidences avaient une valeur persuasive importante de par l'autorité de leur auteur, c'est-à-dire les juges Laskin et Dickson, qui furent chacun juge en chef.

¹⁶¹³ *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833 [ci-après : l'arrêt *Bernard*].

¹⁶¹⁴ *Id.*, à la p. 887. Leur opinion est quelque peu ambiguë dans la mesure où elles affirment « que la règle de l'arrêt *Leary* [...] doit être préservée et appliquée en l'espèce. » (*Id.*, à la p. 883) en même temps qu'elles suggèrent des exceptions à cette règle. Or, la « règle de l'arrêt *Leary* » ne semblait pas tolérer d'exceptions.

avec celles des juges Wilson et L'Heureux-Dubé¹⁶¹⁵, on peut dégager leur plus petit dénominateur commun, celui voulant que l'on puisse admettre la preuve d'une intoxication volontaire en des cas extrêmes seulement. On pouvait donc présumer qu'une majorité des juges aurait adopté cette position si elle avait été directement soumise à la Cour suprême, ce qui réduisait fortement la portée de l'arrêt *Bernard* : d'une interdiction générale d'invoquer son intoxication volontaire, on pouvait conclure à la possibilité de faire valoir une exception. Même si elle pouvait paraître audacieuse, cette interprétation reçut l'appui d'un bon nombre de juridictions en droit canadien¹⁶¹⁶. Et, bien qu'elle fut expressément réfutée par la Cour suprême du Canada, celle-ci l'appuya indirectement en modifiant la « règle de l'arrêt *Leary* » afin de permettre ce moyen de défense dans les cas exceptionnels¹⁶¹⁷.

Ainsi, par leur seule présence, les éléments contextuels qui entourent les énoncés de droit contenus dans une décision judiciaire donnent des points d'ancrages pour des arguments futurs. Leur effet est habituellement restrictif, en ce sens qu'ils servent surtout à limiter la portée des affirmations générales que l'on trouve parfois¹⁶¹⁸. Mais dans la mesure où cette méthode a été formulée et utilisée par les juges, elle est véritablement justifiée et encouragée. D'ailleurs, l'on pourrait regretter que ceux-ci n'explicitent pas davantage leur façon d'aborder les arrêts antérieurs. Généralement, on assiste à un phénomène de va-et-vient entre les étapes d'identification et d'interprétation de la règle de *common law*, moments que les juges confondent, quel que soit le processus psychologique exact qui soit à l'oeuvre : il est donc

¹⁶¹⁵ Dans ces cas, il faudrait admettre que le principe demeure, mais que celui-ci souffre d'une exception lorsque l'accusé est dans un état d'ébriété si avancé qu'elle entraîne « l'absence de conscience voisine de l'aliénation ou de l'automatisme » (critère élaboré par M^{me} le juge Wilson dans l'arrêt *Bernard*, à la p. 887).

¹⁶¹⁶ Cette conclusion a été défendue par la Cour d'appel du Québec dans *Charest c. R.*, (1990) 57 C.C.C. 312, à la p. 342; *Ciciola c. R.*, (1990) J.E. 90-629 (C.A.Q.); *contra* : *R. c. Bassenden*, [1989] R.L. 80 (C.A.Q.); *contra* : *R. c. Daviault*, [1993] R.J.Q. 692 (C.A.Q.); par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. R.T.*, décision non publiée du 15 septembre 1992; par le juge Grenier de la Cour supérieure du Québec dans *R. c. Daviault*, [1991] R.J.Q. 1794, aux pp. 1798-1799, quoique ce dernier admet que son interprétation va à l'encontre « du droit positif traditionnel en matière d'intoxication » (*Id.*, à la p. 1799). Elle fut contredite par les cours d'appel de la Colombie-Britannique (*R. c. Swanson*, (1989) 48 C.C.C. 316 (C.A.C.-B.)) et de l'Alberta (*R. c. Honish*, (1992) 68 C.C.C. 329 (C.A. Alta)).

¹⁶¹⁷ À titre de moyen de défense à une accusation de viol d'une victime handicapée âgée de 65 ans, l'agresseur, un individu souffrant d'alcoolisme chronique, avait fait la preuve qu'il avait consommé pas moins de sept bouteilles de bière et d'une bouteille de brandy. Selon le juge Cory, il était « difficile, voire impossible de le présenter sous un jour sympathique » (*R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, à la p. 100).

¹⁶¹⁸ R. CROSS et J. W. HARRIS, *op. cit.*, note 1128, à la p. 73.

passablement rare qu'ils invoquent directement le problème posé par « l'interprétation d'une *ratio decidendi*. »

Chapitre II – Interprétation selon le contexte juridique

La règle jurisprudentielle et la *common law rule* sont des règles qui, manifestement, entretiennent des rapports quelque peu équivoques avec leur système juridique respectif. N'étant pas formellement valides, en ce qu'elles ne sont pas prévues par une norme supérieure, leur statut définitif n'est jamais clairement exprimé : elles sont le plus souvent ramenées dans une espèce de catégorie *sui generis* qu'aucune classification ne permet de déloger. Mais comme toute norme, elles doivent prendre un espace normatif – un lieu d'action – que ce soit dans le temps ou lorsqu'elles entrent en interaction avec d'autres normes. À l'égard de règles dont l'édiction est prévue par une norme supérieure, ces questions sont le plus souvent déterminées par des principes, codifiés ou non, qui traduisent des réflexes de pensée chez les juristes contemporains. Ainsi, on imaginerait difficilement qu'une loi puisse être « au-dessus » de la Constitution d'un pays ou qu'un règlement puisse contredire une loi¹⁶¹⁹. Cependant, ces *réflexes* organisateurs de la pensée juridique ne sont pas aussi rodés lorsqu'on aborde les règles prétorienne. La raison en est que le raisonnement traditionnel tenu à l'égard des normes jurisprudentielles se fondait sur une conception déclarative du rôle du juge. Par essence, pouvait-on dire, les paroles du juge se conjugaient au passé et non au futur, son statut d'auxiliaire de la justice lui interdisant de modifier le contenu du droit qu'il appliquait. Pour cette raison, la détermination du *lieu* des règles jurisprudentielles au regard des autres normes avec la question de leur effet dans le temps ont pu former des interrogations récentes dans les systèmes juridiques : les réponses apportées, n'étant pas consacrées positivement, forment donc un ensemble de droit *mou*, encore en gestation.

C'est donc dire qu'aujourd'hui, et même lorsque le rôle des juges est passablement admis, accepté, voire même rationalisé, les questions liées au statut des règles créées par les juges et leur effet dans le temps sont parfois fondées sur des conceptions abandonnées du rôle du pouvoir judiciaire. Par exemple, un juriste français peut en même temps reconnaître que la

¹⁶¹⁹ En droit français, certains pouvoirs réglementaires dérivent de la Constitution, de la même manière que les lois. Or, par interprétation, on a reconnu que ceux-ci devaient être conformes aux lois, malgré que sur un plan formel, les deux règles soient au même niveau dans la hiérarchie des normes.

règle jurisprudentielle est une « véritable » règle de droit et prétendre que celle-ci doit impérativement être considérée comme ayant un caractère déclaratoire¹⁶²⁰. De même, on peut trouver cette incertitude théorique en *common law*. Ainsi, l'interrogation d'un système juridique sur la place qu'il attribue et au traitement qu'il réserve à la règle créée par les juges renvoie une image quelque peu déroutante, car elle ne correspond pas toujours à la représentation que les juristes en font. C'est donc en tenant compte de ces particularités que l'on peut aborder la question du « statut » incertain de la règle jurisprudentielle à l'intérieur de la pyramide des normes, ainsi que de l'effet dans le temps des règles jurisprudentielles.

Section 1 - En droit français

§ 1 - La règle jurisprudentielle à l'intérieur de la « pyramide »

À l'instar des autres normes, la règle jurisprudentielle s'inscrit et est appliquée à l'intérieur d'un système juridique, on devrait donc supposer qu'elle en épouse la culture, le vocabulaire et les concepts. Cette présomption simple est d'autant plus forte que la règle jurisprudentielle, à la différence des autres normes, est conçue *et* rédigée strictement par des juristes¹⁶²¹. Ce principe, qui tient plus du bon sens que d'une observation systématique, a été énoncé par Roger Houin :

On ne conçoit guère une règle nouvelle qui puisse se suffire à elle-même et constituer à elle seule un ordre juridique "autonome". Il existe dans une société donnée et à un moment donné, un ensemble de règles de droit qui se caractérisent par certains idéaux et par une technique particulière; prétendre greffer sur ce système juridique une règle nouvelle étrangère à ces idéaux et à cette technique ne peut être le fait que d'un législateur manquant de culture et de bon sens.¹⁶²²

¹⁶²⁰ Thierry BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995.chr.24.

¹⁶²¹ Voir la critique que fait René Savatier à l'égard des textes législatifs d'après guerre où « [les] techniques nécessaires leur manquaient, y compris la technique juridique. Les textes votés ont été trop souvent informes, et mal accordés au reste de notre droit. » : R. SAVATIER, *loc. cit.*, note 1545, aux pp. 298-299, voir également la p. 301.

¹⁶²² R. HOUIN, *loc. cit.*, note 1519, aux pp. 290-291.

Il est donc raisonnable de prétendre que la règle jurisprudentielle doit s'interpréter en tenant compte de l'environnement normatif dans lequel elle est émise : à défaut d'indications contraires, on doit présumer qu'elle s'intègre harmonieusement avec les autres règles, que ce soit sur les plans formels ou matériels. Mais cette harmonie générale qui devrait caractériser la relation entre les règles d'un ordre juridique est parfois troublée par la présence de *conflits* entre elles, ce qui soulève la question de leurs rapports hiérarchiques. Peut-être parce que la contradiction oppose une norme valide à une norme qui ne l'est pas, les juristes français de droit privé semblent avoir fait de la jurisprudence une source subordonnée de droit. Et pour comprendre à quel point cette systématisation semble ancrée dans la pensée juridique française, il convient d'aborder deux aspects des « limites » dans la portée des règles jurisprudentielles : l'une, verticale, consiste à leur donner un semblant de statut à l'intérieur de la pyramide (A.), tandis que l'autre, horizontale, cherche à définir leurs limites (B.).

A. Le statut hiérarchique de la règle jurisprudentielle

La question du statut hiérarchique des règles jurisprudentielles en droit français a spontanément fait l'objet d'un intérêt doctrinal après que le Conseil d'État eût « découvert » les principes généraux du droit¹⁶²³. Il s'agissait, à l'époque, de fixer le rapport de force qu'il convenait d'établir entre ces principes et les autres règles de droit. La littérature juridique abondante sur la question – aidée, il est vrai, de plusieurs arrêts – témoigne de l'engouement doctrinal qu'a pu entraîner cette interrogation : les juges ont tout de même réussi l'intégration d'une nouvelle source de normes dans le système juridique sans qu'intervienne une modification de la Constitution. Aussi, est-il pertinent d'envisager cette question au regard des règles jurisprudentielles qui sont élaborées par la Cour de cassation.

¹⁶²³ L'arrêt *Aramu*, Conseil d'État, 26 octobre 1945. Sur la question des principes généraux du droit, voir : Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1999, aux pp. 94 et s.

A priori, l'interrogation n'a pas véritablement d'incidences pratiques, la Cour de cassation ne pouvant annuler, au sens propre du terme, une disposition législative ou réglementaire¹⁶²⁴. De plus, il pourrait paraître artificiel d'attribuer un niveau hiérarchique à la règle jurisprudentielle étant donné qu'elle n'est pas prévue expressément par le système juridique. Ainsi, conformément à la théorie de l'autonomie du pouvoir judiciaire¹⁶²⁵ et inspirés sans doute par le raisonnement élaboré à l'égard des principes généraux du droit, plusieurs juristes ont défendu une vision que l'on pourrait qualifier de *réaliste* du rapport qu'entretiennent les règles jurisprudentielles avec les autres normes¹⁶²⁶. Selon eux, on ne peut pas parler de *statut* de la règle jurisprudentielle, mais bien plutôt de sa *force* ou de son *poinds* qui est déterminé par l'étendue du pouvoir que possède la juridiction qui en est l'auteur¹⁶²⁷. C'est surtout Pierre Hébraud qui a le plus clairement exprimé ce premier point de vue en affirmant que :

Le force de la jurisprudence ne se définit pas par un niveau déterminé qui serait attribué aux règles jurisprudentielles dans la hiérarchie des normes, mais par la force du pouvoir juridictionnel dont elles émanent.¹⁶²⁸

Assurément, cette conception bouscule la vision hiérarchisée et formelle que l'on peut avoir des sources du droit. En droit public, par exemple, le statut des principes généraux fait dorénavant l'objet d'un consensus auprès de la communauté juridique. En effet, les publicistes semblent leur avoir accordé un caractère constitutionnel, lorsqu'ils sont *découverts* par le Conseil

¹⁶²⁴ Quoiqu'en matière pénale, et dans certains cas précis seulement, les juges peuvent apprécier la légalité d'un acte administratif : Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 1990, p. 546 et s., n° 441 et s. En général, on peut remarquer que la question n'a pas vraiment soulevé de passions. Pour une étude de la question en droit public, voir : Jean ROCHE, « Rapport français », *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'association Henri-Capitant, t.xxxi, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 555.

¹⁶²⁵ Voir *supra*, aux pp. 81 et s.

¹⁶²⁶ R. CHAPUS, *loc. cit.*, note 1629.

¹⁶²⁷ Ce vocabulaire largement métaphorique cherche, en fait, à décrire le rapport de domination ou de soumission qui relie la règle jurisprudentielle avec ses homologues. Sur la distinction entre la hiérarchie formelle et matérielle : J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 1623, à la p. 95 : « On peut admettre dès lors que les décisions du Conseil d'État ont valeur "infra-législative et supra-décrétale". Celles du Conseil constitutionnel ont, quant à elles, "valeur supra-législative et infra-constitutionnelle". Cette insertion de la jurisprudence au sein de la hiérarchie des textes est contestable si l'on s'en tient à la hiérarchie formelle traditionnelle. Elle est exacte si l'on admet l'idée de hiérarchie matérielle. »

¹⁶²⁸ Pierre HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329, à la p. 361.

constitutionnel, et un état *infra-législatif* et *supra-décrétal*, lorsqu'ils sont énoncés par le Conseil d'État¹⁶²⁹. Le raisonnement derrière cette coordination des normes se fonde principalement sur l'étendue du pouvoir dont disposaient ces juridictions¹⁶³⁰ : si le Conseil d'État peut invalider un règlement parce qu'il viole un principe général du droit, alors on doit conclure que celui-ci est *au-dessus* de celui-là; et ce même raisonnement a été tenu à l'égard des principes fondamentaux du droit dans leur relation avec les lois¹⁶³¹. Les règles jurisprudentielles ne pouvant pas annuler d'autres normes positives, elles seraient donc, à première vue, *infra législatives* et *infra-décrétales*.

Selon cette conception, l'efficacité de la règle jurisprudentielle serait tributaire de la loi de qui elle retirerait sa puissance. En effet, ce qui donnerait à la règle jurisprudentielle une force obligatoire serait son association avec la loi. En cela, elle aurait « une valeur d'emprunt »¹⁶³² dans la mesure où son caractère contraignant proviendrait du fait qu'elle fait « corps avec la loi »¹⁶³³ qu'elle interprète. C'est par ce raisonnement que MM. les professeurs Ghestin et Goubeaux affirment que :

La compétence de la Cour de cassation pour compléter la loi par une interprétation, qui fera corps avec elle et aura la même force obligatoire, est consacrée par nos institutions, non comme un simple fait, mais comme un véritable pouvoir.¹⁶³⁴

¹⁶²⁹ Robert CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*1966.chr.XX.99; Alain-Serge MESCHERIAKOFF, « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », (1976) *A.J.D.A.* 596, aux pp. 605 et s.

¹⁶³⁰ En particulier : R. CHAPUS, *loc. cit.*, note 1629.

¹⁶³¹ Pour les principes généraux du droit, voir : C.É. 26 juin 1959, Synd. des ingénieurs-Conseils, *R.D.P.* 1959, 1004, concl. FOURNIER; et pour les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le Préambule de la Constitution, voir : C. Const. 16 juillet 1971, *D.*1972.II.685, tels que cités par J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 1623, à la p. 93.

¹⁶³² Olivier DUPEYROUX, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », dans les *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 463, à la p. 475.

¹⁶³³ François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1998, à la p. 248, n° 229 : « En réalité, comme l'a lumineusement montré Pierre Hébraud, la jurisprudence puise sa force dans la mission même du juge [...] [Le] juge dispose d'une autonomie qui lui permet de modeler le sens [des règles légales ou réglementaires] [...] voire parfois de les modifier ou de les compléter. [...] Faisant corps avec la règle qu'elle interprète ou s'identifiant à la règle qu'elle supplée, elle a dans la hiérarchie des normes la même valeur que celle-ci. »

¹⁶³⁴ Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil - Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, à la p. 470. Dans le même sens, le professeur Bergel affirme que : « En droit privé aussi, la consécration des principes généraux par la jurisprudence [...] en fait une

Cette théorie, largement répandue chez les juristes¹⁶³⁵, permet donc d'expliquer pourquoi une norme qui n'est pas formellement prévue par la Constitution ou par une loi puisse tout de même lier les membres d'une société. Aussi, elle permet de comprendre certains modes d'extinction des normes prétorienne. En effet, les règles jurisprudentielles, « faisant corps » avec la loi dont elles sont censées constituer le sens officiel, *meurent* avec elles¹⁶³⁶. C'est ce qui est arrivé à la théorie du mandat tacite de la femme mariée lorsque le législateur a reconnu la capacité juridique de celle-ci¹⁶³⁷. On peut trouver également des affirmations selon lesquelles une règle jurisprudentielle est susceptible d'être *annulée*¹⁶³⁸ ou d'être modifiée par une règle légale¹⁶³⁹. C'est donc par ce raisonnement que la règle jurisprudentielle est considérée généralement comme subordonnée aux règles législatives¹⁶⁴⁰.

Malgré qu'elle puisse se fonder sur une tradition juridique qui valorise la loi, la théorie du caractère *emprunté* de la force obligatoire de la règle jurisprudentielle ne parvient pas à expliquer certains phénomènes. Entre autres, le fait que la règle jurisprudentielle puisse contredire ou ignorer le contenu d'une règle légale a incité certains juristes à rejeter le statut inférieur qui leur a été attribué. En ce sens, le professeur Jestaz a affirmé que :

source de droit. Leur force obligatoire se rattache à celle de la loi et la Cour de cassation en assure le respect comme celui de la loi. » (J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 1623, à la p. 97)

¹⁶³⁵ Olivier DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II : « Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé », Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 349, à la p. 358 : « [la question] de leur autorité ne peut être exactement résolue qu'à la condition de sa placer d'un point de vue suffisamment réaliste [...] la règle jurisprudentielle emprunte son autorité à la loi ; son autorité n'est autre que celle de la loi elle-même. »; Jean BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) LIX *R.T.D.civ.* 417, aux pp. 427-428; Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1994 (1955), à la p. 385.

¹⁶³⁶ C'est le sens de l'argument formulé par le professeur Terré, voir : F. TERRÉ, *op. cit.*, note 1633, p. 248, n° 229.

¹⁶³⁷ Pour une présentation historique de cette transition, voir : Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1996, aux pp. 214 et s.

¹⁶³⁸ L'on doit, ici, user d'un langage largement imagé étant donné qu'une règle jurisprudentielle ne connaît pas de mode d'existence officiel.

¹⁶³⁹ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 1634, à la p. 495, aux n°s 536 et s. MM. Ghestin et Goubeaux donnent l'exemple des lois interprétatives qui peuvent renverser une interprétation jurisprudentielle; Jacques Maury, dans son article précurseur du débat à venir (« Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », dans *Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 28), paraissait hésitant sur cette question. Il écrit, en citant Marcel Waline, à la p. 49, qu'« [il n'est pas douteux] qu'une loi postérieure puisse venir rendre "caduque la règle jurisprudentielle contraire" ». En retour, il admet qu'une règle jurisprudentielle peut « aller, sans le dire, à l'encontre d'une loi antérieure » (*Id.*, à la p. 50), ce qui fausse la « hiérarchie des pouvoirs ».

force est de convenir que la jurisprudence a, sauf en la forme, la même autorité que la loi. La règle jurisprudentielle s'applique à l'égal de la loi, sans hiérarchie des sources : la jurisprudence n'est pas hiérarchiquement inférieure à la loi. [...] la jurisprudence n'a pas d'existence officielle.¹⁶⁴¹

Si l'on prend pour exemple les règles créées *ab initio* de même que les règles *contra legem*, la « théorie de l'emprunt » semble prendre une dimension plus symbolique que réelle. Pour les premières, il est pertinent de souligner que la Cour de cassation y fait plus ouvertement référence et qu'elle semble se débarrasser graduellement du besoin de les associer à des règles législatives¹⁶⁴² : elles se trouvent donc orphelines de tout *support* légal. Pour les secondes, plus rares certes, le caractère artificiel du rattachement à la norme législative permet de douter de l'intérêt qu'il y a de fonder son caractère obligatoire sur celle-ci. Même si on peut espérer, comme l'a écrit Jean Boulanger, que « le juge est désormais soumis à la domination, dans certains cas inéluctables, des exigences grammaticales et logiques incluses dans ce texte »¹⁶⁴³, il existe tout de même des cas de révoltes des juges à l'égard de la lettre de la loi. Par exemple, alors que ni les travaux préparatoires, ni l'historique législatif et ni la définition légale du viol ne justifiaient une telle conclusion, la Cour de cassation a qualifié la fellation forcée sur une victime par l'agresseur de « viol »¹⁶⁴⁴. Pour ces raisons, il peut paraître déformant de prétendre que la règle jurisprudentielle prend place à un niveau égal ou subordonné à la norme législative alors qu'elle la contredit, la prive d'effet réel ou l'ignore¹⁶⁴⁵ : la relation qui les

¹⁶⁴⁰ Laurent AYNES et Philippe MALAURIE, *Droit civil* [:] *Introduction générale*, 5^e éd., Paris, Cujas, à la p. 262, n. 841; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 1634, à la p. 495, dont l'un des titres est « La création jurisprudentielle est subordonnée à la loi ».

¹⁶⁴¹ Philippe JESTAZ, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.1987.chr.III.11*, à la p. 13.

¹⁶⁴² Ce que reconnaissent – du bout des lèvres – les professeurs Ghestin et Goubeaux : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 1634, à la p. 469. La Cour de cassation a souvent recours à des articles omnibus (comme les articles 1134 ou 1382 du *Code civil* : André PERDRIAU, « Visas, “chapeaux” et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *J.C.P.1986.I.3257*, aux par. 39 et s.) lorsqu'elle formule des visas dans les cas de cassation pour violation de principes. Certains auteurs ont observé que la Cour semblait réduire la fréquence de cette pratique, voir : Bruno OPPETIT, « Les “principes généraux” dans la jurisprudence de cassation », *J.C.P.*, 1989, éd. E., n. 5, p. 14; du même auteur, « Les principes généraux en droit international privé », (1987) *A.P.D.* 179; Paul-Henri ANTONMATTEI, « Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 3, à la p. 7; un exemple récent en matière de troubles de voisinage : Cass. 3^e ch. civ., 11 mai 2000, Porcheron *c/* Syndicat coprop., *D.2000.I.R.165*.

¹⁶⁴³ Jean BOULANGER, « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) *LIX R.T.D.civ.* 417, à la p. 434.

¹⁶⁴⁴ Voir, l'article suivant : Yves MAYAUD, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra legem* et... *contra rationem* », *D.1998.chr.212*.

¹⁶⁴⁵ En effet, comment le législateur pourrait-il combattre une jurisprudence *contra legem* ? Avec une autre loi ? Voir la thèse du professeur Troper : Michel TROPER, « Le problème de l'interprétation et la supralégalité

unirait serait plutôt celle d'une autonomie, voire d'une primauté de la règle jurisprudentielle, sans que l'on puisse envisager une hiérarchie véritable.

Mais surtout, la « théorie de l'emprunt » n'est pas nécessaire pour justifier la force obligatoire de la jurisprudence. En fait, on peut expliquer le caractère contraignant de la règle jurisprudentielle comme étant le simple reflet d'un rapport de force ou d'*autorité* entre les institutions que sont les tribunaux et les justiciables¹⁶⁴⁶. Bien que le professeur Amselek n'admette pas que les tribunaux puissent créer des règles juridiques, il reconnaît toutefois qu'ils disposent d'une capacité de faire prévaloir leur « représentation » du droit :

Ces représentations du droit ne s'imposent pas en vertu d'une procédure officielle d'édiction, de mise en vigueur par voie d'autorité qui viendrait concurrencer et, en vérité, réduire à néant la compétence du législateur ordinaire; elles s'imposent parce que, dans le contexte des rapports de forces et d'influences qui sous-tendent la pratique des différents acteurs juridiques, elles font autorité, elles font "jurisprudence".¹⁶⁴⁷

Si certaines lois semblent « annuler » ou s'attaquer efficacement à des règles jurisprudentielles, il y a là peut-être un geste conciliateur qui provient de la Cour de cassation plus qu'une démonstration de la supériorité d'un pouvoir sur un autre. Il est d'ailleurs paradoxal, à ce titre, de constater que l'origine du rapport de domination qu'entretient la Cour avec la communauté juridique provient essentiellement de la *loi de 1837* qui lui reconnaît un droit « au dernier mot » sur l'ensemble des questions de droit. De plus, le droit français semble plutôt consolider la prépondérance de l'opinion de la Cour de cassation dans la mesure où, depuis 1992, elle s'est vue assigner de nouvelles fonctions, comme celle de pouvoir émettre un *avis* sur le sens de dispositions législatives, ce qui en fait l'interprète *officiel* de la volonté législative¹⁶⁴⁸ et assoit

constitutionnelle », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, à la p. 133; voir aussi les exemples donnés par le professeur Bergel : Jean-Louis BERGEL, « " La loi du juge " Dialogue ou duel ? », *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 1, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 21, aux pp. 38 et s.

¹⁶⁴⁶ Tel que l'a affirmé le professeur Bergel, « une règle de droit ne se suffit pas à elle-même; elle a besoin de l'adhésion de la jurisprudence pour devenir effective. Pour donner naissance à une véritable règle juridique, il faut qu'intervienne une autorité sociale qui précise la règle et l'impose [...] » : J. L. BERGEL, *loc. cit.*, note 1646, à la p. 35.

¹⁶⁴⁷ Paul AMSELEK, « La teneur indélicate du droit », (1992) 26 *R.J.T.* 1, à la p. 15. C'est peut-être le sens de l'opinion suivante défendue par les professeurs Ghestin et Goubeaux : « Le juge, s'il dispose en fait d'une large liberté dans l'application et l'interprétation de la loi, n'en use qu'avec modération dans un esprit de loyalisme qu'inspire la conscience de la nécessité des lois » (J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 1634, à la p. 495).

¹⁶⁴⁸ Pour une description du caractère symbolique de cette mesure, voir : Frédéric ZÉNATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.*1992.chr.247, à la p. 247 :

sa souveraineté. Et ce quasi-monopole de la Cour sur le droit jurisprudentiel va tendre à persister; à moins, bien sûr, que ne soit réimplanté le processus de référé législatif¹⁶⁴⁹ ou que soient limités les cas d'ouvertures à cassation.

Toutefois, la majorité des auteurs retiennent que la force obligatoire de la jurisprudence repose sur la loi interprétée et, pour respecter cette conception, il est utile d'envisager un autre volet des restrictions du pouvoir des juges, celui qui consiste à prétendre que, sur un plan matériel, leur compétence est limitée.

B. Les limites matérielles de la règle jurisprudentielle

Conçue comme une source de normes subsidiaires au pouvoir législatif, la jurisprudence aurait une capacité limitée de modifier le droit. C'est dire que les juges détiendraient un champ de compétence restreint par des principes non écrits qui relèveraient du sens commun. Sur un plan plus concret, et même si l'on a pu constater que les juges disposaient d'une forme d'autonomie à l'égard des pouvoirs exécutifs et législatifs, les juges ne pourraient pas *tout* dire : certaines normes jurisprudentielles seraient curieusement *inconcevables*. Or il est intéressant d'étudier le contenu de ces principes dans la mesure où, n'étant pas fondé sur des normes positives, ils reflètent l'importance de la loi dans la culture juridique.

En premier lieu, le juge judiciaire serait condamné à faire une oeuvre de second ordre. C'est cette réalité que traduit l'affirmation selon laquelle la règle jurisprudentielle s'insinue dans les interstices de la loi. En d'autres mots, son effet serait limité par l'espace laissé vacant par les

Plutôt que de bannir la jurisprudence, on l'a encadré de manière à la faire ressembler autant qu'il se peut à la loi. C'est ainsi que le chimérique référé législatif a été remplacé par un système fondé sur la cassation qui produit une jurisprudence unique et officielle revêtant les traits de généralité et de contrainte caractéristiques de la loi. De la sorte, les inconvénients du droit jurisprudentiel, par nature local et incertain, ont été substantiellement réduits. Le système des sources du droit a pu garder sa cohérence et continuer de poursuivre les valeurs d'égalité et de sécurité juridique qui sont les siennes.

¹⁶⁴⁹ Pour un appel à une forme de contrôle, aux accents polémiques, voir : Serge GUINCHARD, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », dans *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Juris-Classeur, P.U.F., Dalloz, 1999, p. 763.

règles légales. Cette limite matérielle constitue l'envers du principe énoncé plus haut au sujet du caractère infra-législatif de la règle jurisprudentielle : une règle légale doit pouvoir circonscrire la portée des règles prétoriennes. Mais la notion « d'interstice » peut prêter à confusion dans la mesure où elle laisse penser que toutes les règles occupent une place *étroite* dans l'ordre juridique ou qu'elles doivent être interprétées restrictivement. Or à l'égard des règles dont l'objet est de formuler des définitions réelles ou terminologiques¹⁶⁵⁰, leur champ d'application est susceptible d'être beaucoup plus vaste que celui dans lequel elles ont été énoncées pour la première fois¹⁶⁵¹. À titre d'exemple, lorsque la Cour de cassation statue sur le sens d'un terme, comme la « faute inexcusable », il est probable que la définition jurisprudentielle sera étendue à d'autres domaines où il est utilisé¹⁶⁵². Étant donné qu'une grande partie de l'action de la jurisprudence consiste à « jouer sur les mots » – véritables instruments de travail des juristes¹⁶⁵³ – il s'agit là d'un aspect central de la portée des règles jurisprudentielles. De plus, il est important de rappeler que certains principes formulés par les juges ont vocation à s'appliquer de façon générale, comme, par exemple, le principe condamnant l'abus de droit, la théorie de l'erreur ou de la fraude¹⁶⁵⁴. Ainsi, la directive d'interprétation voulant que l'on doive interpréter strictement la portée d'une règle jurisprudentielle doit être adaptée au type de règle appliquée.

¹⁶⁵⁰ Sur ce type de définition, voir : Gérard CORNU, « Les définitions dans la loi », *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77, aux pp. 81 et s.

¹⁶⁵¹ C'est le sens également de l'affirmation de Jean Boulanger qui soulignait que la Cour était parfois « prisonnière » de ses créations dans d'autres domaines que celui dans lequel elle créait certaines notions : J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 1643, à la p. 427.

¹⁶⁵² La notion « faute inexcusable » a été définie dans un arrêt de la Cour de cassation de 1941 (Cass. Ch. réunies, 15 juillet 1941, *D.C.*1941.J.117, note A. ROUAST, *J.C.P.*1941.II.1705, note J. MIHURA) et elle se trouve dans des domaines variés, tels que celui des accidents de travail et des accidents de la circulation. Il se peut que plus une définition est artificielle, ce qui est souvent le cas des définitions terminologiques, moins elle sera susceptible de s'appliquer dans d'autres domaines.

¹⁶⁵³ Jean RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *Études et Documents du Conseil d'État*, 1955, aux pp. 27-36, reproduit dans, *Pages de doctrine*, vol. 1, Paris, L.G.D.J., 1980, à la p. 74 :

pour faire oeuvre juridique, doctrine et jurisprudence ont besoin d'un instrument premier et qui leur est nécessairement commun : un langage. [...] Or, le mot juridique suppose une définition : et la définition suppose un minimum de généralisation. Matière première de l'action jurisprudentielle, le vocabulaire juridique et le résultat commun de l'effort de la doctrine et de l'effort du juge, chacune des deux parties apportant sa contribution à l'affinement progressif de leur instrument de travail.

¹⁶⁵⁴ Voir, par exemple, la discussion sur le domaine de l'abus de droit par les professeurs Ghestin et Goubeaux : J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.*, note 1634, aux pp. 749 et s.

En second lieu, le juge ne pourrait pas faire certains types de normes, celles-ci étant hors de sa portée : il s'agit des créations « interdites ». Raymond Saleilles avait évoqué ces obstacles naturels à la création jurisprudentielle; il les présenta de la façon suivante :

Il est, d'autre part, des réformes devant lesquelles la jurisprudence et la doctrine, désormais unies, seront toujours impuissantes. Elles peuvent aller de l'avant, là où le texte est resté douteux. Elles ne peuvent rien contre un texte clair et précis. Elles peuvent encore moins contre un organisme créé par la loi, et qu'il s'agisse de réformer.¹⁶⁵⁵

Ces entraves au pouvoir des juges sont généralement acceptées par les juristes français. La plus importante consiste à refuser aux juges la possibilité de créer des règles de *forme* (en matière contractuelle ou procédurale par exemple) ou de mettre en place des institutions (comme la création d'un organisme)¹⁶⁵⁶. Bien que cette incapacité puisse s'expliquer par le contexte procédural dans lequel agit le juge, elle est présentée généralement comme une nécessité logique¹⁶⁵⁷. Une autre limite du pouvoir judiciaire est peut-être moins catégorique, elle consiste à affirmer que le juge devrait, par esprit de loyauté, s'incliner devant une formulation claire de la loi¹⁶⁵⁸. Bien évidemment, cette directive dérive de celle qui consiste à refuser toute interprétation « lorsque le texte est clair ». Aussi, elle est fortement nuancée dans la mesure où cette directive est généralement présentée comme étant un principe *souhaitable* pour maintenir la suprématie du pouvoir législatif, surtout lorsque la loi est récente¹⁶⁵⁹. Or,

¹⁶⁵⁵ Raymond SALEILLES, « Le Code civil et la méthode historique », dans *Le Code civil - 1804- 1904 - Livre du centenaire*, t. 1, Paris, Rousseau, 1904, p. 97, à la p. 128.

¹⁶⁵⁶ J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 1643, à la p. 429 : « [l]a jurisprudence n'a pas toujours, loin s'en faut, les moyens de donner à la règle dont la création paraît souhaitable, et même nécessaire, la force contraignante, l'efficacité, la précision qui lui donneront prise sur le réel. La jurisprudence notamment est impuissante à créer, comme d'ailleurs à supprimer, un *formalisme*, contractuel ou procédural, et à forger des *règles de caractère quantitatif*, la détermination d'un délai, par exemple. » Toutefois, il reconnaît que la Cour de cassation a déjà accordé une prorogation de délai en l'absence de texte, voir : Jean CARBONNIER, « Note sur la prescription extinctive », (1952) 50 *R.T.D.civ.* 171; Philippe MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Faculté de droit et des sciences économiques de Poitiers, Paris, Dalloz, 1965, p. 603, à la p. 615 : « Le pouvoir prétorien de la jurisprudence est naturellement restreint dans les matières où tout est de droit strict. Dans le formalisme, le chiffrage légal, et surtout les privilèges, la technique juridique interdit que l'évolution du droit se fasse autrement que par réforme législative. »

¹⁶⁵⁷ Selon le professeur Jestaz, « le législateur a des possibilités d'action infiniment plus vastes que la jurisprudence. Lui seul peut fixer des délais, établir des règles d'organisation, créer des structures et des modèles, etc. La règle jurisprudentielle, en revanche, ne sera jamais qu'une réponse par oui ou non à une question simple qui se posait aux plaideurs dans les interstices du modèles légal » (P. JESTAZ, *loc. cit.*, note 1641, à la p. 13).

¹⁶⁵⁸ J. BOULANGER, *loc. cit.*, note 1643, à la p. 434.

¹⁶⁵⁹ G. CORNU, *op. cit.*, note 1511, à la p. 173.

même si la présence de certaines règles jurisprudentielles témoigne de la réalité contraire, ces limites sont régulièrement invoquées à titre de garde-fou du pouvoir judiciaire.

Par conséquent, le pouvoir des juges est le plus souvent conçu comme étant accessoire et subordonné à celui du législateur. Les innovations juridiques substantielles devraient provenir de ce dernier et les points de détails devraient être laissés au juge. C'est que le second, à la différence du premier, ne peut arborer une quelconque légitimité *a priori*; il ne peut donc pas ouvertement emprunter les voies d'une réforme du droit, et cette conception se retrouve également lorsqu'on aborde l'effet de la règle jurisprudentielle dans le temps.

§ 2 - Le temps de la règle jurisprudentielle

Comme toute chose dans ce monde sublunaire, la règle jurisprudentielle connaît un début, une naissance, et une fin, une mort. Contrairement aux autres normes du système juridique toutefois, les deux pôles de la vie de la règle ne sont pas définis par des normes *secondaires*, pour reprendre la terminologie de Hart, ni par leur propre créateurs, qui feignent de les avoir connues dès qu'elles sont abandonnées, sort ingrat s'il en est un. En revanche, peu de règles peuvent se vanter d'avoir un potentiel si fort, qu'elles étendent systématiquement leur domination à des faits survenus avant même qu'elles existent. Or la crainte qu'inspirent ces effets, notamment à l'égard de la stabilité du droit et des injustices qu'ils risquent de causer, est telle que certains juristes ont contesté ou, du moins, cherché à canaliser cet effet dans le temps. Il y a donc, dans le système de droit français, un effet rétroactif qui est reconnu (A) et qui est également contesté (B).

A. Reconnaissance de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle

Le débat méthodologique portant sur l'effet des normes dans le temps a généralement été envisagé au regard des lois. Longtemps jetée comme un anathème, la « rétroactivité » d'une loi a été conçue différemment selon les époques. Tantôt elle désignait les lois qui portaient

atteintes aux droits acquis, tantôt elle couvrirait les cas où une loi modifiait les situations juridiques antérieurement constituées. Pour des fins de clarification, il sera préférable de retenir une définition de la rétroactivité qui consiste à réserver ce terme aux seules règles qui « s'applique[nt] à prescrire le régime juridique de faits entièrement accomplis avant [leur] entrée en vigueur »¹⁶⁶⁰. Au regard de la règle jurisprudentielle, qui ne bénéficie pas d'un processus officiel d'édition et qui n'a donc pas de *date de naissance* authentique, l'affirmation selon laquelle elle aurait un effet rétroactif doit être précisée. L'une des particularités de la rétroactivité de la règle élaborée par les juges consiste justement en ce qu'elle touche, en premier lieu, les parties qui ont provoqué l'émergence de la règle par le jeu d'une action en justice. Par la suite, en deuxième lieu, elle a un effet général qui est, lui aussi, susceptible d'engendrer une application rétroactive de la règle. Ils seront envisagés tour à tour.

1. Effet particulier de la règle jurisprudentielle

Au regard du conflit individuel qui se conclut par l'application d'une règle nouvelle ou par la modification d'une règle ancienne, il est évident que l'on est en présence d'un effet rétroactif objectif. Alors que *x* et *y* ont transigé en tenant compte d'un état du droit du *z*, ils se voient soumis à une règle nouvelle *a*. L'effet rétroactif de l'application de cette règle est réel et, dans la mesure où les parties ont été bien informées, chacune croyant agir *selon l'état du droit*, le phénomène est passablement injuste. Aussi, il est nécessaire de préciser que ceci vaut quelle que soit la juridiction finale qui tranche le litige : chaque juge dispose d'un pouvoir d'imposer une règle innovatrice ou inattendue à une situation ancienne. Cependant, il est fort peu probable qu'un juge de première instance puisse élaborer et appliquer du droit nouveau sans que sa décision soit révisée par une Cour d'appel ou par la Cour de cassation. De plus, cette dernière dispose d'un pouvoir de surveillance assez large pour engager l'étude de toute règle de droit substantielle énoncée par un juge inférieur. Par conséquent, l'injustice, si elle est commise, est toujours susceptible de révision. Toutefois, lorsque la règle nouvelle est retenue ou créée par la

¹⁶⁶⁰ P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 1506, à la p. 160.

Cour de cassation, s'ajoute alors un problème distinct, celui de l'effet rétroactif de la règle jurisprudentielle à l'égard de l'ensemble des situations juridiques nées avant son énoncé.

2. Effet général de la règle jurisprudentielle

Lorsqu'une règle jurisprudentielle est formulée une première fois à l'intérieur d'un arrêt, ses effets directs se limitent aux seules parties à l'égard desquelles elle a été conçue. Mais lorsque sont réunies les conditions de formation et de reconnaissance d'une règle jurisprudentielle nouvelle, il est bien connu que les effets débordent du seul cas particulier qui l'a fait naître. Ces « deux effets d'un arrêt » ont été décrits par M. l'avocat Jéol, dans les termes suivants :

Certes, un arrêt de la Cour de cassation n'a d'effet direct qu'entre les parties, mais à côté de son autorité « juridictionnelle », il revêt, s'il tranche une question de principe, une autorité « jurisprudentielle » de portée beaucoup plus large. En d'autres termes, la jurisprudence faisant autorité avec la loi dont elle fixe l'interprétation, un texte controversé est censé avoir eu, dès sa promulgation, le sens qu'en donne la Cour suprême, sans que puissent être remises en cause, pour autant, les décisions passées en force de chose jugée.¹⁶⁶¹

C'est à l'égard de cette répercussion que se pose le problème de l'effet rétroactif d'une jurisprudence nouvelle. En effet, l'émission d'une règle innovatrice entraîne un phénomène de répétition, d'imitation et de soumission à l'opinion de la plus haute cour qui a pour conséquence de provoquer son application future, mais à l'ensemble des situations juridiques qu'elle vise, quelle que soit leur date de naissance. En ce sens, et pour paraphraser la définition de la rétroactivité retenue plus haut, la règle nouvelle « prescrit le régime juridique de faits entièrement accomplis avant son énoncé ». Malgré l'injustice formelle que présente une telle démarche, elle est constamment suivie par les tribunaux. Le raisonnement à l'oeuvre, inexprimé le plus souvent, consiste à assimiler la règle jurisprudentielle à la loi interprétative, c'est-à-dire qu'elle est *censée* définir le sens *officiel* qui a toujours été de la loi. Pour cette raison, la plupart des juristes admettent que la jurisprudence a un effet rétroactif¹⁶⁶² et, loin de se limiter au cas

¹⁶⁶¹ URSSAF de Valenciennes c/ SA Jeumont Schneider, A.P. 2 avril 1993, *D.*1993.juris.373, Michel JEOL, 1^{er} avocat général, à la p. 373.

¹⁶⁶² Jacques HÉRON, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », [1993] 4 *R.R.J.* 1083, à la p.

du revirement, « la jurisprudence est rétroactive, à chaque fois qu'elle apporte quelque chose de nouveau par rapport à l'état antérieur du droit, soit en la modifiant, soit en la créant, soit même simplement en l'interprétant ou la précisant dans un sens nouveau »¹⁶⁶³.

Cette qualification de l'effet dans le temps des créations prétorienne a été critiquée récemment par le professeur Bonneau. Selon lui, ce serait l'effet « déclaratif » de la décision judiciaire qui retirerait à cette dernière toute possibilité d'être considérée comme rétroactive. Pour justifier la distinction qu'il établit entre l'effet déclaratif et l'effet rétroactif, il souligne que « ces deux notions impliquent des effets dans le passé. Mais alors que la rétroactivité est attachée, de par la volonté du législateur et du juge, à l'application d'une règle nouvelle, l'effet déclaratif est seulement lié à l'intervention du juge à propos de faits antérieurement produits »¹⁶⁶⁴. Quelle que soit la valeur de cette nuance terminologique, qui est contraire aux opinions de Paul Roubier¹⁶⁶⁵ et de Jacques Héron¹⁶⁶⁶, elle semble vouloir opérer une distinction là où, dans les faits, il n'y en a pas. Car si l'on place dans les souliers de ceux qui subissent une jurisprudence nouvelle ou un revirement de jurisprudence, le résultat correspond à celui entraîné par une loi rétroactive : ils se voient appliquer judiciairement une norme qui n'existait pas au moment où les faits ont pris naissance. Il est possible qu'il ne s'agisse là que d'une question de vocabulaire, mais l'*effet* est le même et, pour cette raison, cette distinction ne sera pas retenue ici.

Par conséquent, outre les cas où les recours ont été prescrits ou ont fait l'objet d'une décision finale ou d'une transaction, la portée d'une règle jurisprudentielle s'étend à l'ensemble des situations qu'elle régit, même si elles font l'objet d'une procédure judiciaire en cours. Étant donné que les recours en justice peuvent être engagés pendant plusieurs années, cette situation n'est pas purement hypothétique : entre le moment de l'institution de l'action et le jugement

1088 : « Ainsi, dès sa création, la norme jurisprudentielle est appliquée à des faits antérieurs, donc de façon rétroactive. [...] à la différence de ce qui a lieu pour la norme légale, elle se rencontre presque toujours : pour la norme jurisprudentielle, elle n'est pas une anomalie, elle est la solution de principe. » Voir, en dernier lieu : Antoine BOLZE, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », [1997] 3 *R.R.J.* 855.

¹⁶⁶³ A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 1512, à la p. 267.

¹⁶⁶⁴ T. BONNEAU, *loc. cit.*, note 1620, à la p. 25, par. 5.

¹⁶⁶⁵ Paul ROUBIER, *Le droit transitoire [:] conflits des lois dans le temps*, Paris Dalloz, 1993, à la p. 26.

final, la Cour de cassation risque de remettre en question l'état du droit. Et il serait inutile de plaider un quelconque « droit » à une jurisprudence ancienne, car, tel que l'a statué péremptoirement la première chambre de la Cour de cassation, « la sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application de la loi. »¹⁶⁶⁷ Pour cette raison, l'instabilité créée par une modification de l'état du droit est similaire à celle que peut provoquer le législateur.

On pourrait facilement critiquer le fondement de l'effet rétroactif reconnu aux règles jurisprudentielles. En effet, les juristes justifient généralement l'effet rétroactif de ces règles en invoquant le caractère interprétatif de celles-ci : on fait *comme si* la règle jurisprudentielle nouvelle était déjà contenue dans la loi dont elle est censée préciser le sens. Comme cela a été souligné plus haut, cette analyse heurte le sens commun lorsque sont envisagées les règles *contra legem*. Lorsqu'on reprend l'exemple de la Cour de cassation qui a qualifié une fellation forcée par l'agresseur sur la victime comme un « viol » au sens du Code pénal, alors on peut constater que les enjeux sont importants. En effet, le principe de la légalité de la peine¹⁶⁶⁸ – pourtant au coeur du système pénal – est directement remis en question. Et il en va de même à l'égard des principes généraux « dont la création est réputée immémoriale »¹⁶⁶⁹, mais dont on sait qu'ils ont parfois une origine récente. Ainsi, malgré le caractère regrettable des effets que peuvent avoir une jurisprudence nouvelle, les juristes semblent enfermés dans un raisonnement qui les empêche d'envisager un régime différent d'application de la règle dans le temps.

Il est vrai, à ce titre, que l'article 2 du *Code civil* condamne seulement l'effet rétroactif des *lois*. Mais le principe de la non-rétroactivité des normes est aussi un principe

¹⁶⁶⁶ Jacques HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Coll. « Philosophie et théorie générale du droit », Paris, Dalloz, 1996, à la p. 26.

¹⁶⁶⁷ 1^{ère} ch. civ., 21 mars 2000, D.2000.juris.593, note Christian ATIAS, (2000) *R.T.D.civ.* aux pp. 666 et s., note Nicolas MOLFESSIS.

¹⁶⁶⁸ Voir l'article 112-1 du nouveau *Code Pénal*.

¹⁶⁶⁹ J. HÉRON, *op. cit.*, note 1666, à la p. 13. Voir l'exemple d'un principe forcément récent donné par M. le professeur Antonmattei : Paul-Henri ANTONMATTEI, « Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 3, à la p. 6 : « *Vu le principe selon lequel l'employeur qui entend dénoncer un usage doit respecter un délai de préavis suffisant... Qu'en statuant ainsi... la Cour d'appel a violé le principe susvisé* ».

d'interprétation qui s'applique en droit administratif en l'absence de textes¹⁶⁷⁰. Pourquoi en irait-il autrement pour la règle jurisprudentielle ? Afin d'étudier cette question, il est justifié d'aborder le débat qui entoure la possibilité de mettre en oeuvre un droit transitoire en matière jurisprudentielle.

B. Contestation de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle

En droit français, peu de juristes ont dénoncé directement l'absence de principes de droit transitoire à l'égard des règles jurisprudentielles. Ce n'est qu'au cours des années 1990, principalement sous l'élan de Christian Mouly, qu'ont été faites des suggestions visant à pallier les inconvénients reliés à l'effet rétroactif de ce type de règles. En suggérant de donner un effet immédiat à certaines décisions de justice, il s'est attaqué à l'un de ces réflexes de pensée que peu d'arguments parviennent à écarter; et malgré le succès mitigé qu'ont pu avoir ses idées, elles méritent d'être examinées, ne serait ce que parce qu'elles confrontent le système juridique avec une injustice qu'il ne semble pas pouvoir régler.

Le professeur de Montpellier avait lancé le débat en tentant de convaincre la doctrine française du bien fondé de la création d'un droit transitoire propre à la jurisprudence. À titre d'exemple, il souligna la présence de nombreux revirements dont les coûts exorbitants étaient liés au fait qu'ils s'appliquaient aux situations passées sans égard à leur date de formation¹⁶⁷¹. Reconnaisant l'utilité des revirements dans le processus d'amélioration du droit, il suggéra que la Cour de cassation détermine directement la date d'entrée en vigueur de ses décisions qui remettent en question le droit antérieur¹⁶⁷². Sans entrer dans les détails de son argumentation, la suggestion de Christian Mouly visait à répondre à l'une des objections traditionnellement

¹⁶⁷⁰ En droit administratif, on refuse une portée rétroactive aux actes administratifs unilatéraux en se fondant sur un principe général du droit, voir : Joël CARBAJO, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, Bibl. de droit public, t. 134, Paris, L.G.D.J., 1980, aux pp. 67 et s. L'auteur présente l'article 2 du *Code civil* comme une « règle d'interprétation qui s'impose au juge en l'absence de disposition contraire de la loi » (*Ibid.*). Voir, en matière réglementaire : Conseil const. 24 oct. 1969, *Rec. Cons. const.*, à la p. 32.

¹⁶⁷¹ Christian MOULY, « Le revirement pour l'avenir », 1994 *J.C.P.G.I.* 3776, aux par. 4 et s.

¹⁶⁷² C. MOULY, *loc. cit.*, note 1671, au par. 33; et, dans ce même paragraphe, il suggère que « [l]a date d'effet d'un revirement pour l'avenir pourrait être celle de la publication de l'arrêt au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, qui tiendrait un rôle équivalent à celui du *Journal officiel* pour les lois. »

opposées à la formation d'un droit transitoire, celle d'une date fixant le début de la prise d'effet de la règle jurisprudentielle : sans la possibilité de déterminer ce point de départ, il devient impossible de traiter de façon précise l'effet de la règle dans le temps. Cette exigence fut évoquée par le doyen Roubier qui, bien qu'il reconnût à la jurisprudence la capacité de faire des règles *juridiques* rétroactives, refusa l'idée d'un droit transitoire qui lui soit propre dans la mesure où ce type de règles ne disposait pas de date-frontière marquant le seuil de son existence¹⁶⁷³. Cette objection a également été retenue par Jacques Héron, lorsqu'il a souligné que :

Ce qui justifie que toutes ces autorités soient considérées comme un législateur au sens du droit transitoire, c'est qu'elles édictent des normes abstraites selon une procédure qui donne lieu à une publicité, quelle qu'en soit la forme [...] Dans tous les cas, il existe une *date-frontière* qui marque la création d'une norme [...]¹⁶⁷⁴

Or la règle jurisprudentielle ne bénéficiant pas d'un mode d'apparition ou d'existence précisé par une autre norme, il est difficile de lui accorder une date de naissance officielle autre que celle de la loi à laquelle elle se rattache. Selon Jacques Héron, lorsque le juge affirme une nouvelle règle,

il masque la création de la règle qu'il vient d'énoncer, il la prive de date-frontière propre : la date-frontière de la norme jurisprudentielle est celle de la disposition législative qu'il a visé (ou bien même elle n'existe pas lorsqu'il s'agit d'un principe, dont la création est réputée immémoriale).

La suggestion du professeur Christian Mouly cherchait donc à remplir cette condition préliminaire à toute discussion sur le droit transitoire. Mais afin de parvenir à établir cette date-butoir, encore faut-il que la Cour puisse fixer d'elle-même l'effet de la règle jurisprudentielle dans le temps, idée qui fut contestée par le professeur Bonneau. Selon ce dernier, il serait impossible pour les juges, et même pour ceux de la Cour de cassation, d'imposer une date d'entrée en vigueur de la règle qu'ils énoncent, les règles jurisprudentielles n'étant pas le fruit

¹⁶⁷³ P. ROUBIER, *op. cit.*, note 1665, aux pp. 23 et s.; T. BONNEAU, *loc. cit.*, note 1620, à la p. 26, au par. 7 : « on sera dans l'impossibilité de déterminer le moment où la nouvelle règle aura effectivement pris naissance, ce qui empêchera d'assimiler le changement de jurisprudence à un changement de loi. »

¹⁶⁷⁴ Jacques HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Coll. « Philosophie et théorie générale du droit », Paris, Dalloz, 1996, à la page 12.

d'un acte de volonté¹⁶⁷⁵. À cet égard, le professeur Bonneau fait remarquer, en reprenant la théorie de Maury, que « [l'application postérieure d'une nouvelle jurisprudence] dépend de son acceptation par la communauté des juristes ». Par conséquent, si un juge subséquent ne suit pas la décision de la Cour de cassation, « on sera dans l'impossibilité de déterminer le moment où la nouvelle règle aura pris naissance, ce qui empêchera d'assimiler le changement de jurisprudence à un changement de loi. »¹⁶⁷⁶ Même si cette dernière critique n'est pas déterminante¹⁶⁷⁷, elle a le mérite de cerner l'un des objectifs que voulait atteindre Christian Mouly, celui d'engager une réflexion réelle sur la mise en oeuvre des règles jurisprudentielles, ce qui exigeait que les juristes s'attaquent « aux faux-semblants » entourant le pouvoir des juges¹⁶⁷⁸.

Car derrière le débat qui a été soulevé par le regretté professeur de Montpellier, se profile une remise en question du mythe du caractère déclaratoire de la fonction judiciaire. En effet, l'attribution d'une date d'entrée en vigueur aux règles jurisprudentielles aurait pour conséquence directe d'en reconnaître la présence et d'en affirmer la juridicité. Sans cette « reconnaissance officielle », la mise en oeuvre des règles jurisprudentielles sera toujours tiraillée entre l'adoption de l'une ou l'autre des approches décrites plus haut. C'est d'ailleurs le sens de la suggestion qu'a faite M. Hervieu lorsque, au terme de son étude approfondie sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle, il a écrit :

il est vraisemblable qu'une reconnaissance officielle, de la valeur du précédent et des règles, permettant notamment de faire plus facilement la distinction entre les décisions

¹⁶⁷⁵ T. BONNEAU, *loc. cit.*, note 1620, à la p. 25, par 4 : « pour que l'on puisse parler de rétroactivité, il faut qu'il y ait volonté de l'auteur de la norme en ce sens. »

¹⁶⁷⁶ T. BONNEAU, *loc. cit.*, note 1620, à la p. 26, par.7. Il cite l'ouvrage de Paul Roubier (*op. cit.*, note 1665, à la p. 26). Or, le doyen Roubier fait bien attention de distinguer les questions du droit transitoire, qu'il dit impossible à concevoir à l'égard des règles jurisprudentielles, et l'effet rétroactif des décisions judiciaires qui appliquent une règle nouvelle. En effet, il affirme qu'il « ne pouvait être question de conflits dans le temps entre des coutumes ou des jurisprudences successives. » (*Id.*, p. 23) et que le « droit transitoire [n'a] envisagé que les changements de législation et nullement les changements de jurisprudence » (*Id.*, p. 24). Toutefois, plus loin, il affirme : « On exprime cela en disant que les changements de jurisprudence ont un effet rétroactif [...] Ceci est exact à la condition de noter qu'il s'agit d'une rétroactivité limitée aux procès pendants ou futurs [...] » (*Id.*, à la p. 25, note 1).

¹⁶⁷⁷ Le juge qui ne respecterait pas une jurisprudence établie pourrait voir sa décision annulée ou cassée, selon l'organe qui en contrôlerait la validité.

¹⁶⁷⁸ C. MOULY, *loc. cit.*, note 1671, au par. 33, *in fine*.

ayant cette valeur et celles qui ne l'ont pas ne pourrait qu'aider à une meilleure diffusion et une meilleure connaissance de la règle jurisprudentielle.¹⁶⁷⁹

Curieusement, le droit canadien reconnaît à ses juges la capacité de créer de véritables règles, mais dans ce système encore, on peut constater que la mise en oeuvre des règles de *common law* soulève des questions similaires.

Section 2 - En droit canadien

§ 1 - La *common law rule* à l'intérieur de la « pyramide »

Le statut officiel de la *common law* et son rapport avec les normes positives, qu'elles soient législatives ou constitutionnelles, n'a pas fait l'objet d'un véritable débat au sein de la communauté juridique. C'est que la *common law* d'Angleterre a été introduite en droit canadien à la suite de la Conquête et depuis, telle une semence fertile, elle s'est développée sans que soit précisée la nature exacte de ses fondements. Aussi, malgré son importance pour la pensée juridique, elle a subi les assauts répétés du législateur qui, inspiré par les idées de Bentham¹⁶⁸⁰, a voulu soit la remplacer, soit la codifier. Les juges ont donc dû développer des principes d'interprétation qui permettraient d'intégrer les lois dans ce bassin du droit qu'est la *common law*. Outre cette relation verticale, il convient également d'envisager la relation horizontale qu'entretiennent les *common law rules* avec celles qui les précèdent. En effet, les règles de *common law* nouvellement créées s'insèrent dans un système jurisprudentiel complexe qu'elles doivent intégrer de façon à maintenir un certain degré de cohérence, et ce processus implique une forme de parti pris quant à leur portée.

¹⁶⁷⁹ A. HERVIEU, *loc. cit.*, note 1512, à la page 318. Voir aussi : Frédéric ZÉNATI, « Clore enfin le débat [:] La jurisprudence aujourd'hui - libres propos sur une institution controversée », (1992) 91 R.T.D.C. 2, p. 359, à la p. 361 : « il faut donc se décider à reconnaître statutairement la jurisprudence de cassation ».

¹⁶⁸⁰ Voir : (à paraître) Michel MORIN, « Portalis c. Bentham ? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada », dans *La législation en question - mémoires du concours Perspectives juridiques 1999*, à la p. 139; H. K. LÜCKE, « The Common Law as Arbitral Law », (1982) 13 *Rechtstheorie* 5, aux pp. 5 et s.

A. Le statut hiérarchique de la common law rule

Malgré l'importance du pouvoir judiciaire dans l'histoire de la *common law*, le principe de la suprématie du Parlement, hérité du droit anglais, conjugué à la prépondérance de la Constitution canadienne, donne un statut subordonné aux juges qui, fondamentalement, occupent une fonction adjudicative dans le système juridique. Mais l'une des caractéristiques du pouvoir judiciaire canadien est que celui-ci ne fait pas que trancher des litiges, car il doit également remplir la tâche de contrôler la constitutionnalité des lois, ce qui l'amène à se prononcer sur leur validité. Son pouvoir, ici, est réel, et le qualificatif « suprême » convient parfaitement à une Cour capable de faire plier les genoux à l'ensemble des acteurs juridiques canadiens. Néanmoins, les juges semblent avoir maintenu une nette distinction entre le pouvoir qu'ils exercent lorsqu'ils interprètent des règles écrites et le statut qu'ils accordent à leurs propres créations. Car même s'ils peuvent annuler des lois et élargir la portée des dispositions constitutionnelles, au point d'en écrire des chapitres, ils admettent que leurs *common law rules* doivent céder la place devant l'expression claire de la volonté du législateur ou d'une disposition constitutionnelle¹⁶⁸¹.

Ainsi, l'ordre juridique canadien donne une image harmonieuse quand il est examiné sous l'angle de la méthodologie adoptée par les juges à l'égard des règles législatives. En ce sens, on a pu assister récemment à une transition importante en matière d'interprétation des lois : d'une approche axée sur le texte, les juges se sont montrés favorables aux arguments faisant intervenir l'*esprit* des lois, au point d'écarter certaines interprétations littérales qui

¹⁶⁸¹ On traite, ici, des « vraies » règles de *common law*, et non pas des règles que les juges créent par une interprétation de la loi ou de la Constitution. Les juges semblent maintenir cette distinction. Par exemple, lorsqu'ils ont souligné l'existence de conventions constitutionnelles en droit canadien, alors qu'aucun texte ne les prévoyait, les juges de la Cour suprême ont récusé leur assimilation à des règles de *common law* : « Cette dernière [la *common law*] est le produit des travaux judiciaires fondés sur des questions justiciables des tribunaux et dont la formulation est juridique; les tribunaux qui en sont les auteurs peuvent les modifier et même les renverser dans l'exercice de leur rôle dans l'État conformément aux lois ou aux directives constitutionnelles. Les tribunaux ne jouent pas de rôle parental semblable à l'égard des conventions. » (*Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753)

allaient à l'encontre de leur objectif¹⁶⁸². Les juges n'ont pas toujours été aussi généreux, à une certaine époque, ils ont pu considérer que la *common law* formait une espèce de raison écrite¹⁶⁸³ dont la sagesse dépassait celle du législateur¹⁶⁸⁴; mais aujourd'hui, il faut admettre que la qualité et la quantité des interventions législatives ont quelque peu modifié cette perception des choses, la suprématie des lois n'étant plus discutée¹⁶⁸⁵. Toutefois, derrière cet esprit de concorde se cache une série de conflits latents. Le choc est inévitable : dans la mesure où la *common law* forme le droit commun, chaque réforme législative implique, à toutes fins utiles, un empiètement sur les créations judiciaires, soulevant ainsi des questions liées à leur interaction¹⁶⁸⁶. Les juges ont donc dû composer avec une présence accrue des règles législatives et leur réaction n'a pas seulement été celle de la soumission : on peut, en réalité, dégager une série de principes d'interprétation qui dénotent un esprit protecteur et tutélaire à l'égard de leurs propres créations, et il convient de les signaler.

¹⁶⁸² L'approche traditionnelle en matière d'interprétation des lois a été de s'en tenir au texte lorsque celui-ci était *clair*, certains juges de la Cour suprême ayant même récemment réitéré l'injonction dans un cas où les conséquences de l'interprétation littérale de la règle étaient considérées comme absurdes : *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, à la p. 704 des motifs du juge Lamer : « [le] texte doit être appliqué même s'il aboutit à des résultats rigides, ou absurdes ou mêmes contraires à la logique. » Le juge Lamer a fortement nuancé ses propos dans l'arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031. La Cour suprême a adopté, par la suite, une attitude beaucoup plus souple à l'égard de l'interprétation des lois, voir : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, à la p. 43. Pour une description critique de la « règle littérale » (*Literal rule*) dans le domaine de l'interprétation des lois, voir : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 1475, aux pp. 357 et s.

¹⁶⁸³ Roderick MUNDAY, « The Common Lawyer's Philosophy of Legislation », (1983) 13 *Rechtstheorie* 191, aux pp. 192 et s.; Lord REID, *loc. cit.*, note 1456, à la p. 28.

¹⁶⁸⁴ Le professeur Munday cite les propos de Pollock selon lequel : « Parliament generally changes the law for the worse » (R. MUNDAY, *loc. cit.*, note 1683, à la p. 193).

¹⁶⁸⁵ Il a été affirmé qu'une loi pouvait être annulée si elle était contraire à la raison. Voir : *Dr. Bonham's Case*, (1610) 8 Co. Rep. 113, 118a, 77 E.R. 646, à la p. 652; cette décision de Lord Coke a vraisemblablement été unique dans l'histoire de la *common law* : S.A. de SMITH, *Constitutional and Administrative Law*, 4^e éd., London, Penguin Education, 1981, à la p. 80. Il est possible que le contrôle de la constitutionnalité des lois, depuis l'adoption de la *Charte canadienne* en 1982, ait ressuscité la théorie de Coke. En effet, les lois qui sont fondées sur des présupposés archaïques ou qui sont devenues désuètes peuvent être annulées par les tribunaux, dans la mesure où elles portent atteinte à des droits ou à des libertés protégés par la *Charte canadienne*. De plus, dans l'évaluation du caractère « raisonnable » de l'atteinte (processus qui permet de la justifier et de confirmer la validité de la disposition législative), les juges examinent la caractéristique rationnelle de la mesure législative en rapport avec l'objectif poursuivi.

¹⁶⁸⁶ La relation entre la *common law* et les lois a fait l'objet de très peu de réflexions chez les juristes anglais, c'est, du moins, le constat que fait M. le professeur Atiyah : Patrick ATIYAH, « Common Law and Statute Law », (1985) 48 *M.L.R.* 1.

En premier lieu, parce que la *common law* forme la « trame de fond » du droit sur lequel vient se « superposer le droit statutaire »¹⁶⁸⁷, il est logique que chaque intervention législative soit perçue comme une mesure exceptionnelle devant être circonscrite. C'est dans cet esprit que les juges ont énoncé le principe voulant que le législateur n'est pas censé vouloir modifier la *common law*¹⁶⁸⁸ et, en l'absence de dispositions claires, une loi nouvelle n'a pas pour effet d'annuler les règles de *common law* régissant le même domaine¹⁶⁸⁹. Cependant, cette présomption peut être écartée lorsque la loi nouvelle se présente comme un « code complet »¹⁶⁹⁰ en la matière et, dans ce cas, les juges reconnaîtront que les règles de *common law* (voies de recours, moyens de défenses, droits substantiels) se trouvent abrogées implicitement¹⁶⁹¹. Mais avant de conclure au caractère omniprésent de la loi, les juges ont recours à un processus d'évaluation qui correspond à la « méthodologie applicable en *common law* », telle que l'avait présentée M^{me} le juge L'Heureux-Dubé. En effet, c'est en se fondant sur *Halsbury's Laws of England*¹⁶⁹² et sur des décisions antérieures¹⁶⁹³ que le juge posa une série

¹⁶⁸⁷ C'est le vocabulaire utilisé par M^{me} le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt 2747-3174 *Québec Inc. c. R.P.A.Q.*, [1996] 3 R.C.S. 919, à la p. 974.

¹⁶⁸⁸ Voir : Ruth SULLIVAN, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd., Toronto, Butterworths, 1994, aux pp. 305-316 et aux pp. 368 et s.

¹⁶⁸⁹ *Goodyear Tire & Rubbers Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1959] R.C.S. 610, à la p. 614.

¹⁶⁹⁰ La notion de « code » n'est pas la même en *common law* qu'en droit civil, voir : P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 1475, à la p. 60. On considère généralement que les lois qui « codifient » un domaine du droit ou qui abrogent explicitement les règles de *common law* sont des « codes complet », voir : R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 1688, à la p. 307. Mais il faut admettre que les juges utilisent cette expression pour désigner plusieurs types de mesures législatives, dont parfois des articles individuels de loi : Voir : *Gendron c. Supply & Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Loc 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, à la p. 1317; *Glaxo Wellcome PLC v. Canada (M.N.R.)*, [1998] F.C.J. No 874 (Q.L.) (C.A.F.); *Canada (A.-G.) v. Nike Canada Ltd.*, [1996] F.C.J. No. 1543 (Q.L.) (F.C.A.); *Friendly Ice Cream Corp. v. Friendly Ice Cream Shops Ltd.*, (1972) 7 C.P.R. (2d) 35 (F.C.T.D.), à la p. 40. La notion est aussi utilisée pour régler les conflits entre une loi provinciale et une loi fédérale : *Bank of Montreal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, à la p. 155.

¹⁶⁹¹ Par exemple, dans l'arrêt *Waldick c. Malcom*, [1991] 2 R.C.S. 456, à la p. 475, le juge Iacobucci, au nom de la Cour, conclut que la loi étudiée « n'était pas destinée à écarter en bloc les moyens de défense de common law en matière de responsabilité, et il est révélateur que l'art. 2 ne fasse aucune mention de ces moyens de défense. » Or, la *Loi sur la responsabilité des occupants*, L.R.O. 1980, ch. 322, énonçait certains moyens de défense, la question était de savoir s'ils étaient exhaustifs ou non.

¹⁶⁹² 2747-3174 *Québec Inc. c. R.P.A.Q.*, précité, note 1687, aux pp. 976-977 elle cite : « [traduction] Sauf dans la mesure où il est clair et non ambigu qu'elles ont été conçues à cette fin, les lois n'ont pas pour effet de modifier la common law ou quelque principe de droit établi [*Halsbury's Laws of England*, 3e éd. 1961, vol. 36, p. 412 au par 625] »; « [traduction] les lois ne devraient pas être considérées comme ayant pour effet de limiter les droits reconnus par la common law, ou de modifier de quelque autre façon la common law, à moins qu'elle ne le fasse de façon claire et non ambiguë [*Halsbury's Laws of England*, 4e éd. 1995, vol. 44 (1), p. 876, au par. 1438] ».

de questions qui permettent d'évaluer jusqu'à quel point le législateur entendait remplacer les règles de *common law* antérieures : « Quelle règle de common law le droit statutaire abroge-t-il ? Le droit statutaire laisse-t-il des vides que la common law devra remplir ? Le droit statutaire constitue-t-il un code complet qui exclut et supprime toute la common law dans le domaine particulier du droit ? »¹⁶⁹⁴. Ainsi, c'est à celui qui invoque l'abolition d'une règle de *common law* de faire la preuve qu'une telle conséquence a été voulue par le législateur.

En second lieu, parce que la *common law* est conçue comme une source dynamique de règles, on doit présumer que le législateur ne voulait pas en freiner la progression. Ainsi, lorsque celui-ci prétend la codifier, les juges vont tenir pour acquis qu'il ne voulait pas figer l'évolution de la *common law*, à moins, bien entendu, qu'il use d'un langage précis¹⁶⁹⁵. Par exemple, au paragraphe 8 (3) du *Code criminel*, on peut lire que : « Chaque règle et chaque principe de *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur. »¹⁶⁹⁶ Or, bien que les termes de la loi semblent maintenir le droit « en vigueur » au moment de la codification, les juges ont interprété autrement la portée de l'article. En effet, le juge Laskin a affirmé que celui-ci n'empêchait pas les « tribunaux d'étendre le contenu de la common law en admettant de nouveaux moyens de défense [...] »¹⁶⁹⁷. Ce que la Cour suprême a fait en reconnaissant la défense de nécessité qui, de l'aveu des juges eux-mêmes, « [n'avait] jamais été admise, autant

¹⁶⁹³ 2747-3174 *Québec Inc. c. R.P.A.Q.*, précité, note 1687, à la p. 978, elle cite l'arrêt *Smith c. National Trust Co.*, (1912) 45 R.C.S. 618, aux pp. 624 et 641 : « [traduction] Un nouveau recours établi par la loi n'écarte jamais l'ancien [recours de common law], sauf si le premier est substitué à l'ancien ou s'il interdit désormais aux intéressés, soit expressément soit par implication nécessaire, d'utiliser l'ancien [...] lorsque dans un cas donné, il appert qu'il faut déduire par implication quelles sont les règles [législatives] applicables [...] alors la question de savoir dans quelle mesure les droits des parties doivent être régis par les règles de droit qui, outre la loi, sont applicables, est une question qu'il faut trancher après examen de l'ensemble de la loi »; voir aussi : *Zaidan Group Ltd. c. London (City)*, (1990) 71 O.R. (2d) 65 (C.A.O.). En droit anglais, Lord Coke avait affirmé qu'une loi qui ne fait qu'affirmer la *common law*, sans l'infirmer, de façon implicite ou non, ne détruit pas la *common law* : 2 Co. Inst. 200; voir aussi : *Lee v. Walker*, [1985] Q.B. 1191.

¹⁶⁹⁴ 2747-3174 *Québec Inc. c. R.P.A.Q.*, précité, note 1687, à la p. 978; voir, à la p. 980.

¹⁶⁹⁵ Voir : *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 737 : « Quelle que soit la classification que lui attribue la jurisprudence, il faudrait qu'une loi qui prétend incorporer les principes de la *common law* emploie les termes les plus clairs et les plus précis pour qu'on puisse dire qu'elle cristallise la *common law* à la date de son adoption. Dans ce cas, l'importation des principes de la *common law* se limiterait à ceux qui sont déjà cristallisés et qui ont été élaborés avant la date d'entrée en vigueur de la loi. »

¹⁶⁹⁶ L.R. (1985), ch. C-46.

¹⁶⁹⁷ *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487, à la p. 496; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, à la p. 443.

qu'on puisse voir, dans une affaire criminelle en ce pays ou en Angleterre. »¹⁶⁹⁸ Par conséquent, qu'elle en codifie le contenu ou qu'elle en reconnaisse l'existence, une disposition législative n'a pas, *a priori*, pour effet de paralyser l'évolution d'une règle de *common law*.

Enfin, les juges se sont parfois inspirés des dispositions législatives pour interpréter les règles de *common law*¹⁶⁹⁹. Par exemple, dans une décision provenant de l'Île-du-Prince-Édouard¹⁷⁰⁰, un homme tua un renard d'élevage qui rôdait près de son poulailler. Poursuivi par le propriétaire de l'animal, il prétendit que celui-ci était sauvage (*ferae naturae*) et qu'il s'était enfui sans espoir de revenir au domicile du demandeur (*animus revertenti*)¹⁷⁰¹, ce dernier ne pouvait donc pas prétendre en être le maître. Le juge rejeta l'argument en s'appuyant sur une loi nouvelle qui, même si elle ne s'appliquait pas directement à la situation, intégrait une définition nouvelle des animaux domestiques, incluant ainsi le renard dans la même catégorie que les chevaux ou les vaches¹⁷⁰². Bien que cette dernière source d'inspiration puisse être féconde pour la *common law*, les juges en limitèrent l'application en interdisant que soient reconnus de nouveaux recours qui s'appuieraient sur des dispositions législatives¹⁷⁰³.

¹⁶⁹⁸ *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 677; voir aussi : *Perka c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 232.

¹⁶⁹⁹ Horace E. READ, « The Judicial Process in Canada », (1959) 37 *R. du B. can.* 265, aux pp. 277 et s. L'auteur donne plusieurs exemples de ces emprunts à la loi. Voir : P. ATIYAH, *loc. cit.*, note 1686, aux pp. 20 et s.

¹⁷⁰⁰ *Ebers v. MacEachren*, (1932) 4 M.P.R. 333 (S.C.P.E.I.), l'exemple est tiré de l'article de Horace Read (H. READ, *loc. cit.*, note 1699, à la p. 277).

¹⁷⁰¹ En *common law*, une maxime de Coke prévoyait que si l'on parvenait à dresser un animal sauvage, et que ce dernier avait l'habitude de quitter la demeure avec l'« intention » d'y revenir, il pouvait faire l'objet d'un droit de propriété : 7 Coke 16.

¹⁷⁰² *Domestic Animals Act*, Stats. P.E.I., 1919, c. 6, s. 4.

¹⁷⁰³ Ce principe semble bien établi, voir : R. SULLIVAN, *op. cit.*, note 1688, à la p. 306. La Cour d'appel de l'Ontario avait tenté de créer, inspirée par le *Human Rights Code* [R.S.O. 1970, ch. 318], un délit de discrimination en prétendant que la *common law* devait protéger les mêmes valeurs que les lois : *Bhadawria v. Seneca College of Applied Arts and Technology*, (1979) 27 O.R. (2d) 142 (C.A.O.). Or, la Cour suprême, bien qu'elle salua l'adace de celle-ci, précisa que la loi « empêche toute action civile fondée directement sur une violation de ses dispositions, mais qu'elle exclut aussi toute action qui découle de la *common law* et est fondée sur l'invocation de la politique générale énoncée dans le Code. » : *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadawria*, [1981] 2 R.C.S. 181, aux pp. 194-195 des motifs de juge Laskin.

B. Les limites matérielles de la common law rule

Lord Diplock avait déjà admis qu'après avoir écrit une première version de ses motifs, il en révisait le style afin de réduire la portée des affirmations générales qu'elle contenait. L'objectif avoué de ce procédé consistait à limiter la formulation du droit afin qu'elle réponde à ce qui était le plus strictement nécessaire pour résoudre le cas en litige¹⁷⁰⁴. Cette habitude, que l'on retrouve chez les juges siégeant aux plus hauts échelons de la hiérarchie judiciaire, illustre à quel point ceux-ci tendent à restreindre volontairement la portée des principes qu'ils émettent. Mais il y a là aussi une forme de nécessité méthodologique, car, de par son mode de formation, une nouvelle règle de *common law* est condamnée à vivre et à se mouvoir dans un espace étroit. Et l'on peut constater l'effet limité que peuvent avoir les arrêts lorsqu'on examine leur insertion dans une série de décisions; tel que l'a exprimé George Paton : « [traduction] Une décision [...] indique un point sur la carte des *torts*, mais pour dessiner la courbe du droit nous devons avoir une série de points »¹⁷⁰⁵. Or, si ces limites attribuées aux règles de *common law* proviennent de l'extérieur, c'est-à-dire de la méthodologie juridique, il y en a d'autres qui proviennent de l'intérieur, c'est-à-dire du refus par les juges de « faire » certains types de règles; ces deux aspects permettent de situer les limites matérielles de la *common law rule* et il convient de les aborder.

L'analogie entre la portée d'un arrêt et un point situé sur un plan illustre très bien la façon de concevoir le droit façonné par les juges de *common law*. On pourrait exploiter davantage cette métaphore en soulignant que lorsque le juriste relie divers points de la carte du droit, il présume que chacun d'eux participe à une trame commune, ce qui implique certains

¹⁷⁰⁴ « Even when making successive revisions of drafts of my own written speeches for delivery on appeals to this House, which usually involve principles of law of wider application than the particular case under appeal, I often find it necessary to continue to introduce subordinate clauses supplementing or qualifying the simpler, and stylistically preferable, wording in which statements of law have been expressed in earlier drafts. » : *Roberts Petroleum Ltd. v. Bernard Kenny Ltd. (in liquidation)*, [1983] 1 All.E.R 564 (Ch. des L.), à la p. 567 f.

¹⁷⁰⁵ George Whitecross PATON, *A Text-Book of Jurisprudence*, 2^e éd., Oxford, Clarendon press, 1951, à la p. 161 : « [version originale] One case, so to speak, plots a point on the graph of tort, but to draw the curve of the law we need a series of points »; Morris COHEN, *Law and the Social Order*, New York, Harcourt, Brace & Co., 1933, aux pp. 376-377. Les juristes anglais font parfois référence à la notion de « line of cases ».

réflexes méthodologiques. Par exemple, les juges préfèrent l'interprétation d'une *ratio decidendi* qui sera conforme à une tendance jurisprudentielle, plutôt que de conclure à la création d'un principe novateur ou à la présence d'un conflit de jurisprudence¹⁷⁰⁶. On admet donc rarement qu'un arrêt, aussi révolutionnaire soit-il, puisse poser une règle *ex cathedra*, car chaque nouvelle solution de droit sera automatiquement conciliée et harmonisée avec celles qui ont été rendues sur le même sujet¹⁷⁰⁷. Par conséquent, tel que l'a affirmé le juge Oliver Wendell Holmes, les juges font et doivent faire des règles, mais cette création est interstitielle seulement¹⁷⁰⁸.

Il est vrai, par contre, que certains arrêts de la Cour suprême semblent avoir une portée plus grande et que, pour les décrire, on pourrait les comparer à une série de points rapprochés ou à un segment de droite. Mais lorsqu'ils sont interprétés par la suite, on peut constater que l'ensemble des arrêts portant sur le même sujet disposent d'une force de gravité qui a pour effet de ramener à des proportions plus modestes les tentatives d'instaurer des innovations juridiques. Afin d'illustrer la caractère conservateur des méthodes d'interprétation en *common law*, on peut prendre pour exemple la réception judiciaire d'un arrêt de la Cour suprême qui, de l'avis de certains, était censé remettre en question l'approche traditionnelle en matière

¹⁷⁰⁶ « Our law adheres to the principle of *stare decisis* and this court is bound by the decisions of the Supreme Court of Canada. However, the problem confronting this court [...] is to identify the rule to be followed. It is apparent that there are two conflicting theories which underlie the decisions of the foregoing cases. While conflicting theories may be identified in the various reasons given in the foregoing cases, it must not be assumed, however, that the cases themselves are in conflict. » : *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, (1990) 63 D.L.R. (4th) 325 (C.A.O.), à la p. 334 des motifs du juge Zuber, dissident; *Caledonian Railway Co. v. Walker's Trustees*, (1882) 7 App. Cas. 259, à la p. 275 (C. des L.) : « It is your Lordships' duty to maintain, as far as you possibly can, the authority of all former decisions of this House; and although later decisions may have interpreted and limited the application of earlier, they ought not (without some unavoidable necessity) to be treated as conflicting. »

¹⁷⁰⁷ « Every judgement must be read in the light of judgements in other cases » : R. CROSS et J.W. HARRIS, *op. cit.*, note 1128, aux pp. 45 et s. Par exemple, dans l'arrêt *Lister (R.E.) Ltd. c. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 726, la Cour suprême avait établi une exigence de préavis raisonnable ainsi qu'un délai raisonnable lorsqu'un banque désire faire valoir une garantie. Or, la détermination du caractère raisonnable du délai s'évalue, généralement, en fonction des critères énoncés dans une décision de la High Court de l'Ontario (*Mister Broadloom Corporation (1986) Ltd. c. Bank of Montreal*, (1979) 25 O.R. (2d) 198 (H.C.), à la p. 208), et cela, sans que la Cour suprême ne s'en offusque : *Banque Royale c. GOT Electric*, [1999] 3 R.C.S. 408, à la p. 417. Les décisions des juridictions inférieures à la Cour suprême peuvent donc jouer un rôle complémentaire dans l'application de la *common law rule*.

¹⁷⁰⁸ *Southern Pac. Ry. v. Jensen*, (1916) 244 U.S. 205, à la p. 221 : « I recognize that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially; they are confined from molar to molecular motions. » Voir aussi : J. STONE, *loc. cit.*, note 1118, à la p. 616.

d'admissibilité des preuves par ouï-dire, mais qui fut interprété autrement par les tribunaux canadiens. En effet, dans l'arrêt *Khan*¹⁷⁰⁹, la Cour devait évaluer l'admissibilité du témoignage d'une mère qui voulait relater un échange qu'elle avait eu avec sa fille après que celle-ci ait été agressée sexuellement par l'intimé. Étant donné qu'il s'agissait d'une preuve par ouï-dire, elle devait être écartée à moins que l'on puisse établir qu'elle participait à l'une des exceptions traditionnellement reconnues en *common law*¹⁷¹⁰. Remettant en cause l'approche dite « traditionnelle », la Cour a déclaré que de telles preuves étaient dorénavant admissibles si elles répondaient à un double critère, celui de la nécessité et celui de la fiabilité du témoignage¹⁷¹¹. La réaction des tribunaux et celle des commentateurs a été de prétendre que la Cour avait créé simplement une nouvelle exception à la règle du ouï-dire, comme elle l'avait déjà fait auparavant¹⁷¹², et qu'elle ne remettait vraisemblablement pas en question l'édifice jurisprudentiel fondé sur une interdiction de principe assortie d'exceptions clairement définies¹⁷¹³. La Cour a donc dû préciser une première fois le sens qu'il convenait d'attribuer à sa décision rendue deux ans plus tôt et, dans l'arrêt *Smith*, c'est sous la plume du juge Lamer que l'on pouvait lire que :

l'arrêt *Khan* doit être considéré non pas comme un cas d'espèce, mais plutôt comme une expression particulière des principes fondamentaux qui sous-tendent la règle du ouï-dire et ses exceptions [...] L'arrêt *Khan* de notre Cour a donc annoncé la fin de l'ancienne conception, fondée sur des catégories d'exceptions, de l'admission de la preuve par ouï-dire. L'admission de la preuve par ouï-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité.¹⁷¹⁴

En affirmant que l'« admission de la preuve par ouï-dire est désormais fondée sur des principes », la Cour entendait remettre en question la pertinence des « catégories d'exceptions », qualifiées de sclérosées, pour déterminer l'admissibilité des éléments preuves par ouï-dire à partir d'une évaluation de leur fiabilité et de leur nécessité. Mais cette affirmation

¹⁷⁰⁹ *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531.

¹⁷¹⁰ *Id.*, à la p. 541 : « Traditionnellement, la règle du ouï-dire a été considérée comme absolue, sous réserve des diverses catégories d'exceptions comme les aveux, les déclarations des mourants, les déclarations contre intérêt et les déclarations spontanées. »

¹⁷¹¹ *Id.*, à la p. 548.

¹⁷¹² Dans *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608.

¹⁷¹³ Voir : D. ROSWELL, « Necessity and Reliability : What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada ? », (1991) 49 *U.T. Fac. L.R.* 294, à la p. 295; Roger E. SALHANY, *Evidence in Criminal Cases*, Toronto, Carswell, 5^e éd., 1998, aux pp. 78-79; *R. c. Finta*, (1992) 73 C.C.C. (3d) 65, à la p. 196 (C.A.O.), conf. [1994] 1 R.C.S. 701, aux pp. 852-855.

était manifestement en décalage avec la pratique dominante, car bien qu'elle fut réitérée dans plusieurs arrêts subséquents¹⁷¹⁵, les tribunaux canadiens ont persisté dans le maintien des catégories traditionnelles, tout en acceptant qu'il puisse y avoir une exception résiduelle fondée sur les deux critères élaborés dans *Khan*¹⁷¹⁶. C'est donc dire que parmi les multiples interprétations possibles de l'arrêt *Khan* et *Smith*, les tribunaux canadiens ont choisi celle qui s'insérerait le plus harmonieusement dans l'ensemble des arrêts antérieurs¹⁷¹⁷. Il a donc fallu que, pour une seconde fois, la Cour contredise cette dernière tendance pour inviter les tribunaux à ne plus se référer strictement aux « catégories d'exceptions » lorsqu'ils évaluent l'admissibilité d'une preuve par ouï-dire¹⁷¹⁸.

Outre cet aspect limitatif du pouvoir des juges, un autre ordre de contrainte semble s'ajouter à l'exercice de leur fonction quasi législative, celui qui, plus subtil et rarement exprimé directement, se manifeste lorsque ceux-ci s'interdisent de forger certains types de règles. Dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*¹⁷¹⁹, M^{me} le juge McLachlin avait déjà souligné qu'il était difficile pour une cour « saisie d'un cas particulier » d'apporter des « changements importants du droit », car, dans ce cas, elle « doit se fonder sur une perception plus générale de la façon dont

¹⁷¹⁴ *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, aux pp. 932-933.

¹⁷¹⁵ *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, au par. 20; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, au par. 66.

¹⁷¹⁶ M. T. Mac CRIMMON, « Developments in the Law of Evidence : The 1990-1991 Term – Social Science, Law Reform and Equality », (1992) 3 *Supreme Court L. R.* (2d) 269, à la p. 322; *R. c. Jansen*, (1996) 104 C.C.C. (3d) 237 (C.A. C.-B.); *R. c. Crossley*, (1997) 117 C.C.C. (3d) 533 (C.A. C.-B.); *R. c. Collins*, (1997) 118 C.C.C. (3d) 514 (C.A. C.-B.).

¹⁷¹⁷ Voir l'opinion dissidente de M^{me} le juge Dubé dans *R. c. Starr*, [2000] CSC 40, au par. 39 : « [les arrêts *Smith* et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740] n'ont pas réglé la question des exceptions traditionnelles et de leur rôle à la suite de l'arrêt *Khan* [...] Les tribunaux et les commentateurs sont demeurés dans l'incertitude quant à l'application aux catégories traditionnelles de la méthode fondée sur des principes. »; au par. 38, le juge Dubé identifie cinq interprétations différentes qui peuvent découler de l'arrêt *Khan*.

¹⁷¹⁸ *R. c. Starr*, précité, note 1717. Selon le juge Iacobucci, écrivant au nom de la (courte) majorité : « [l']applicabilité de la façon fondée sur des principes d'aborder l'exclusion ainsi que l'inclusion de la preuve est implicitement confirmée par l'arrêt *Khan* lui-même » (*id.*, au par. 193); interprétation contestée par le juge Dubé qui avait pourtant participé à l'arrêt *Khan* : « Je ne crois pas que cette approche découle de nos arrêts antérieurs [...] Je crains que s'engager dans la voie tracée par le juge Iacobucci ne revienne à sacrifier l'expérience, la certitude et la prévisibilité jurisprudentielles acquises au cours des siècles pour se lancer à la recherche d'une cohérence intellectuelle apparente que nos tribunaux n'ont pas eu l'occasion de tester. » (*id.*, au par. 22) On serait tenté d'ajouter que le système élaboré dans l'arrêt *Starr* (le « *Starr* système ») ne conviendra peut-être pas à une communauté généralement peu tentée par les innovations qui contredisent des principes séculaires, même s'ils sont imparfaits.

¹⁷¹⁹ *Watkins c. Olafson*, précité, note 1429, aux pp. 760-761.

la règle s'appliquera à la grande majorité des cas »¹⁷²⁰. Et elle pose concrètement le problème et les limites de la création du droit par voie judiciaire, de la façon suivante :

une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire. Les modifications substantielles du droit comportent souvent la formulation de règles et de procédures subsidiaires nécessaires à leur mise en oeuvre, ce qui devrait plutôt se faire par voie de consultation entre les tribunaux et les praticiens que par décision judiciaire. Enfin, et c'est peut-être là le plus important, il existe un principe établi depuis longtemps selon lequel, dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l'assemblée législative, qui est le corps élu du gouvernement, d'assumer la responsabilité principale pour la réforme du droit.¹⁷²¹

Par conséquent, les modifications « majeures ayant des ramifications complexes » doivent être évitées¹⁷²². Et, bien que la Cour suprême soit parfois tentée de contredire ce principe¹⁷²³, on peut reconnaître qu'il trouve un certain écho dans la pratique générale des tribunaux. Aussi, les juges se montrent particulièrement mal à l'aise lorsqu'ils sont invités à considérer un principe novateur qui entraînerait des dépenses ou des mesures administratives¹⁷²⁴. De même, les règles à contenu « arbitraire », c'est-à-dire qui font intervenir des critères quantitatifs déterminés, sont souvent présentées comme étant à l'extérieur de la compétence des juges¹⁷²⁵. Ainsi, même s'il peut mettre au jour de véritables règles, le juge de *common law* se présente plus comme un législateur au petit pied que comme un codificateur aux larges vues.

¹⁷²⁰ *Id.*, à la p. 760.

¹⁷²¹ *Id.*, aux pp. 760-761.

¹⁷²² *Id.*, à la p. 761.

¹⁷²³ Voir la dissidence du juge Dubé, dans *R. c. Starr*, précité, note 1717.

¹⁷²⁴ *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, précité, note 1703, aux pp. 194-195.

¹⁷²⁵ Par exemple, dans l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, aux pp. 483-484, la Cour a rejeté une interprétation de la loi qui était, selon l'avis du juge McLachlin qui a rédigé l'opinion de la Cour, de « nature politique ». En effet, M^{me} le juge McLachlin s'interroge : « Sur quel fondement juridique un tribunal pourrait-il fixer la durée de rétention de ces enregistrements éphémères ou encore le nombre d'utilisations ? Ces questions relèvent nettement du pouvoir législatif. » Même si la Cour suprême n'a pas suivie la décision de la Chambre des Lords sur la question particulière qu'elle tranchait, l'extrait suivant rédigé par Lord Reid pourrait valablement reproduire l'opinion dominante au sein de la magistrature : *Myers v. D.P.P.*, [1965] A.C. 1001, à la p. 1021 : « The common law must be developed to meet changing economic conditions and habits of thought, and I would not be deterred by expressions of opinion in this House in old cases. But it must be by the development and application of fundamental principles. We cannot introduce arbitrary conditions or limitations : that must be left to legislation. »

§ 2 - Le temps de la *common law rule*

La perception du pouvoir des juges dans les systèmes de *common law* varie fortement d'un pays à l'autre, et la discussion relative au problème de la rétroactivité des décisions judiciaires permet d'illustrer les différences entre les rôles qui leurs sont assignés. Ayant très tôt reconnu leur mission politique, les juges américains ont été les premiers à reconnaître clairement la nature législative de leur fonction. Que ce soit dans le cadre des modes de publicité des règles de *common law*, de la possibilité de les réformer ou dans la détermination de leur effet dans le temps, on peut constater que les tabous, les réticences ou les mythes ont été écartés pour laisser place à une discussion ouverte sur la meilleure façon de mettre en oeuvre ce type de règle¹⁷²⁶. En droit anglais, par contre, le *stare decisis* avait été instauré justement pour empêcher les juges de modifier l'état du droit comme le ferait le législateur¹⁷²⁷. Et lorsque ceux-ci ont admis leur rôle créatif dans l'élaboration des règles de droit, il s'agissait surtout du constat d'un état de fait, leurs créations étant principalement un sous-produit inévitable de l'activité judiciaire. Ainsi, lorsqu'ils ont abordé la question de l'effet des *common law rules* dans le temps, ces derniers ont clairement refusé de mettre en place une politique de mise en oeuvre des règles¹⁷²⁸ : résumant l'opinion générale, Lord Devlin affirma que conclure

¹⁷²⁶ Sur la question de l'effet dans le temps, la discussion a été doctrinale avant d'être jurisprudentielle : J. H. WIGMORE, « The Judicial Function », dans *Science of Legal Method : Selected Essays by Various Authors*, Boston Books, 1917, p. xxxvii; R.H. FREEMAN, « The Protection Afforded against the Retroactive Operation of Overruling Decision » (1918) 18 *Col. L.R.* 230; R. von MOSCHZISKER, « *Stare decisis* in the Courts of Last Resort » (1923-1924) 37 *Harv. L. R.* 409; A. KOCOUREK, « Retrospective Decisions and *Stare decisis* and a proposal », (1931) 17 *A.B.A.J.* 180. Ce n'est qu'en 1932 que la Cour suprême a adopté une technique de prévention d'un revirement : *Great Northern R. Co. v. Sunburst Oil & Ref. Co.*, (1932) 287 U.S. 358, à la p. 365 des motifs du juge Cardozo : « we may say of the earlier decision that it has not been overruled at all. It has been translated into a judgement of affirmance and recognized as law anew. Accompanying the recognition is a prophecy, which may or may not be realized in conduct, that transactions arising in the future will be governed by a different rule. »

¹⁷²⁷ *Beamish v. Beamish*, (1861) 9 H.L.C. 274, à la p. 338 des motifs de Lord Campbell : « The law laid down as your *ratio decidendi*, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding upon your Lordships, this House would be arrogating to itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority. »; les juges en venaient même à nier l'existence d'un droit *fait par les juges*, voir : *Willis v. Baddeley*, [1892] 2 Q.B. 324 (C.A.), à la p. 326, Lord Esher : « There is no such thing as judge-made law. »

¹⁷²⁸ *Jones v. Secretary of State for Social Services*, [1972] A.C. 944, aux pp. 1026-1027 des motifs de Lord Simon. P. S. ATIYAH et R. SUMMERS, *op. cit.*, note 1496, à la p. 147 : « English courts have never asserted

autrement aurait pour effet de « franchir » le Rubicon¹⁷²⁹, car il s'agirait de s'approprier une prérogative appartenant strictement au législateur¹⁷³⁰. Situés peut-être à mi-chemin entre ces deux positions, les juges canadiens ont fait montre de souplesse dans leur traitement du problème de la rétroactivité de leurs décisions, et il convient de montrer en quoi et dans quelle mesure.

A. Reconnaissance de la rétroactivité de la common law rule

L'effet d'une norme dans le temps, quelle qu'elle soit, dépend essentiellement de la conception que les juristes entretiennent de l'acte qui en est à la source. Si l'on a pu admettre que la portée *naturelle* de la loi est de ne pas régir les actes passés, c'est parce que l'on la tient pour un acte qui ordonne les conduites futures. En retour, la règle de *common law* naît d'un jugement qui est censé régler un conflit en fonction de l'état du droit tel qu'il était au moment où les faits se sont déroulés. Le regard du juge est donc résolument tourné vers le passé et la norme qu'il dégagera sera appliquée à des faits qui sont nés avant elle. Or cette portée rétroactive pour le cas particulier se transformera, par le jeu des règles du *stare decisis*, en une portée rétroactive générale, dans la mesure où les juges subséquents seront obligés de suivre les précédents, qu'ils soient innovateurs ou non et que les faits en litige soient nés avant eux ou non¹⁷³¹.

Ainsi, la rétroactivité d'une règle de *common law* est le plus souvent perçue comme une conséquence inévitable du processus judiciaire, même si elle paraît injuste lorsque la norme

the power to overrule prior case-law prospectively, still less the power to do this with an exception for the litigant in the instant case. [...] [T]here are two reasons why this has not been done in England. First, it involves openly acknowledging the law-making function of the judge in a more 'official' way [...] A second reason [...] is [...] that English judges [...] would be troubled by using a technique which makes it so hard to state what is 'the law' or 'the rule' which is being applied. »

¹⁷²⁹ Lord DEVLIN, « The Judge and Lawmakers », (1976) 39 *M.L.R.* 1, à la p. 11.

¹⁷³⁰ Lord REID, *loc. cit.*, note 1456, à la p. 23 : « Judge-made law is always retrospective. We cannot say that the law until yesterday was one thing, from tomorrow it will be something different. That would indeed be legislating. »

¹⁷³¹ *Jones v. Secretary of State for Social Services*, précité, note 1728, à la p. 1027 : bien que Lord Simon reconnaisse que certaines décisions étaient foncièrement créatrices, il souligne la nécessité de maintenir la théorie voulant qu'elles ont toujours existé.

appliquée est nouvelle¹⁷³². Auparavant, la rétroactivité de la règle était légitimée par la théorie déclaratoire qui prétendait que la *common law* était, par nature, une chose qui existait depuis toujours et qui ne variait pas¹⁷³³. Et même si la théorie a généralement été répudiée par les juristes, l'on retrouve quelques traces de celle-ci lorsque la Cour suprême qualifie d'erronée une décision de la Cour d'appel qui était fondée sur une règle en vigueur au moment de rendre son jugement¹⁷³⁴. À ce titre, il faut préciser que l'approche est sensiblement la même lorsque la Cour suprême modifie son interprétation d'une disposition législative¹⁷³⁵ : on doit considérer que le sens récent élaboré par la Cour suprême représente le sens véritable de la loi, c'est-à-dire celui qui a toujours été le sien depuis son entrée en vigueur¹⁷³⁶.

¹⁷³² M. L. FRIEDLAND, « Prospective and Retrospective Judicial Lawmaking », (1974) 24 *U.T.L.J.* 170; selon le juge Oliver Wendell Holmes : « Judicial decisions have had retrospective operation for near a thousand years » (*Kuhn v. Fairmount*, (1910) 215 U.S. 349, à la p. 372).

¹⁷³³ W. R. JACKETT, « Foundations of Canadian Law in History and Theory », O.E. LANG, dir., *Contemporary Problems of Public Law in Canada*, 1968, p. 28 : « in theory at least, the common law never changes. When a rule of the common law is found and enunciated for the first time, that is not new law. It has always been the law but is now found for the first time. When the ultimate court of appeal overrules a line of cases in the lower courts and enunciates a rule that was never enunciated before, that is not a change in the law. » Le caractère rétroactif des règles de *common law* est le plus souvent tenu pour acquis. Certains juges, toutefois, expriment clairement le caractère déclaratoire des énoncés de droit : *R. v. Dunn*, (1977) 21 N.S.R. (2d) 334 (C.A.N.É.), à la p. 341 : « The law in relation to privacy in this type of case as enunciated by the Supreme Court of Canada in *Jumaga* [...] states the law not only as of the date of such judgement but defines what it always has been. »

¹⁷³⁴ C'est ce qui est arrivé dans l'affaire *De Jong c. Gechter*, [1978] 2 R.C.S. 62 où la décision de la Cour d'appel a été rendue avant que ne soit rendue l'arrêt *Senstad c. Makus*, [1978] 2 R.C.S. 44 qui en contredisait le fondement juridique. Pour cette raison, d'ailleurs, il n'est pas rare que les recours en appel soient volontairement suspendus lorsqu'une décision importante de la Cour suprême est attendue.

¹⁷³⁵ « When the common law is changed by the courts, it is changed both prospectively and retrospectively. This is true for changes in the court's interpretation of statutes, as for decisions unrelated to statutes. » : *Fleming v. Hanna*, (1994) 124 Nfld. & P.E.I.R. 30, à la p. 39, au par. 29; *R. v. Perras*, (1986) 22 D.L.R. (4th) 100 (C.A. Alb.), à la p. 106; *R. v. Kennedy*, [1980] 4 W.W.R. 577 (Alb. Q. B.), à la p. 582; *R. c. Dunn*, [1977] 21 N.S.R. (2d) 334 (C.A.N.-É.), dans cette affaire, un homme a été arrêté le 20 mars 1976, six semaines avant que ne soit rendu un arrêt de la Cour suprême. Le juge MacDonald, rejetant l'argument selon lequel le droit en vigueur *au moment des faits* devait être appliqué, précisa : « [t]he law in relation to privacy in this type of case as enunciated by the Supreme Court of Canada in *Jumaga* states not only the law as of the date of such judgement but defines what it always has been. »

¹⁷³⁶ *R. v. Walker*, [1955] O.W.N. 889 (O.C.A.) : « Although the decision of the Supreme Court of Canada in the *Archer* case had not been given when this case was tried by the magistrate, the law as declared by the Supreme Court in the *Archer* case was the law at the time. »; dans l'arrêt *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, la Cour suprême devait traiter un pourvoi dont l'un des enjeux était de déterminer si une nouvelle interprétation d'un article du Code criminel pouvait être invoquée par l'appelant. Or, la Cour a répondu par l'affirmative soulignant que « [l]e principal point en litige est de savoir si l'appelant peut invoquer ce qui est maintenant considéré comme la bonne interprétation du Code » (*id.*, à la p. 257) et que « [que] le critère à appliquer est de savoir si l'affaire de l'accusé est toujours en cours. » (*ibid.*). Étant donné que l'autorisation de pourvoi à la Cour suprême était accordé de manière générale, l'appelant pouvait soulever tous les moyens qui lui semblaient pertinents.

Toutefois, même si la portée rétroactive des règles de *common law* est perçue comme une nécessité découlant de son mode de formation, les juges ont cru bon d'en atténuer certains aspects et, dans quelques cas bien précis, d'en suspendre l'application pour une période déterminée.

B. Atténuation de la rétroactivité de la common law rule

Malgré la reconnaissance générale de la portée rétroactive des règles de *common law*, celle-ci fut souvent critiquée. C'est notamment Jeremy Bentham qui avait fortement attaqué cette *common law* dont l'aberration principale était que l'on appliquait sciemment des règles nouvelles à des personnes qui ne pouvaient qu'en ignorer l'existence¹⁷³⁷. Curieusement, la réponse des tribunaux a été de consacrer l'effet rétroactif d'une décision en adoptant le principe du *stare decisis*. Cette approche, dans sa forme stricte, pouvait être perçue comme un moindre mal, car bien qu'elle exigeait que l'on applique une règle nouvelle à des situations anciennes, elle interdisait que le droit soit remis en question une seconde fois : l'injustice devient alors passagère et, peut-être, plus tolérable. De plus, d'autres raisonnements tendaient à limiter les innovations jurisprudentielles. Présents surtout dans les domaines liés à la propriété, au commerce ou aux contrats, les cours supérieures accordaient une grande importance à la pratique constante des tribunaux inférieurs, car même si elle était imparfaite, elle était souvent préférée à une innovation judiciaire perturbante¹⁷³⁸.

Cette logique s'est considérablement affaiblie lorsque, à la suite de leurs homologues anglais, les juges de la Cour suprême ont admis faire des erreurs et que, dans ces cas, ils pouvaient, de par leur seule volonté, redire le droit. En admettant pouvoir *faire* de nouvelles règles juridiques et se débarrasser de règles anciennes, les juges ont brisé les justifications pratiques et théoriques qui contraignaient leurs décisions à la rétroactivité. Pour cette raison,

¹⁷³⁷ M. L. FRIEDLAND, *loc. cit.*, note 1732, à la p. 170.

¹⁷³⁸ Sir William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, London, 1783, reproduit, New-York, Garland Publishing Inc., 1978, vol. 1, à la page 70 : « it hath been an antient observation in the Law of England, that whenever a standing rule of law, of which the reason perhaps could not be remembered or discerned, hath

c'est seulement à partir de la fin des années 1970 que les juristes canadiens et anglais ont envisagé directement la question du revirement pour l'avenir ou du *prospective overruling*¹⁷³⁹. Les arguments *pro* et *contra* sont bien connus, et il est inutile de les reprendre ici¹⁷⁴⁰. Il suffit peut-être de montrer en quoi la technique elle-même a été explicitement refusée par les tribunaux canadiens, mais qu'en retour, ceux-ci ont élaboré une technique originale, celle de la suspension d'une déclaration d'invalidité en matière constitutionnelle.

En premier lieu, même si cette interprétation repose sur la théorie déclaratoire de la décision judiciaire, les tribunaux canadiens ont constamment appliqué les règles de *common law* de manière à leur donner une portée rétroactive. Par exemple, Dans l'arrêt *Edwards and Edwards*¹⁷⁴¹, la Cour d'appel de la Saskatchewan devait décider si une règle de « conflit de lois » élaborée par la Chambre des Lords en 1967 s'appliquait à un mariage ayant eu lieu en 1957 dans l'État de la Californie. En répondant par l'affirmative, elle reconnut néanmoins que la méthode était critiquable et que, dans d'autres pays, les juges avaient admis qu'une règle de *common law* puisse avoir une portée prospective seulement. Toutefois, selon le juge Bayda, il est préférable de ne pas remettre en question la rétroactivité des principes jurisprudentiels, car « [traduction] il est nécessaire pour les cours de maintenir leur rôle indépendant, neutre et non législatif. La pratique d'attribuer un effet prospectif à une règle de droit est habituellement réservée aux législatures. »¹⁷⁴² Par la suite, les cours ayant été confrontées à une même situation ont formellement rejeté la possibilité d'appliquer une règle de *common law* pour l'avenir

been wantonly broken in upon by statutes or new resolutions, the wisdom of the rule hath in the end appeared from the inconveniencies that have followed the innovation. »

¹⁷³⁹ En droit canadien : M. L. FRIEDLAND, *loc. cit.*, note 1732; Paul WEILER, « Legal Values and Judicial Decision-Making », (1970) 48 *R. du B. can.* 1, à la p. 29; *Mire v. Northwestern Mutual Insurance Co.*, (1972) 23 D.L.R. (3d) 322 (C.A. Alb.), à la p. 330 des motifs du juge McDermid, dissident; en droit anglais : *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234 : « In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. »; *Birmingham Corporation v. West Midland Baptist (Trust) Association*, [1969] 3 All. E.R. 172, à la p. 180; *Jones v. Secretary of State for Social Services*, précité, note 1728; Andrew G.L. NICOL, « Prospective Overruling : A New Device for English Courts ? », (1976) 39 *M.L.R.* 542

¹⁷⁴⁰ Pour une discussion de ceux-ci, voir : A. G. L. NICOL, *loc. cit.*, note 1739, aux pp. 543 et s. et aux pp. 548 et s.; J. D. MURPHY et R. RUETER, *op. cit.*, note 1466, aux pp. 81-86.

¹⁷⁴¹ *Re Edwards and Edwards*, (1987) 39 D.L.R. (4th) 654 (C.A. Sask.) [ci-après cité : l'affaire *Edwards*]. Le juge Bayda, écrivant au nom de la Cour, a constaté que les juridictions anglaises et canadiennes ont chacune appliqué les nouveaux critères de rattachement quelle que soit la date du mariage sans même discuter de la question de droit transitoire.

seulement, même si le résultat était injuste¹⁷⁴³, la mesure ne pouvant provenir que du législateur ou de la Cour suprême.¹⁷⁴⁴

En ce qui a trait à la Cour suprême, la technique du *prospective overruling* n'a pas été évoquée lorsque celle-ci a ouvertement réformé des règles de *common law*. On doit souligner, cependant, que plusieurs aspects du droit canadien permettent de comprendre pourquoi les juges préfèrent maintenir la portée rétroactive de leurs décisions, et ainsi préserver une certaine distance entre les fonctions législatives et judiciaires. D'une part, les « revirements surprises » sont passablement rares. En général, une série d'indices précèdent la remise en question d'un principe juridique établi, que ce soit sous la forme de dissidences ou d'*obiter dicta* fortement argumentées¹⁷⁴⁵. Plus osée est l'affirmation selon laquelle « [à] l'avenir, dans des circonstances semblables, un juge de première instance ne sera pas obligé de conclure que l'exécution intégrale est une réparation appropriée »¹⁷⁴⁶, alors que cette hypothèse avait été tenue acquise par le juge de première instance et par les juges de la Cour d'appel. Dans ces cas, on peut constater, avec Lord Devlin, que les mises en gardes précèdent le plus souvent les revirements de jurisprudence :

A judge-made change in the law rarely comes out of a blue sky. Rumblings from the Olympus in the form of obiter dicta will give warning of unsettled weather. Unsettled weather is itself of course bound to cause uncertainty, but inevitably it precedes the solution of every difficult question of law.¹⁷⁴⁷

D'autre part, il existe certains mécanismes en *common law* qui permettent aux acteurs juridiques de ne pas trop *souffrir* des revirements de jurisprudence. Par exemple, un avocat ne

¹⁷⁴² *Id.*, à la p. 664.

¹⁷⁴³ Particulièrement dans *Stewart v. Stewart*, (1997) 145 D.L.R. (4th) 228 (C.A.C.-B.), à la p. 232, le juge Esson reconnaît que l'application rétroactive du principe conduit à une injustice (« it would produce a patently unjust result »). Dans cette affaire, il s'agissait d'une règle de rattachement élaborée par la Cour suprême qui avait pour effet que le recours intenté par les appelants devenait prescrit. En effet, ceux-ci s'étaient fondés sur les délais de prescription applicables selon l'ancienne règle de conflit de lois.

¹⁷⁴⁴ *Stewart v. Stewart*, précitée, note 1743, à la p. 235, aux par. 23; *R. v. Kennedy*, [1980] 4 W.W.R. 577 (Alb. Q. B.).

¹⁷⁴⁵ La théorie de *persona designata*, avant qu'elle ne soit rejetée dans l'arrêt *Ministre des affaires indiennes c. Ranville*, précité, note 1473, avait fait l'objet d'une critique dans un arrêt précédent de la Cour suprême, mais celle-ci l'avait néanmoins maintenue.

¹⁷⁴⁶ *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415, à la p. 430, par. 23.

¹⁷⁴⁷ Lord DEVLIN, *loc. cit.*, note 1729, à la p. 10.

sera pas tenu responsable s'il donne un conseil sur la foi de l'état du droit, même si celui-ci est remis en question quelques années après¹⁷⁴⁸. Par contre, l'évolution récente du droit relatif à l'enrichissement injustifié (*unjust enrichment*) ou en matière de restitution (*law of restitution*) permet d'envisager les conséquences éventuelles d'un revirement de jurisprudence sur les transactions passées : lorsque celles-ci se fondent sur une règle de droit telle qu'elle a été établie dans une décision obligatoire, peuvent-elles être contestées s'il survient une modification directe de l'état du droit ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire de rappeler que la Cour suprême a écarté, en 1989, la pertinence de la distinction entre les erreurs de droit, qui étaient auparavant inopposables, et les erreurs de fait¹⁷⁴⁹. Les erreurs de droit étant aujourd'hui susceptibles de justifier un recours en répétition de l'indu, il convient de déterminer si, dans le cas d'un revirement, il peut réellement y avoir une *erreur*¹⁷⁵⁰. Or la Chambre des Lords a reconnu récemment que le paiement fait en vertu d'une compréhension mutuelle de l'état du droit est récupérable si son fondement juridique a été modifié par les cours supérieures¹⁷⁵¹. Explicitement fondée sur la présence d'une erreur de droit, cette conclusion consacre le caractère rétroactif de la décision judiciaire « qui dit le droit tel qu'il a toujours été », telle que le veut la théorie déclaratoire de la fonction des juges¹⁷⁵². Par conséquent, si cette approche

¹⁷⁴⁸ *Coffin v. MacBeath*, (1990) 81 Nfld. & P.E.I.R. 333 (C.A. Nfld.), à la p. 339 et à la p. 342 : « Mr. MacBeath is not to be held accountable for failing to anticipate the Refuse decision which, had it been then decided, would have shown that the time for commencement of the action was one year after the damages were discoverable ».

¹⁷⁴⁹ *Hydro Electric Commission of Township of Nepean c. Ontario Hydro*, [1982] 1 R.C.S. 347, dissidence du juge Dickson; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133; voir : Peter D. MADDAUGH et John D. McCAMUS, *The Law of Restitution*, Aurora, Canada Law Books, aux pp. 276-277.

¹⁷⁵⁰ Le problème est le suivant. Lorsqu'on paye une somme d'argent en fonction d'une règle de *common law* bien établie, il n'y a pas d'erreur possible. C'est seulement en invoquant le caractère rétroactif d'une décision ultérieure que l'on peut qualifier le paiement d'erroné. Les décisions antérieures rendues sur des questions similaires sont de peu d'intérêt, car bien qu'elles refusaient ce type de réclamation, elles le faisaient alors qu'était en vigueur la règle interdisant la répétition de l'indu pour une erreur de droit : P. D. MADDAUGH et J. D. McCAMUS, *op. cit.*, note 1749, à la p. 260.

¹⁷⁵¹ *Kleinworth Benson Ltd. v. Lincoln City Council*, [1998] 4 All. E.R. 513 (C. des L.), voir l'opinion de Lord Goff, à la p. 536.

¹⁷⁵² *Id.*, voir l'opinion de Lord Goff, à la p. 537 : « the law as declared by the judge is the law applicable not only at the date of the decision but at the date of the events which are the subject of the case before him, and of the events of other cases in pari materia which may thereafter come before the courts. »; Lord Hoffman, à la p. 554; Lord Hope, à la p. 563; voir le commentaire de John FINNIS, « The Fairy Tale's Moral », (1999) 115 *L.Q.R.* 170, à la p. 173; Lord Browne-Wilkinson s'attaque tout particulièrement à ces présupposés de la décision. En premier lieu, il conteste que l'on puisse qualifier d'« erroné » un paiement fait selon l'état du droit : « He paid on the basis that the then binding Court of Appeal decision stated the law, which it did: the fact that the law was latter retrospectively changed cannot alter retrospectively the state of the payer's mind at the

était retenue par les juridictions canadiennes, elle risquerait de mettre au jour le caractère déstabilisant des revirements de jurisprudence¹⁷⁵³ : en effet, dans la mesure où ils modifieraient les obligations des parties à un contrat, un recours en répétition pourrait être valablement fondé. Il y aurait alors un intérêt direct et palpable d'en atténuer l'impact en leur accordant une portée prospective¹⁷⁵⁴, et la chose n'est pas impossible étant donné qu'un tel principe fut reconnu en droit constitutionnel.

En second lieu, la Cour suprême a reconnu les profonds bouleversements que pouvaient entraîner certaines de ses décisions et, sans nier formellement le caractère rétroactif de celles-ci, a eu recours à une série des techniques pour en atténuer les effets. Ainsi, lorsqu'une déclaration d'inconstitutionnalité risque d'engendrer des conséquences disproportionnées, les juges ont permis que l'on puisse suspendre les conséquences de cette déclaration pendant une période déterminée. Par exemple, dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*¹⁷⁵⁵, la Cour a conclu que l'ensemble des lois adoptées dans la seule version anglaise étaient inconstitutionnelles au motif qu'elles ne respectaient pas les exigences de bilinguisme prévues dans la *Loi de 1870 sur la Manitoba* enchâssée dans la Constitution canadienne¹⁷⁵⁶. Afin d'éviter qu'une telle décision entraîne une situation de chaos, les juges ont suspendu l'effet de celle-ci au nom de la primauté du droit et ils ont accordé un délai à la Province pour qu'elle

time of payment. » (*id.*, à la p. 518); en second lieu, il n'y a pas d'enrichissement injustifié dans ces cas, car, au moment de la transaction, la somme d'argent versée était due : « I can see nothing unjust in permitting the payee to retain moneys he received at a time when all lawyers skilled in the field would have advised that he was entitled to receive them and the payer was bound to pay them. » (*id.*, à la p. 522) Enfin, même s'il est d'accord que la règle du *mistake of law* devrait être modifiée, les conséquences du jugement majoritaire sont trop importantes pour qu'elles ne soient pas laissées au législateur.

¹⁷⁵³ Voir : Paul M. PERELL, « Kleinworth Benson Ltd. Lincoln City Council and Mistake of Law and Unjust Enrichment : The House of Lords Starts Down a New Path », (1999) 21 *Advocates Quarterly* 495, aux pp. 512 et s. Le commentateur minimise la portée de cette décision en soulignant le caractère factuel particulier qui l'a fait naître. De plus, il est difficile de faire une distinction utile entre un paiement fait en vertu d'une compréhension du droit qui est « certain », « stable », « incertain » ou « inconnu ». Il donne pour exemple la décision *Manitoba Public Insurance Corp. v. Co-operators General Insurance Co.*, [1991] 5 W.W.R. 118 (M.Q.B.), à la 122, où le juge écrit : « In alimited sense a single decision of a trial judge may reflect the law, but I doubt that broadly speaking that decision can be said to be the law [...] At what point can a reasonable degree of certainty as to the law be established ? ». Dans l'arrêt *Kleinworth Benson Ltd.*, l'état du droit était fondé sur une décision de la Cour d'appel rendue en 1930 et qui a donné lieu à une pratique constante jusqu'en 1991, date où la Chambre des Lords l'a directement contredite.

¹⁷⁵⁴ C'est ce que propose le juge Goff, mais la mesure ne pourrait que provenir du législateur : *Kleinworth Benson Ltd. v. Lincoln City Council*, précité, note 1751, à la p. 544.

¹⁷⁵⁵ *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 746.

¹⁷⁵⁶ *Loi constitutionnelle de 1982*, à l'art. 53.

puisse remplir ses obligations¹⁷⁵⁷. Outre ce cas, exceptionnel à tous points de vue, lorsque la Cour conclut au caractère inconstitutionnel d'une loi ou d'un règlement, elle suspend l'effet de sa décision pendant une certaine période de temps si les conséquences d'une application immédiate iraient à l'encontre de l'ordre public : la conséquence pratique est donc de donner un effet pour l'avenir au dispositif de l'arrêt¹⁷⁵⁸. Toutefois, on peut observer également qu'elle évite de pénaliser celui qui a contesté la constitutionnalité des mesures étatiques¹⁷⁵⁹.

Grâce à ces techniques, la Cour suprême a pu atténuer les effets indésirables que pouvaient présenter les déclarations d'inconstitutionnalité qu'elle prononçait. Peu de raisons l'empêchent de faire de même à l'égard des règles de *common law*, voire même à l'égard des interprétations législatives innovatrices : une fois que l'on admet qu'un arrêt puisse avoir un

¹⁷⁵⁷ *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 1757, aux pp. 747 et s. À la p. 767, la Cour précise : « Toutes les lois de la législature du Manitoba [...] sont réputées temporairement valides et opérantes à compter de la date du présent jugement jusqu'à l'expiration du délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier. » Par la suite, la Cour suprême justifiera cette mesure au nom de la « doctrine de la nécessité », voir : *Renvoi : juges de la Cour fédérale*, [1998] 1 R.C.S. 3, la Cour avait conclu à l'inconstitutionnalité des mesures qui portaient atteintes à l'indépendance des juges, par conséquent, le régime législatif imposé aux juges était invalide et ce, depuis leur édicition. Or, pour mitiger les effets de cette décision, la Cour a eu recours aux deux techniques mentionnées plus haut. Étant donné que l'on devait conclure que les juges étaient « dépendants » du pouvoir législatif pendant une certaine période, l'ensemble des décisions qu'ils avaient rendu étaient, techniquement, à la source de violations de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne* (*id.* à la p. 11). Mais grâce à la doctrine de la nécessité, les décisions seront présumées valides. De plus, la Cour a accordé un délai au législateur afin qu'il puisse se conformer à la décision : « En conséquence, afin de donner aux gouvernements le temps de se conformer aux exigences constitutionnelles prescrites par notre jugement du 18 septembre 1997 [...] la Cour a décidé de suspendre tous les aspects de l'exigence concernant le processus indépendant [...] autrement dit, il y a aura une période de transition d'un an avant l'entrée en vigueur de cette exigence. Le 18 septembre 1998, l'exigence relative à la commission de la rémunération des juges s'appliquera pour l'avenir. » (*id.*, aux pp. 20-21)

¹⁷⁵⁸ La question de savoir si l'arrêt peut néanmoins être invoqué dans les affaires qui sont « en cours », est abordé dans *R. c. Bériault*, (1993) 53 Q.A.C. 317, aux pp. 319 et s. À cette occasion, les juges ont refusé à l'appelant le droit d'invoquer un argument lié à l'inconstitutionnalité des dispositions relatives à la procédure de sélection des membres du jury. La Cour suprême avait rendu l'arrêt *Bain* entre la demande d'appel et son audition. La Cour d'appel a cité l'opinion du juge Stevenson de la Cour suprême à l'effet que l'arrêt *Bain* pouvait bénéficier à ceux dont l'affaire était en cours et qui avaient plaidé l'inconstitutionnalité des mêmes articles (*id.*, à la p. 320). Voir aussi : *R. c. Wigman*, précité, note 1736.

¹⁷⁵⁹ *Renvoi : juges de la Cour fédérale*, précitée, note 1757, à la p. 20 : « Dans les rares cas où notre Cour a rendu une décision applicable pour l'avenir, elle a toujours permis à la partie qui a porté l'affaire devant le tribunal de profiter de la conclusion d'inconstitutionnalité : voir, par exemple, *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 117. »; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, à la p. 217 : « en raison de l'imposition d'une obligation supplémentaire aux policiers [...] il convient de fixer une période de transition [...] [Celle-ci est nécessaire] pour tenir compte de ce que les policiers ont souvent des cartons imprimés dont ils se servent pour lire la mise en garde des personnes détenues. »; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 117, à la p. 117 : « La période transitoire [de un an] s'appliquera partout au Canada, sans toutefois s'appliquer à la décision

effet pour l'avenir seulement, il est difficile de refuser qu'il n'en soit pas de même dans les cas où sont soulevées des règles de nature différente¹⁷⁶⁰. Bien entendu, les conséquences de l'une et l'autre des déclarations n'ont pas la même ampleur, mais les effets injustes demeurent. Lorsqu'on a refusé, dans l'arrêt *Stewart*¹⁷⁶¹, le droit d'entamer une poursuite au motif que le recours était prescrit, cela a provoqué la perte d'un droit d'action qui s'est appuyée sur un mythe, celui du caractère déclaratoire des décisions de la Cour suprême. Et ce principe d'interprétation a été appliqué même si les juges de la Cour suprême admettaient, en l'espèce, qu'ils modifieraient une règle pour des raisons politiques¹⁷⁶².

Conclusion du Titre II

L'élaboration d'une méthode d'interprétation des règles jurisprudentielles et des *common law rules* s'inscrit à l'intérieur d'une réflexion sur la portée qui devrait être accordée aux créations judiciaires. En l'occurrence, les principes dégagés ici n'ont pas simplement pour objectif de découvrir l'intention qui se cacherait derrière la norme, ils encadrent véritablement les règles établies par les juges et, par ricochet, ils limitent leur pouvoir normatif. On a pu constater, à cet égard, que l'approche de *common law* tend à brider étroitement la portée des affirmations de droit tandis que les juristes français en investissent les potentialités sémantiques. Il s'agit là d'un contraste méthodologique frappant qui s'explique en partie lorsqu'on relève les caractéristiques liées à la présentation des décisions judiciaires. L'absence de dissidence et l'anonymat des juges siégeant à la Cour de Cassation justifie vraisemblablement que le texte soit perçu non pas comme une simple opinion, individuelle et relative, mais plutôt comme la

qui a été prise ou qui doit l'être en l'espèce. » Voir aussi : *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, à la p. 104; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933

¹⁷⁶⁰ En matière de droit criminel, le juge Dickson a insisté sur l'importance de maintenir une stabilité dans la définition des crimes, sauf si le revirement favorise l'accusé, voir : *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, aux pp. 860-861 : « Les respect du principe de la certitude et les restrictions institutionnelles imposées aux tribunaux en ce qui concerne l'élaboration du droit prétorien devraient inciter la Cour à refuser de renverser un arrêt antérieur quand cela aurait pour effet d'élargir la responsabilité criminelle. Il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ni de donner plus d'extension à la responsabilité, d'autant plus que les changements apportés au droit par des décisions judiciaires ont un effet rétroactif. Le même argument ne peut toutefois pas être invoqué lorsque le fait de renverser un arrêt antérieur a pour conséquence la création d'une règle favorable à l'accusé. »

¹⁷⁶¹ *Stewart v. Stewart*, précitée, note 1743.

¹⁷⁶² *Tolofsen c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, à la p. 1071 des motifs du j. La Forest : « I do not think it is necessary to await legislation to do away with the rule in conflict of laws cases. »

formulation institutionnelle, donc impersonnelle, du droit. En retour, le style de motivation des décisions judiciaire pratiqué en *common law* influe sur l'image de la règle de droit que les juristes en retirent : le droit n'est pas le fruit d'un savoir monolithique, mais il est fait d'opinions, de controverses et de raisonnements.

Outre ces considérations théoriques, force est de constater que les appels à la création d'un droit transitoire restent encore sans réponses satisfaisantes. Parce que les juristes entretiennent une conception déclarative de leur fonction, chaque nouvelle règle appliquée par les juges est rétroactive. Dans le domaine du droit des obligations, un revirement est susceptible de contredire la légalité des actes passés¹⁷⁶³, ce qui implique la remise en question des paiements effectués sous l'égide de l'ancienne règle jurisprudentielle ou d'une *common law rule*. Il n'est donc pas étonnant que la répétition de l'indu ait été l'un des catalyseurs du débat sur la portée dans le temps des normes élaborées par les juges¹⁷⁶⁴. Pour répondre à cette carence, les juristes ont principalement fait appel aux institutions judiciaires afin qu'elles instaurent une politique de non-rétroactivité de leurs propres créations normatives. Une autre option aurait été de s'adresser à la communauté des interprètes : en effet, rien n'interdit qu'elle applique le principe de la non-rétroactivité des lois aux autres sources de normativité. Quelle que soit la solution retenue, par contre, celle-ci devra comporter une méthode d'identification des règles qui fixerait, entre autres, leurs dates d'entrée en vigueur et d'extinction.

Conclusion de la Seconde partie

La comparaison des différentes étapes dans l'application des règles jurisprudentielles et des *common law rules* permet de dégager certaines tendances *lourdes* dans la méthodologie juridique contemporaine. Parmi elles, on peut constater l'emprise du modèle légal comme mode

¹⁷⁶³ Constat qui n'est manifestement pas nouveau : LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3e éd., t. 1, 1878, Marescq, Paris, à la p. 324 : « Si le jugement avait un effet général comme la loi, il jetterait un trouble dans les intérêts privés, puisqu'il atteindrait ceux qui n'ont pas pu faire valoir leur droit. »

¹⁷⁶⁴ Cour de cassation, ch. soc. 16 mai 2000, Amar *c/* Assedic du Bas-Rhin, *D.*2000.I.R.174 : « Ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. La même règle s'applique lorsque le paiement est devenu ultérieurement indu »; voir : Assemblée plénière du 2 avril 1993, *J.C.P.*1993.II.22051, conc. M. JEOL; Alain SÉRIAUX, « Beaucoup de bruit pour rien, brèves remarques sur un arrêt récent de l'Assemblée plénière de la Cour de

de création du droit. Sa présence se manifeste dans l'attribution d'un pouvoir normatif établi en fonction de la hiérarchie judiciaire. Tout se passe comme si les juristes étaient à la recherche d'un *jurislatureur* dont la compétence serait encadrée par d'autres règles. Aussi, la volonté de chercher une formule, un texte ou des propositions qui résumeraient la pensée du tribunal traduit un besoin, celui d'être en présence d'une expression écrite et autorisée du droit. Même si elle ressort clairement de l'approche en droit français, le droit canadien semble lui aussi être en proie à une influence similaire. Du moins, c'est une explication de la propension qu'ont les tribunaux canadiens à confondre chacune des formules juridiques appuyées par une majorité des juges de la Cour suprême avec l'élément obligatoire de l'arrêt. Par conséquent, la vision hiérarchisée et textuelle du droit produit par les juges semble dominer dans l'esprit des juristes canadiens et français.

cassation », *D.*1993.chr.60.229; en *common law* : *Kleinworth Benson Ltd. v. Lincoln City Council*, précité, note 1751.

CONCLUSION

En abordant le rôle de la jurisprudence, les comparatistes ont longtemps mis l'accent sur son statut en tant que source de droit à l'intérieur des systèmes. À ce titre, l'étude de l'autorité de la décision unique était rituellement abordée, et c'est à partir de ce type de réflexion que la comparaison des systèmes « romano-germaniques » et ceux de *common law* était le plus souvent engagée¹⁷⁶⁵. C'est en réagissant à un tel rapprochement que le professeur Cappelletti a souligné les profondes différences institutionnelles, traditionnelles et historiques qui distinguent les différents pouvoirs judiciaires. Selon lui, la valeur des décisions émanant des cours suprêmes est « [traduction] loin d'être comparable »¹⁷⁶⁶ d'un système à l'autre, l'autorité des juridictions dans les pays régis par la *common law* et leur capacité de création dépassant en tous points celles que possède la Cour de cassation¹⁷⁶⁷. Il est vrai qu'à la différence de la Cour suprême du Canada, la Cour de cassation ne dispose pas d'une compétence juridictionnelle qui lui permette de trancher des questions relevant du droit public; elle n'exerce pas, non plus, un contrôle aussi serré sur les pourvois qui lui sont soumis, ce qui l'oblige à rendre un nombre prodigieux de décisions annuellement, diluant d'autant son autorité; enfin, de profondes différences culturelles séparent les professionnels du droit que sont les juges de *common law* et ceux de droit civil. Il est donc indéniable que ces écarts interdisent toute conclusion optimiste à l'égard d'une hypothétique convergence des systèmes. En retour, l'intérêt d'une comparaison ressort nettement lorsqu'au lieu de s'attarder aux caractéristiques institutionnelles du pouvoir des juges, l'on tente de dégager l'influence qu'ils exercent auprès de leur milieu. Un observateur des systèmes français et canadien risque alors d'y voir plus de ressemblances que de différences entre les deux systèmes.

Il y a, tout d'abord, un phénomène social d'adhésion et d'obéissance aux décisions qui proviennent des plus hautes juridictions. Bien qu'il n'ait pas été étudié empiriquement, on peut

¹⁷⁶⁵ Mauro CAPPELLETI, « The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law : A Fundamental Difference – or no Difference at All ? », dans *Festschrift für Konrad Zweigert zum 10. Geburtstag*, Tubingen, H. Kötz, 1981, p. 381, à la p. 387; René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10^e éd., Paris, Dalloz, à la p. 104 et s.; Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 2^e éd., v. 1, Oxford, Clarendon Press, 1987, aux pp. 270-272.

¹⁷⁶⁶ M. CAPPELLETTI, *loc. cit.*, note 1765, à la p. 1771.

¹⁷⁶⁷ *Id.*, à la p. 389.

constater que les juristes l'attestent, quitte à s'en plaindre parfois. Le respect qui est dû aux opinions des cours suprêmes ressemble à celui que l'on accorde au plus légitime des organes du droit, le législateur : les juridictions inférieures appliquent généralement la règle formulée par leur supérieur hiérarchique et les auteurs de doctrine la confondent aisément avec l'« état du droit ». Ensuite, l'analyse du discours des juristes fournit un terrain fertile pour les rapprochements en matière de jurisprudence. Envisagé sur un plan théorique, il est frappant de constater que les juristes canadiens et français ont modifié d'une façon similaire leur représentation de l'oeuvre des juges. Transition qui s'est déroulée sensiblement à la même époque, elle montre que les agents du droit partagent une même propension à la démystification de la fonction des juges et à la rationalisation de leur système juridique respectif. Cette orientation se trouve également illustrée dans la réaction qui a suivi la reconnaissance et l'affirmation du pouvoir normatif des juges. En effet, les préceptes méthodologiques étudiés ici ont pour objectif de maintenir la prévisibilité, la stabilité et la cohérence du système juridique, remplissant ainsi une fonction doctrinale¹⁷⁶⁸.

Néanmoins, l'objection du professeur Cappelletti garde toute sa pertinence en ce qu'elle rappelle qu'au-delà du discours sur les sources du droit et des théories qu'il suppose, il y a une communauté juridique qui participe à la mise en oeuvre de la règle façonnée par le juge. Son rôle est indéniable et l'on a tenté de mettre en évidence l'influence qu'elle pouvait avoir sur le processus d'élaboration des règles. Que ce soit par la catégorisation des arrêts, comme le font les juristes français, ou par la technique des distinctions, telle qu'on la connaît en *common law*, la portée d'une décision risque d'être réduite ou amplifiée. Également, la comparaison des méthodes d'interprétation a permis de souligner leur influence dans l'élaboration du droit. En effet, selon que l'on s'attarde à la formulation de la règle ou à son contexte d'énonciation, la portée de celle-ci sera modifiée. Et le choix entre l'une ou l'autre des lectures possibles des arrêts n'est pas dicté par une quelconque nécessité logique : il reflète l'autorité que l'interprète accorde à l'organe qui a formulé la norme.

¹⁷⁶⁸ Pierre PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, réimp. 1978, à la p. 118 : « Il appartient à la doctrine de systématiser ces éléments épars et de les réunir en des ensembles cohérents et harmonieux. C'est ce travail de synthèse et de généralisation systématique qui forme le domaine et la valeur propre de la doctrine. »

Par conséquent, bien que l'action des juristes sur l'évolution du droit soit présente dans chacune des étapes de la mise en oeuvre des règles jurisprudentielles ou des *common law rules*, celle-ci demeure trop peu souvent étudiée de façon distincte. Que ce soit lors de la détermination du support d'expression qui aura pour signification d'être une règle ou dans l'étape de l'appréciation de sa portée, le juriste participe – de près ou de loin – à l'émergence de la norme. Une étude qui ferait abstraction de cette interaction risquerait de brosser un portrait quelque peu statique du phénomène jurisprudentiel. En fait, l'influence de la pratique du droit sur son objet, même si elle choque certaines conceptions formelles de l'ordre juridique, est déjà passablement admise par les théoriciens de la *common law* : tel que l'affirme M. Goldstein, une « [traduction] affirmation portant sur la pratique peut se “ cristalliser ”, par un processus régulier, en une règle de droit »¹⁷⁶⁹. L'étude comparée des normes prétorienne permet donc de montrer à quel point cette action est réelle dans les systèmes juridiques canadiens et français, témoignant ainsi de la nécessité de restituer au phénomène jurisprudentiel l'ensemble des solidarités qu'il entretient avec son milieu.

¹⁷⁶⁹ Laurence GOLDSTEIN, « Some Problems About Precedent », (1984) 43 *C.L.J.* 88, à la p. 98 :
[version originale] A statement of practice may “harden”, by a steady process, into a rule of law. One way in which this can happen is ably described by Julius Stone : « We might, for example, say that the hierarchical rules of precedent are binding rules of law, not because some court on some occasion announced them, but rather because of observed regularities of behavior conforming to “the practice”. Such regularities might include a steady manifestation of an *opinio necessitatis* by lower courts in regard to them, as well as behaviour of superior courts which vindicates them by acts of reversal, deference of lower courts to these reversals, and also long-standing acquiescence by the legislature in all of this. This pattern [...] [is] explicable only on the basis that the “rule of practice” [...] also bear the prescriptive force of rules of law. » [I cite : Julius STONE, « 1966 and All That! Loosing the Chains of Precedent », (1969) 69 *Columbia L.R.* 1162, à la p. 1165.]

Bibliographie

I. Ouvrages collectifs

- AMSELEK, P. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles-Aix-en-Provence, Bruylant-P.U.A.M., 1995.
- BAKER, J. H. (dir.), *Judicial Records, Law Reports and the Growth of Case Law*, Berlin, Dunker & Humbolt, 1989.
- BÉLANGER-HARDY, L. et GRENON, A. (dir.), *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Toronto, Carswell, 1997.
- BURNS, P. T. et LYONS, S. J. (dir.), *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence*, coll. « The Paisley Papers », Colombie-Britannique, The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1991.
- Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Emond Montgomery Publications Ltd., 1991.
- Contemporary Law/Droit contemporain*, Cowansville, Yvons Blais, 1990.
- DeLLOYD, G. J. (dir.), *Brian Dickson at the Supreme Court of Canada 1973-1990*, Winnipeg, Canadian Legal History Project, 1998.
- DOUCET, M. et VANDERLINDEN, J., *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950.
- Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981.
- FLAHERTY, D. H. (dir.), *Essays in the History of Canadian Law*, v. II, Toronto-Buffalo-London, U. of T. Press, 1981.
- FLAHERTY, D. H. (dir.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. I, The Osgoode Society, 1981.
- GLENN, P. H. (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvons Blais, 1993.
- GOLDSTEIN, L. (dir.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

- GUEST, A. G. (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- KNAFLA, L. A. (dir.), *Law & Justice in a New Land [:] Essays in Western Canadian Legal History*, Carswell, Toronto-Calgary-Vancouver, 1986.
- Laboratoire d'Épistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille et la Cour de cassation (dir.), *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994.
- LANG, O. E. (dir.), *Contemporary Problems of Public Law in Canada*, 1968.
- Le centenaire du doyen François Gény*, Faculté de droit et des sciences économiques de Nancy, Dalloz, Paris, 1963.
- LEDERMAN, W. R. (dir.), *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stuart, 1967.
- Les juridictions suprêmes, du procès à la règle*, Colloque de mai 1990, Saint Étienne, 1991.
- MacCORMICK, N. et SUMMERS, R. (dir.), *Interpreting Statutes*, Aldershot, Dartmouth, 1991.
- McWHINNEY, E. (dir.), *Canadian Jurisprudence*, Toronto, Carswell, 1958.
- Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998.
- Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978.
- Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981.
- Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Juris-Classeur, P.U.F., Dalloz, 1999.
- Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 1, Paris, Dalloz, 1963.
- Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Paris, Dalloz & Sirey, 1961.
- Mélanges Kayser*, t. 1, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1979.
- Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989.
- Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, « Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé », Paris, Dalloz et Sirey, 1960.
- Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974.
- Mélanges offerts à René Savatier*, Faculté de droit et des sciences économiques de Poitiers, Paris, Dalloz, 1965.
- PERELMAN, C. (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968.

Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Paris, Cujas, 1975.

SÉRIAUX, A. (dir.), *Les commentaires des textes juridiques [:] arrêts et jugements*, Paris, Ellipses, 1997.

SUMMERS, R. S. (dir.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1968.

TWINING, W. (dir.), *Legal Theory and Common Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986.

II. Monographies

ABBOTT, L. W., *Law Reporting in England 1485-1585*, Londres, Université de Londres, 1973.

AGOSTINI, É., *Droit comparé*, Paris, P.U.F., 1988.

ALLEN, C. K., *Law in the Making*, 7^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1964.

ATIAS, C., *Le droit civil*, coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 1984.

ATIAS, C., *Épistémologie juridique*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1985.

ATIAS, C., *Théorie contre arbitraire*, Paris, P.U.F., 1987.

ATIAS, C., *Science des légistes, savoir des juristes*, 3^e éd., Aix-en-Provence, P.U. d'A.-M., 1993.

ATIAS, C., *Épistémologie du droit*, coll. « Que sais-je? », Paris, P.U.F., 1994.

ATIAS, C., *Philosophie du droit*, coll. « Thémis Droit privé », Paris, P.U.F., 1999.

ATIIYAH, P. S. et SUMMERS, R. S., *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

AUBENQUE, P., *La prudence chez Aristote*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1976.

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. 1, Paris, 1869.

BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M.-N., *La technique de cassation - pourvois et arrêts en matière civile*, 3^e éd., coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1994.

BAKER, J. H., *An Introduction to Legal History*, 2^e éd., London, Butterworths, 1979.

BARTIN, *Études sur le régime dotal*, Travaux et mémoires de la Faculté de Lille, T. 2, Mémoire n° 7, 1892.

- BATTIFOL, H. et LAGARDE, P., *Droit international privé*, 8^e éd., t. 1, Paris, L.G.D.J., 1993.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. et HOUQUES-FOURCADE, M., *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e éd., Paris, Lib. de la société du recueil Sirey et du Journal du Palais, 1907.
- BÉCHILLON, D. de, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996.
- BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit*, 3^e éd., coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1999.
- BEUDANT, C., *Cours de droit civil français*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1934.
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, London, 1783, reproduit, New-York, Garland Publishing Inc., 1978.
- BOGDAN, M., *Comparative Law*, Kluwer, Norstedts juridik, 1994.
- BOILEUX, J.M., *Commentaire sur le Code Napoléon*, 6^e éd., t. 1, Paris, Marescq, 1866.
- BORÉ, J., *La cassation en matière civile*, Paris, Sirey, 1988.
- BRETHER DE LA GRESSAYE, J. et LABORDE-LACOSTE, M., *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947.
- BROWNE, G. P., *The Judicial Committee and the British North American Act*, Toronto, University of Toronto Press, 1967.
- BRUN, H. et TREMBLAY, G., *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Yvons Blais, 1990.
- BUSHNELL, I., *The Captive Court [:] A Study of the Supreme Court of Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 1992.
- CAPITANT, H., *Introduction à l'étude du droit civil*, 4^e éd., Paris Pedone, 1921.
- CAPPELETTI, M., *Le pouvoir des juges*, coll. « Droit public positif », Aix-en-Provence, Économica, 1990.
- CARBONNIER, J., *Droit civil - Introduction*, 21^e éd., coll. « Thémis droit privé », Paris, P.U.F., 1992.
- CARBONNIER, J., *Droit civil. La famille*, 17^e éd., t. 2, coll. « Thémis Droit privé », Paris, P.U.F., 1995.
- CARBONNIER, J., *Flexible droit*, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 1995.
- CARBONNIER, J., *Droit civil. Les obligations*, 20^e éd., t. 4, coll. « Thémis Droit privé », Paris, P.U.F., 1996.

- CARRÉ, G.-L.J. et CHAUVEAU, A., *Lois de la procédure*, 5^e éd., t. 1, Paris, Marchal et Billard, 1880.
- CASTALDO, A. et TIMBAL, P.-C., *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1990.
- CHEVRETTE, F. et MARX, H., *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982.
- CLEMENT, W. H. P., *The Law of the Canadian Constitution*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1916.
- COHEN, M., *Law and the Social Order*, New York, Harcourt, Brace & Co., 1933.
- COHEN, S. A., *Due Process of Law*, Toronto, Carswell, 1977.
- CORNU, G., *Les apports des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, coll. « Cours de droit civil », Cours de droit, Paris, 1970-1971.
- CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999.
- CROSS, R. et HARRIS, J. W., *Precedents in English Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1991.
- CUTHBERTSON, B., *The Old Attorney General – A Biography of Richard John Uniacke*, Halifax, 1980.
- DALLOZ, A., *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public*, 2^e éd., t. 5 (suppl.), Paris, 1841.
- DALLOZ, D. (dir.), *Jurisprudence générale du royaume*, t. 1, Paris, Duverger, 1827.
- DAVID, R. et JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1992.
- DAVID, R., *Le droit français [:] Les données fondamentales du droit français*, t.1, coll. « Les systèmes de droit contemporain », Paris, L.G.D.J., 1960.
- DAWSON, J. P., *Oracles of Law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968.
- DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, t.1, Paris, 1824.
- DEMANTE, A. M., *Cours analytique de Code civil*, t.1, Paris, Thorel, 1849.
- DEMOGUE, R., *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911.
- DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon - Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, 4^e éd., Paris, Imp. gén., 1869.
- DEVLIN, P., *Samples of lawmaking*, Oxford, O.U.P., 1962.

- DOMAT, J., *Oeuvres complètes de J. Domat*, 2^e éd., t. 1, par REMY, J., Paris, Alex-Gobelet, 1835.
- DUBOUCHET, P., *La pensée juridique avant et après la code civil*, 3^e éd., Paris, L'Hermès, 1994.
- DUPIN, *Opuscules de jurisprudence*, Paris, Auguste Durand, 1851.
- DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, t. 1, Paris, G. Thorel, 1844.
- DUVERGIER, J. B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'état*, t. 37 (année 1837), Paris, Bousquet, 1838.
- EISENBERG, M. A., *The Nature of the Common Law*, Cambridge, H.U.P., 1988.
- EWART, J. S., *Examination Questions on Blackstone's Commentaries on Real Property*, Toronto, Leith and Smith's edition, 1883.
- FRIDMAN, G.H.L., *The Law of contract in Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1994.
- GALL, G. L., *The Canadian Legal System*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1990.
- GAUDEMET, E., *L'interprétation du code civil en France depuis 1804*, Paris, Sirey, 1935.
- GÉNY, F., *Méthodes et sources en droit privé positif*, 2^e éd., t. II, Paris, L.G.D.J., 1954.
- GHESTIN, J. et GOUBEAUX, G., avec le concours de FABRE-MAGNAN, M., *Traité de droit civil - Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994.
- GREENLEAF, S., *A Collection of Overruled, Denied, and Doubted, Decision and Dicta both American and English*, 4^e éd. révisée par TOWNSHEND, J., New York, John S. Voorhies, 1856.
- HALE, M., *The History of the Common Law of England*, éd. par GRAY, C. M., Chicago and London, U. of Chicago Press, 1971 (édition tirée de la version posthume de 1739).
- HALPÉRIN, J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1996.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HÉRON, J., *Principes du droit transitoire*, coll. « Philosophie et théorie générale du droit », Paris, Dalloz, 1996.
- HERVÉ, M., *Théorie des matières féodales et censuelles*, v. 1, Paris, Knapen, 1785.
- HOGG, P., *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1992.

- HUSSAIN, I., *Dissenting and Seperate Opinions at the World Court*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984.
- JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., t. 1, Paris, Sirey, 1938.
- LAFERRIÈRE, F., *Introduction historique à la table collective des revues de droit et de jurisprudence*, Paris, Cotillon, 1860.
- LAMBERT, E., *La fonction du droit civil comparé*, t. 1, « Les conceptions étroites ou unilatérales », Paris, V. G^{ard} & E. B^{ère}, 1903.
- LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t. 1, Paris, Marescq, 1878.
- LEFROY, A.H. F., *A Short Treatise on Canadian Constitutional Law*, Toronto, Carswell, 1918.
- LEGRAND, P., *Le droit comparé*, coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 1999.
- LEITH, A., *Commentaries on the laws of England applicable to Real Property by Sir W. Blackstone. Adapted to the Present State of the Law in Upper Canada*, Toronto, 1864.
- LINDEN, A., *Taking Law Reform Seriously/Selected addresses by Allen Linden*, Commission de réforme du droit, 1986.
- LOCRÉ, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 1, Paris, Crapelet, 1827.
- MADDAUGH, P. D. et McCAMUS, J. D., *The Law of Restitution*, Aurora, Canada Law Books, 1990.
- MAILHER DE CHASSAT, A., *Traité de l'interprétation des lois*, 2^e éd., Paris, Videcoq, 1836.
- MALAURIE, P. et AYNES, L., *Droit civil - Introduction générale*, Paris, Cujas, 1997.
- MANDEL, M., *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, 2^e éd., Toronto, T.E.P., 1994.
- MARCADÉ, V.-N., *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7^e éd., t.1, Paris, Delamotte et fils, 1873.
- MARTY, G. et RAYNAUD, P., *Droit civil*, t. 1, Paris, Sirey, 1961.
- MAYRAND, A., *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1985.
- MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. et CHABAS, F., *Leçons de droit civil - Introduction à l'étude du droit*, 11^e éd., t. 1, vol. 1, Paris, Montchrestien, 1996.

- McLEOD, J. G., *The Conflict of Laws*, Calgary, Carswell, 1983.
- McWILLIAMS, P.K., *Canadian Criminal Evidence*, 3^e éd., Aurora, Canada Law Book, 1988.
- MORIN, M., « Portalis c. Bentham ? Les objectifs assignés à la codification du droit civil et du droit pénal en France, en Angleterre et au Canada », dans *La législation en question - mémoires du concours Perspectives juridiques 1999*, (à paraître).
- MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 11^e éd. par DEMANGEAT, C., t. 1, Paris, Garnier, 1880.
- MURDOCH, B., *Epitome of the Laws of Nova Scotia*, vol. 1, Halifax, Joseph Howe, 1832.
- MURPHY, D. J. et RUETER, R., *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*, Toronto, Butterwoths, 1981.
- OST, F. et van de KERCHOVE, M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, coll. « Les voies du droit », Paris, P.U.F., 1988.
- PARENT, S., *La doctrine et l'interprétation du Code civil*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997.
- PATON, G. W., *A Text-Book of Jurisprudence*, 2^e éd., Oxford, Clarendon press, 1951.
- PIGEON, L.-P., *Rédaction et interprétation des lois*, 3^e éd., Québec, Publications du Québec, 1986.
- PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e éd., t. 1, Paris, Cotillon, 1898.
- POIRIER, D., *Introduction générale à la common law*, Cowansville, Yvons Blais, 1995.
- POLLOCK, F., *Jurisprudence and Legal Essays*, selected by GOODHART, A. L., London, Macmillan & Co., 1961.
- PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, 3^e éd. par VALETTE, t. 1, Dijon, 1842.
- RAM, J., *The Science of Legal Judgement*, New-York, Baker, Vooris, (1834) 1871, réimprimé, Littleton, Fred. B. Rothman & Co., 1988
- REINSCH, P. S., *English common Law in the Early American Colonies*, Madison, University of Madison, 1899, réimprimé New York, Gordon Press, 1977.
- RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994 (1955).
- ROGRON, J.-A., *Code civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, 14^e éd., Paris, Videcoq, 1850.

- ROSENBERG, G. N., *The Hollow Hope : Can Courts Bring About Social Change ?*, Chicago, U. of C. U. Press, 1991.
- ROUBIER, P., *Le droit transitoire [:] conflits des lois dans le temps*, Paris Dalloz, 1993.
- RUSSELL, P. H., *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson Ltd., 1987.
- SACCO, R., *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, coll. « Études juridiques comparatives », Paris, Economica, 1991.
- SALHANY, R. E., *Evidence in Criminal Cases*, 5^e éd., Toronto, Carswell, 1998
- SÉRIAUX, A., *Droit des obligations*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1992.
- SÉRIAUX, A., *Le droit naturel*, 2^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 1999.
- SERVERIN, E., *De la jurisprudence en droit privé - Théorie d'une pratique*, coll. « Critique du droit », Lyon, P.U.L., 1985.
- SIMON, J., *The Limits of Precedent*, « Holdsworth Lectures », Birmingham, 1943.
- SMITH, J. A. C. et KERBY, J., *Le droit privé au Canada [:] Études comparatives*, 2^e éd., Ottawa, P.U.O., 1987.
- SMITH, S.A. de, *Constitutional and Administrative Law*, 4^e éd., London, Penguin Education, 1981.
- SULLIVAN, R., *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto and Vancouver, Butterworths, 1994.
- TERRÉ, F. et LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 1991.
- TERRÉ, F., *Introduction générale au droit*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1999.
- TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code, ouvrage dans lequel on a réuni la théorie à la pratique*, 2^e éd., t.1, Bruxelles, 1845.
- TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, coll. « Léviathan », Paris, P.u.f., 1994.
- TROPLONG, *Le droit civil expliqué - De la vente*, t. 1, Paris, 1834.
- TUNC, A., *Jalons : dits et écrits d'André Tunc*, Paris, Société de législation comparée, 1991.
- TWINING W. et MYERS, D., *How To Do Things With Rules*, 3^e éd., London, Weidenfeld and Nicolson, 1984.
- VALÉRY, P., *Regards sur le monde actuel*, Bibliothèque de la pléiade, Paris, NRF, Gallimard.

- VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968.
- VONGLIS, B., *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris, Sirey, 1968.
- WENDELL HOLMES, O., « The Path of the Law », dans *Coll. Papers*, New-York, Harcourt, Brace and Howe, 1920.
- WIGMORE, J. H., *Science of Legal Method : Selected Essays by Various Authors*, Boston Books, 1917.
- WILLIAMS, G., *Learning the Law*, 11^e éd., London, Stevens and Sons, 1982.
- ZACHARIAE, K.-S., *Le droit civil français*, traduit par MASSÉ, G. et VERGÉ, Ch., t. 1, Paris, Durand, 1854.
- ZANDER, M., *The Law-Making Process*, 4^e éd., London, Butterworths, 1994.
- ZENATI, F., *La jurisprudence*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1991.
- ZWEIGERT, K. et KÖTZ, H., *Introduction to Comparative Law*, 2^e éd., v. 1, Oxford, Clarendon Press, 1987.

III. Thèses

- ALBIGES, C., *De l'équité en droit privé*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 329, Paris, L.G.D.J., 2000.
- BELAÏD, S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, L.G.D.J., 1974.
- BOUDOT, M., *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse, Aix-Marseille III, 1999.
- CARBAJO, J., *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, Bibl. de droit public, t. 134, Paris, L.G.D.J., 1980.
- CHRÉTIEN, M., *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, thèse, Lille, 1936.
- COET, P., *Les notions-cadres dans le Code civil. Études des lacunes intra-legem*, thèse, Paris II, 1984.
- COULIBALY, A., *L'interprétation dans le droit (essai sur la rationalité juridique)*, thèse, Toulouse, 1992.

- D'AMBRA, D., *L'objet de la fonction juridictionnelle: dire le droit et trancher les litiges*, thèse, Strasbourg, 1991.
- DE BÉCHILLON, M., *La notion de principe général en droit privé*, coll. du Laboratoire de Théorie Juridique, Aix-en-Provence, P.U.A.-M., 1998.
- DELON, D., *La jurisprudence source de droit*, thèse, Paris II, 1980.
- HALPÉRIN, J.-L., *Le tribunal de cassation sous la révolution 1790-1799*, Paris, L.G.D.J., 1987.
- HUY MAN, N., *Essai sur le rôle respectif de la déduction et de l'induction dans les principaux systèmes d'interprétation du droit civil français*, Paris, 1935.
- IVAINER, T., *L'interprétation des faits en droit*, coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », t. 30, Paris, L.G.D.J., 1988.
- KASSIS, A., *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, L.G.D.J., 1984.
- LEBRUN, A., *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, thèse, Paris, 1932.
- MARGUERY, S., *Contradiction et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse, Bordeaux, 1984.
- MAURIN, A., *Le rôle créateur du juge dans les jurisprudences canadiennes et françaises comparées*, Paris, Rousseau, 1938.
- MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, thèse, Paris 1904.
- MORVAN, P., *Le principe de droit privé*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 1999.
- PACLOT, Y., *Recherche sur l'interprétation en droit*, thèse, Paris II, 1988.
- PERREAU, E. H., *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, Librairie des sciences politiques & sociales, 1923.
- PORT-LEVET-SERVERIN, E., *Théorie de la pratique jurisprudentielle en droit privé*, thèse, Lyon, 1983.
- ROLLAND-JACOB, M.O., *La jurisprudence d'appel, source de droit*, thèse, Rennes, 1985.
- SALUDEN, M., *Le phénomène de la jurisprudence, étude sociologique*, thèse, Paris II, 1983.
- VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel*, thèse Lyon, 1908.

IV. Articles de revue

- ALDER, J., « Dissents in Courts of Last Resorts : Tragic Choices ? », (2000) 20 *Oxf.J.L.S.* 221.
- AMSELEK, P., « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », (1978) *R.D.P.* 5.
- AMSELEK, P., « Norme et loi », (1980) 25 *A.P.D.* 89.
- AMSELEK, P., « La teneur indécise du droit », (1992) 26 *R.J.T.* 1.
- ANCELOT, « Quelques réflexions sur la doctrine et la jurisprudence comparées », (1855) VII *Rev. crit. de lég. et de jur.* 191.
- ANGLIN, Lord, « Some Differences Between the Law of Quebec and the Law as Administered in the Other Provinces of Canada », (1921) 1 *R. du B. can.* 33.
- ANTONMATTEI, P. H., « Bref retour sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 3
- ATIAS, C. et LINOTTE, D., « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.1977.chr.251.*
- ATIAS, C., « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *J.C.P.*1984.1.3145.
- ATIAS, C., « Une crise de légitimité seconde », (1986) 4 *Droits* 21.
- ATIAS, C., « Épistémologie juridique descriptive et traitement de l'information juridique », *Les Annales de l'I.R.E.T.I.J.*, 1989, p. 159.
- ATIAS, C., « Pouvoir et autorité judiciaire », *D.1992.chr.36.*
- ATIAS, C., « *Juris dictio* : redire l'inédit », *D.1992.chr.280.*
- ATIAS, C., « L'image doctrinale de la Cour de cassation », *D.1993.chr.133.*
- ATIAS, C., « Jurisprudence *a contrario* », *D.1997.chr.297.*
- ATIAS, C., « Des réponses sans questions 1804-1899-1999 (quantitatif et qualitatif dans le savoir juridique) », *D.1998.chr.406.*
- ATYAH, P. S., « Common Law and Statute Law », (1985) 48 *M.L.R.* 1.
- AUERBACH, C. A., « A Revival of Some Ancient Learning : A Critique of Eisenberg's *The Nature of the Common Law* », (1991) 75 *Minn.L.R.* 539.

- BACH, E. L., « Jurisprudence », *Encyclopédie juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1973 (révisée 2000).
- BAKER, G. B., « Legal Education in Upper-Canada 1785-1889 : The Law Society as Educator », dans FLAHERTY, D. H. (dir.), *Essays in the History of Canadian Law*, v. II, Toronto-Buffalo-London, U. of T. Press, 1981, p. 49.
- BAKER, G. B., « The Reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in the Late-Victorian Empire », [1985] 3 *Law & Hist. Rev.* 219.
- BAKER, J. H., « Records, Reports and the Origins of Case-Law in England », dans BAKER, J. H. (dir.), *Judicial Records, Law Reports and the Growth of Case Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, p. 15.
- BALE, G., « Casting Off the Mooring Ropes of Binding Precedent », (1980) 58 *R. du B. can.* 256.
- BATIFFOL, H., « Note sur les revirements de jurisprudence », (1967) 12 *A.P.D.* 335.
- BAUDOIN, J.-L., « L'interprétation du code civil québécois par la Cour suprême du Canada », (1975) 53 *R. du B. can.* 715.
- BAUTHIER, R., « Jurisprudence et histoire du droit », [1993] 4 *R.R.J.* 1279.
- BEETZ, J., « Le professeur de droit et le juge », (1979) 81 *R. du N.* 506.
- BEIGNIER, B., « Les arrêts de règlement », (1989) 9 *Droit* 45.
- BEL, J., « La plume d'oie », *D.*1995.chr.59.
- BELL, D. G., « Slavery and the Judges of Loyalist New Brunswick », (1982) 31 *U. of N. B. L. J.* 9.
- BELLET, P., « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », [1981] 2 *R.I.D.C.* 293.
- BELLET, P., « Le juge et l'équité », dans *Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 9.
- BENEDICKSON, J., « Survey of Canadian Legal History in the '90s », (1996-1997) 28 *Ott. L. R.* 433.
- BERGEL, J.-L., « La loi du juge, dialogue ou duel ? », dans *Mélanges Kayser*, t. 1, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1979, p. 21.
- BERGEL, J.-L., « Différence de nature = différence de régime », (1983) 82 *R.T.D.civ.* 258
- BERGEL, J.-L., « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », [1993] 4 *R.R.J.* 1083.

- BERGEL, J.-L., « Esquisse d'une approche méthodologique de la recherche juridique », [1996] 4 *R.R.J.* 1073.
- BINGHAM, J. W., « What is the Law », (1912) 11 *Michigan Law Rev.* 1.
- BIRKS, P., « Adjudication and Interpretation in the Common Law : A Century of Change », (1994) 14 *L. S.* 156.
- BIRKS, P., « The Academic and the Practitioner », (1998) 18 *L.S.* 397.
- BISSON, A.-F., « L'interaction des techniques de rédaction et des techniques d'interprétation des lois », (1980) 21 *C. de D.* 511.
- BOLZE, A., « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », [1997] 3 *R.R.J.* 855.
- BONNEAU, T., « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.*1995.chr.24.
- BORÉ, J., « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.*1995.chr.133.
- BOULANGER, J., « Jurisprudence », *Répertoire de droit civil*, t. III, Paris, Dalloz.
- BOULANGER, J., « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », (1961) 59 *R.T.D.civ.* 417.
- BOULANGER, J., « Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi », t. V, *Trav. de l'ass. Henri Capitant* (1949), Paris, Dalloz, 1950, p. 60.
- BOURBONNAIS-HYDE, C., « Le précédent : de force morale à méthode administrative », (1992) 24 *Ott. L. R.* 463.
- BOURBONNAIS-HYDE, C., « La règle du précédent », dans BÉLANGER-HARDY, L. et GRENON, A. (dir.), *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Toronto, Carswell, 1997, p. 69.
- BRESSOLLES, G., « Examen doctrinal de la Jurisprudence en matière civile », (1860) XVI *Rev. crit. de lég. et de jur.* 1.
- BRETON, A., « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 23, 1975, p. 7.
- BRONAUGH, R., « Persuasive Precedents », dans GOLDSTEIN, L. (dir.), *Precedent in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 216.
- CAPPELLETI, M., « The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law : A Fundamental Difference – or no Difference at All ? », dans *Festschrift für Konrad Zweigert zum to. Geburtstag*, Tübingen, H. Kötz, 1981, p. 381.

- CARBONNIER, J., « Loi étrangère et jurisprudence étrangère », (1935) 62 *J.D.I.* 473.
- CARBONNIER, J., « Note sur la prescription extinctive », (1952) 50 *R.T.D.civ.* 171
- CARBONNIER, J., « Notes sur des notes d'arrêts », *D.*1970.chr.138.
- CARBONNIER, J., « Droit privé et sociologie », dans *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Paris, Vrin, 1973, p. 33.
- CARBONNIER, J., « De minimis non curat preator », dans *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 29.
- CARBONNIER, J., « La jurisprudence aujourd'hui - libres propos sur une institution controversée », (1992) 91 *R.T.D.civ.* 341.
- CARTY, H., « Precedent and the Court of Appeal : Lord Denning's view explored », (1981) 1 *L. S.* 68.
- CHABAS, F., « L'obligation médicale d'information en danger », *J.C.P.*2000.I.212.
- CHAPUS, R., « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.*1966.chr.99.
- COLSON, R., « Genèse du revirement de jurisprudence », [2000] 3 *R.R.J.* 991.
- CORNU, G., « Les définitions dans la loi », dans *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77.
- CORNU, G., « Le règne discret de l'analogie », [1995] 4 *R.R.J.* 1067.
- COTE, J. E., « The Reception of English Law », (1978) 15 *Alta. L. R.* 29.
- CÔTÉ, P.-A., « L'interprétation de la loi par le législateur », (1980-81) 15 *R.J.T.* 29.
- CÔTÉ, P.-A., « Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports », dans AMSELEK, P. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles-Aix-en-Provence, Bruylant-P.U.A.M., 1995, p. 189.
- CÔTÉ, P.-A., « L'interprétation en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différences d'accents », (1997) 31 *R.J.T.* 45.
- CURTIS, G. F., « Stare Decisis at Common Law in Canada », (1978) 12 *U. B. C. L. R.* 1.
- DAVID, R., « Jurisprudence », [1985] 5 *R.R.J.* 773.
- DERHAM, D. P., « Precedent and the Decision of Particular Questions », (1963) 79 *L.Q.R.* 49.

- DEVILLENEUVE (?), « Préface », *Recueil général des lois et des arrêts*, revu et complété par L.-M. DEVILLENEUVE et A.-A. CARETTE, 1^{re} série (1791-1830), 1^{er} vol. (1791-an XII), Paris, 1840, p. i.
- DEVLIN, Lord, « Judges and Lawmakers », (1976) 39 *M.L.R.* 1.
- DEVLIN, R. F., « Introduction », *Canadian Perspectives on Legal Theory*, Toronto, Emond Montgomery Publications Ltd., 1991, p. 1.
- DICKSON, B., « The Role and Function of Judges », (1980) 14 *L. Soc. Gaz.* 138.
- DUNES, A., « La non-publication des décisions de justice », (1986) 2 *R.I.D.C.* 757.
- DUPEYROUX, O., « La jurisprudence, source abusive de droit », dans *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II : « Droit comparé, théorie générale du droit et droit privé », Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 349.
- DUPEYROUX, O., « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », dans *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463.
- DURAND, P., « La connaissance du phénomène judiciaire et les tâches de la doctrine moderne du droit privé », *D.1955.chr.73*.
- DWORKIN, R., « Is Law a System of Rules ? », dans SUMMERS, R. S. (dir.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Basil Blackwell, 1968, p. 25.
- DWORKIN, R., « La chaîne du droit », (1985) 1 *Droit et Société* 51.
- EHRCKE, W. F., « Stare Decisis », (1995) 53 *The Advocate* 847.
- ESMEIN, A., « La jurisprudence et la doctrine », (1902) 1 *R.T.D.C.* 5.
- ESMEIN, P., « La jurisprudence et la loi », (1952) 51 *R.T.D.C.* 17.
- FALCONBRIDGE, J. D., « Conflict of Laws : 1923-1947 », (1948) 26 *R. du B. can.* 334.
- FAVOREU, L., « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et l'article 66 de la Constitution », *D.1986.chr.169*.
- FERGUSON, R. B., « The Horwitz Thesis and Common Law Discourse in England », (1983) 3 *Oxf. Jour. of Leg. Studies* 34.
- FINNIS, J., « The Fairy Tale's Moral », (1999) 115 *L.Q.R.* 170.
- FLOWERS, R., « Stare Decisis in Courts of Co-Ordinate Jurisdiction », (1984-1985) 5 *The Advocate's Quaterly* 464.

- FRANCESCAKIS, P., « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt "Simitch" de la Cour de cassation », (1985) 74 *Rev. crit. de dr.int. pri.* 244.
- FREEMAN, R. H., « The Protection Afforded against the Retroactive Operation of Overruling Decision » (1918) 18 *Col. L.R.* 230.
- FRIEDLAND, M. L., « Prospective and Retrospective Judicial Lawmaking », (1974) 24 *U.T.L.J.* 170.
- FRIEDMAN, W., « Stare Decisis at Common Law and Under the Civil code of Quebec », (1953) 31 *R. du B. can.* 723.
- FRISON-ROCHE, M.-A. et BORIES, S., « La jurisprudence massive », *D.1993.chr.*287.
- GAUDEMET, Y., « Fonction interprétative et fonction législative : aménagements juridiques de leurs rapports », dans AMSELEK, P. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles-Aix-en-Provence, Bruylant-P.U.A.-M., 1995, p. 201.
- GETZ, L., « The State of Law Reporting in Canada », (1979) 37 *The Advocate* 243.
- GILBERT, G. S., « Stare Decisis - Value of Obiter Dictum - Supreme Court of Canada », (1982) 60 *R. du B. can.* 373.
- GIRBOUILLE, M., « Faut-il modifier l'article 5 du Code civil ? », 1949.*Gaz. du Pal.*, 12-14 janvier.
- GLENN, P. H., « Persuasive Authority », (1987) 32 *McGill L. J.* 261.
- GLENN, P. H., « The Use of Computers : Quantitative Case Law Analysis in the Civil and Common Law », (1987) 36 *International and Comparative Law Quarterly* 362.
- GLENN, P. H., « Le droit comparé et la Cour suprême du Canada » dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 211.
- GLENN, P. H., « Sur l'impossibilité d'un principe de *stare decisis* », [1993] 4 *R.R.J.* 1073.
- GLENN, P. H., « The Common Law in Canada », (1995) 74 *R. du B. can.* 261.
- GOBERT, M., « La jurisprudence, source de droit triomphante mais menacée », (1992) 91 *R.T.D.civ.* 344.
- GOLDSTEIN, L., « Some Problems About Precedent », (1984) 43 *C.L.J.* 88.
- GOODHART, A. L., « Precedent in English and Continental Law », (1934) 50 *L. Q. R.* 40.
- GOODHART, A. L., « Case Law - A Short Replication », (1934) 50 *L. Q. R.* 196.
- GOODHART, A. L., « Precedents in Divisional Courts », (1948) 64 *L.Q.R.* 40.
- GOODHART, A. L., « The *Ratio Decidendi* of a Case », (1959) 22 *M.L.R.* 117.

- GOUTAL, J.-L., « Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A. », (1976) 24 *Am. Jour. of Com. Law* 43.
- GRIVART de KERSTRAT, F., « Common law et analogie », [1995] 4 *R.R.J.* 1087.
- GRZEGORCZYK, C., « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », (1985) 30 *A.P.D.* 35.
- GUASTINI, R., « Interprétation et description de normes », dans AMSELEK, P. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles-Aix-en-Provence, Bruylant-P.U.A.M., 1995, p. 89.
- GUINCHARD, S., « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », dans *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Juris-Classeur, P.U.F., Dalloz, 1999, p. 763.
- HARPER, T., « Too much Speech-Making ? », (1982) 132 *N.L.J.* 359.
- HATOUX, B., « La portée doctrinale des arrêts non publiés de la Cour de cassation en matière civile », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 15 décembre 1993, n° 379, p. 16.
- HÉBRAUD, P., « Le juge et la jurisprudence », dans *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.
- HÉLIE, F., « Bulletin bibliographique », (1841) 13 *Rev. de lég. et de jur.* 488.
- HÉLIE, F., « Préface », (1853) 3 *Rev. crit. de lég. et de jur.* vi.
- HENRY, X., « La jurisprudence accessible - Mégacode civil : théorie d'une pratique », [1999] 4 *R.R.J.* 631.
- HÉRON, J., « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », [1993] 4 *R.R.J.* 1083.
- HERVIEU, A., « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », [1989] 2 *R.R.J.* 257.
- HIBBITS, B. J., « Progress and Principle : The Legal Thought of Sir John Beverley Robinson », (1989) 34 *McGill L. J.* 454.
- HIBBITS, B. J., « A Change of Mind : The Supreme Court and the Board of Railway Commissioners », (1991) 41 *U. of T. L. J.* 60.
- HOLDSWORTH, W. S., « Case Law », (1934) 50 *L. Q. R.* 180.
- HOLMES, O. W., « The Path of the Law », (1896-97) 10 *Harv. L. Rev.* 457.
- HORTON, E. M., « Selective Publication and the Authority of Precedent in the United States Courts of Appeal », (1995) 42 *U.C.L.A. Law Rev.* 1691.

- HOUIN, R., « *De lege ferenda* », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, p. 273.
- HOW, W. G., « The Too Limited Jurisdiction of the Supreme Court of Canada », (1947) 25 *R. du B. can.* 573.
- HUBBARD, H. A., « Le processus judiciaire du “common law” », (1968) 28 *R. du B.* 1.
- HUSSON, L., « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », (1972) 17 *A.P.D.* 115.
- JACOB, I. H., « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1970) 23 *Current Legal Problems* 23.
- JAMAL, M. et GLENN, P. H., « Selective Legality : the Common Law Jurisdictional Appeal », (1994) 73 *R. du B. can.* 142.
- JAMIN, C., « Relire Labbé et ses lecteurs », (1992) 37 *A.P.D.* 247.
- JAMIN, C., « L'oubli et la science [:] Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », (1994) 93 *R.T.D.civ.* 815.
- JAMIN, C., « Droit judiciaire (Chronique) », (1997) 95 *R.T.D.civ.* 774.
- JAMIN, C., « La rupture de l'école et du palais dans le mouvement des idées », dans *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 69.
- JAUFFRET SPINOSI, C., « Comment juge le juge anglais ? », (1989) 9 *Droits* 57.
- JESTAZ, P., « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.*1987.chr.11.
- JESTAZ, P., « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.*1989.chr.149.
- JESTAZ, P., « La qualification en droit civil », (1993) 18 *Droit* 45.
- JOANES, A., « Stare Decisis in the Supreme Court of Canada », (1958) 36 *R. du B. can.* 175.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, M., « Gény et la jurisprudence française », dans *Le centenaire du doyen François Gény*, Faculté de droit et des sciences économiques de Nancy, Dalloz, Paris, 1963, p. 67.
- KENNEDY, D., « The Turn to Interpretation », (1985) 58 *S. Cal. L. Rev.* 251.
- KENNEDY, G. D., « Stare Decisis – Are Decisions of English Court of Appeal Binding on Canadian Trial Judge ? », (1948) 46 *R. du B. can.* 581.
- KENNEDY, G. D., « Supreme Court of Canada – Stare Decisis – Rôle of Canada's Final Court – Unsatisfactory Nature of Reasons for Judgement », (1955) 33 *R. du B. can.* 340.

- KNAFLA, L. A., « From Oral to Written Memory : The Common Law Tradition in Western Canada », dans KNAFLA, L. A. (dir.), *Law & Justice in a New Land [:] Essays in Western Canadian Legal History*, Carswell, Toronto-Calgary-Vancouver, 1986, p. 31.
- KOBEL, L. K., « The Myth of the Disposable Opinion : Unpublished Opinions and Government Litigants in the United States Court of Appeal », [1989] 87 *Mich. Law Rev.* 940.
- KOCOUREK, A., « Retrospective Decisions and *Stare Decisis* and a proposal », (1931) 17 *A.B.A.J.* 180.
- L'HEUREUX-DUBÉ, C., « The Length and Plurality of Decisions », (1988) 28 *Alta. L. R.* 581.
- LAFONTAINE, M., « D'une tendance de la jurisprudence dans l'application de la loi pénale », (1860) 16 *Rev. crit. de lég. et de jur.* 164.
- LAIRD, D. H., « The Doctrine of *Stare Decisis* », (1935) 13 *R. du B. can.* 1.
- LAMBERT, D., « *Ratio Decidendi* and *Obiter Dicta* : Some Observations about *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527 », (1993) 51 *The Advocate* 689.
- LANGERON, P., « La recherche en droit comparé », [1996] 2 *R.R.J.* 1101.
- LARHER-LOYER, C., « La jurisprudence d'appel », *J.C.P.* 1989.I.3407.
- LARIVIÈRE, J., « La publication des décisions des tribunaux fédéraux canadien : un aperçu historique », (1995) 20 *Bib. de droit can.* 12.
- LASKIN, B., « The Supreme Court of Canada : A Final Court of and for Canadians », (1951) 29 *R. du B. can.* 1038.
- LASKIN, B., « Supreme Court of Canada : Canada's final Court », (1955) 33 *R. du B. can.* 630.
- LAWSON, G., « The Constitutional Case Against Precedent », (1994) 1 *Harv. J. of Law & Pub. Pol.* 23.
- LEDERMAN, W. R., « Correspondance : The Authority of English Decision », (1952) 30 *R. du B. can.* 1083.
- LEDERMAN, W. R., « The Common Law System in Canada », dans McWHINNEY, E. (dir.), *Canadian Jurisprudence*, Toronto, Carswell, 1958, p. 34.
- LEDRU-ROLLIN, « Coup d'oeil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », *Journal du Palais*, 3^e éd., t. 1, Paris, 1837, p. i.

- LESSAY, F., « Blackstone, *common law* et codification », (1998) 27 *Droits* 3.
- LIBCHABER, R., « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », (1997) 95 *R.T.D.civ.* 793.
- LIBCHABER, R., « Un revenant : l'arrêt des chambres mixtes », (1999) 97 *R.T.D.civ.* 734.
- LINDON, R., « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1975.I.2681.
- LÜCKE, H. K., « The Common Law as Arbitral Law », (1982) 13 *Rechtstheorie* 5.
- LÜCKE, H. K., « The Common Law : Judicial Impartiality and Judge-Made Law », (1982) 98 *L.Q.R.* 31.
- Mac CRIMMON, M. T., « Developments in the Law of Evidence : The 1990-1991 Term – Social Science, Law Reform and Equality », (1992) 3 *Supreme Court L. R.* (2d) 269.
- MACDONALD, V. C., « The Constitution in a Changing World », (1948) 26 *R. du B. can.* 21.
- MACDONALD, V. C., « The Privy Council and the Canadian Constitution », (1951) 29 *R. du B. can.* 1021.
- MacGUIGAN, M. R., « Precedent and Policy in the Supreme Court », (1967) 45 *R. du B. can.* 627.
- MACKINNON, F., « The Establishment of The Supreme Court of Canada », (1946) 27 *Can. Hist. Rev.* 258.
- MALAURIE, P., « La jurisprudence combattue par la loi », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Faculté de droit et des sciences économiques de Poitiers, Paris, Dalloz, 1965, p. 603.
- MALAURIE, P., « Rapport français », dans *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Travaux de l'association Henri-Capitant, t.xxxi, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 83.
- MARCADÉ, V. N., « Différence entre la nullité de la vente pour absence de prix sérieux, et sa rescision pour vileté de prix », (1852) 1 *Rev. crit. de la jur.* 24.
- MARCADÉ, V. N., « Examen doctrinal des principaux arrêts », (1853) 3 *Rev. crit. de lég. et de jur.* 553.
- MARINO, G., « Cour de cassation, juge du droit ? », dans *Laboratoire d'Épistémologie Juridique de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille et la Cour de cassation (dir.)*, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 28.

- MARON, A., ROBERT, J.-H. et VERON, M., « Chronique de droit pénal et de procédure pénale », *J.C.P.*2000.I.207.
- MARTIN, R., « La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire - Recherche archéologique », *J.C.P.*1999.I.110.
- MATHIEU, B. et VERPEAUX, M., « Jurisprudence constitutionnelle », *J.C.P.*1997.I.4023.
- MAURY, J., « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », dans *Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 40.
- MAYAUD, Y., « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra-legem* et *contra rationem* », *D.*1998.2.212.
- MAYER, H., « Jeu et exception de jeu », *J.C.P.*I.1984.3141.
- McCORMICK, P., « The Evolution of Coordinate Precedential Authority in Canada : Interprovincial Citations of Judicial Authority. 1922-92 », (1994) 32 *Osg. Hall L.J.* 272.
- McINNES, M., BOLTON, J. et DERZKO, N., « Clerking at the Supreme Court of Canada », (1995) 33 *Alta. L. R.* 58.
- McWHINNEY, E., « Judicial Concurrences and Dissents : A Comparative View of Opinion-Writing in Final Appellate Tribunals », (1953) 31 *R. du B. can.* 595.
- McWHINNEY, E., « English Legal Education and Canadian Legal Philosophy », (1958) 4 *McGill L. J.* 213.
- McWHINNEY, E., « New Frontiers in Jurisprudence in Canada », (1958) *J. Leg. Ed.* 331.
- McWHINNEY, E., « Legal theory and Philosophy of Law in Canada », dans McWHINNEY, E. (dir.), *Canadian Jurisprudence*, Toronto, Carswell, 1958, p. 1.
- MERRICKS, W., « Unreported Cases : The Judges Squeal », (1983) 133 *N.L.J.* 144.
- MESCHERIAKOFF, A. S., « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », (1976) *A.J.D.A.* 596.
- MEYNIAL, E., « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes », dans *Le Code civil - 1804- 1904 - Livre du centenaire*, t. 1, Paris, Rousseau, 1904, p. 175.
- MICHAUD, F., « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », [1987] 2 *R.I.D.C.* 343.
- MILNER, J. B., « The Law of Contracts : 1923-1947 », (1948) 26 *R. du B. can.* 117.
- MITCHELL, G. G., « Significant Developments in Criminal Charter Jurisprudence in 1992 », (1993) 57 *Sask. L. Rev.* 59.

- MOLFESSIS, N., « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *J.C.P.*2000.I.210.
- MONTROSE, J. L., « The Ratio Decidendi and the House of Lords », (1957) 20 *M.L.R.* 124.
- MOORE, M. S., « The Semantics of Judging », (1981) 54 *South Cal. Law Rev.* 151.
- MOORE, M. S., « The Interpretive Turn in Modern Theory : a Turn for The Worse ? », (1989) 41 *Stan. L. Rev.* 871.
- MOREL, A., « La réaction des Canadiens devant l'administration de la justice de 1764 à 1774 : une forme de résistance passive », (1966) 20 *R. du B.* 53.
- MOREL, A., « La langue d'acculturation juridique au Québec depuis 1970 », (1990) 24 *R.J.T.* 99.
- MOSCHZISKER, R. von, « Stare Decisis in the Courts of Last Resort » (1923-1924) 37 *Harv. L. R.* 409.
- MOTULSKY, H., « Le "manque de base légale", pierre de touche de la technique juridique », dans *Écrits [:] Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, p. 31.
- MOTULSKY, H., « Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique », *Sem. jur.*1949.I.775.
- MOULY, C., « Le revirement pour l'avenir », *J.C.P.*1997.I.3776.
- MOURALIS, J.-L., « Partage - Action en partage », *Juris-Classeur Civil*, art. 815 à 809, Paris, Juris-Classeur, 1998.
- MUNDAY, R., « The Common Lawyer's Philosophy of Legislation », (1983) 13 *Rechtstheorie* 191.
- MURPHY, P. T., « The Role of Publishing Houses in Developing Legal Research and Publication in Canada », dans *Contemporary Law/Droit contemporain*, Cowansville, Yvons Blais, 1990, p. 732.
- NESSEN, P. V., « Law Reporting : Another Case for Deregulation », (1985) 48 *M.L.R.* 412.
- NICOL, A. G. L., « Prospective Overruling : A New Device for English Courts ? », (1976) 39 *M.L.R.* 542.
- OPPETIT, B., « Les principes généraux en droit international privé », (1987) *A.P.D.* 179.
- OPPETIT, B., « Les "principes généraux" dans la jurisprudence de cassation », *J.C.P.*1989.éd.E.14.

- PARKER, G., « Canadian Legal Culture », dans KNAFLA, L. A. (dir.), *Law & Justice in a New Land [:] Essays in Western Canadian Legal History*, Toronto-Calgary-Vancouver, Carswell, 1986, p. 4.
- PATERSON, A. A., « Lord Reid's Unnoticed Legacy – A Jurisprudence of Overruling », (1981) 1 *Ox. J. of L. S.* 374.
- PATON, G. W. et SAWER, G., « Ratio Decidendi and Obiter Dictum in Appellate Courts », (1947) 63 *L.Q.R.* 461.
- PELTOMAA, A., « Obiter Dictum of the Supreme Court of Canada : Does it Bind Lower Courts ? », (1982) 60 *R. du B. can.* 823.
- PERDRIAU, A., « Visas, “chapeaux” et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *J.C.P.* 1986.I.3257.
- PERDRIAU, A., « Les arrêts de la Cour de cassation au regard de l'informatique », *J.C.P.* 1990.I.3436.
- PERDRIAU, A., « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1990.I.3468.
- PERDRIAU, A., « Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait? », *J.C.P.* 1993.I.3683.
- PERDRIAU, A., « La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1994.I.3798.
- PERDRIAU, A., « Les formations restreintes de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1994.I.3768.
- PERDRIAU, A., « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », *J.C.P.* 1995.I.3866.
- PERDRIAU, A., « Ce que la Cour de cassation relève d'office », *J.C.P.* 1996.I.3911.
- PERDRIAU, A., « Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 au regard du juge de cassation », *J.C.P.* 2000.I.115.
- PERELL, P. M., « Kleinworth Benson Ltd. Lincoln City Council and Mistake of Law and Unjust Enrichment : The House of Lords Starts Down a New Path », (1999) 21 *Advocates Quaterly* 495.
- PHILLIPS, O. H., « Legal Authors since 1800 », dans *Then and Now, 1788-1974 [:] Commemorating 175 years of Law Bookselling and Publishing*, London, Sweet & Maxwell, 1974, p. 3.
- PIGEON, L. P., « Valeur et portée des interprétations jurisprudentielles », dans *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 39.

- PINARD, D., « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *R.J.T.* 315.
- POPOVICI, A., « Notes sur l'état inadéquat des recueils de jurisprudence au Québec », (1972) 32 *R. du B.* 82.
- PUE, W. W., « Guild Training vs. Professional Education : the Law Department of Queen's College, Birmingham in the 1850's », dans *Canadian Law in History Conference*, vol. II, 1987, p. 239.
- QUIGLEY, T., « A Shorn Beard », (1987) 10 *Dalh. L. J.* 167.
- READ, H. E., « The Judicial Process in Common Law Canada », (1959) 37 *R. du B. can.* 265.
- REID, Lord, « The Judge as Law Maker », (1973) XII *J.S.P.T.L.* 22.
- RÉMY, P., « Éloge de l'Exégèse », (1985) I *Droits* 115.
- REYNOLDS, W. L. et RICHMAN, W. M., « The Non-Precedential Precedent – Limited Publication and No-Citation Rules in the United States Courts of Appeal », (1978) 78 *Col. L. R.* 1167.
- RISK, R. C. B., « The Law and the Economy in Mid-Nineteenth-Century Ontario : A Perspective », dans FLAHERTY, D. H. (dir.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1, The Osgoode Society, 1981, p. 88.
- RISK, R. C. B., « Sir William R. Meredith C. J. O. : The Search for Authority », (1983) 7 *Dalh. L. J.* 713.
- RISK, R. C. B., « Lawyers, Courts, and the Rise of the Regulatory State », (1984) 9 *Dalh. L. J.* 31.
- RISK, R. C. B., « A.H.F. Lefroy : Common Law Thought in Late Nineteenth-Century Canada : On Burying One's Grandfather », (1991) 41 *U. of Tor. L. J.* 307.
- RIVERO, J., « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », (1962) *A.J.D.A.* 15.
- RIVERO, J., « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république : une nouvelle catégorie constitutionnelle », *D.* 1972.chr.265.
- ROCHE, J., « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », (1962) *A.J.D.A.* 532.
- RODIÈRE, « Jurisprudence de la Cour de cassation », (1837) 6 *Rev. de lég. et de jur.* 452.
- ROPER, J.-L., « La réforme de la Cour de cassation, évolution et révolution », *Sem. jur.* 1947.I.664.
- ROSWELL, D., « Necessity and Reliability : What is the Impact of *Khan* on the Admissibility of Hearsay in Canada ? », (1991) 49 *U.T. Fac. L.R.* 294.

- RUSSEL, P. H., « The Supreme Court in the 1980's : A Commentary on the R.C.S. Statistics », (1992) 30 *Osg. Hall L.J.* 771.
- SACASE, « Jurisprudence du dix-neuvième siècle », (1885) VI *Rev. crit. de lég. et de jur.* 83.
- SALMOND, J. A., « The Theory of Judicial Precedent », (1900) 17 *L.Q.R.* 375.
- SAMEK, R. A., « The Dynamic Model of the Judicial Process and the *Ratio Decidendi* of a Case », (1964) 42 *R. du B. can.* 433.
- SAUVEL, T., « Histoire du jugement motivé », (1955) *R.D.P.* 5.
- SAVATIER, R., « Observations sur les modes contemporains de formation du droit », *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. 1, Paris, Dalloz, 1963, p. 293.
- SCASSA, T., « Language of Judgement and the Supreme Court of Canada », (1994) 43 *U.N.B.L.J.* 167.
- SCHUMIATCHER, M. C., « The Supreme Court and the Oral Tradition », [1980] 1 *Sup. Crt. L. Rev.* 479.
- SCOTT, F. R., « Abolition of Appeals to the Privy Council [:] A Symposium », (1947) 25 *R. du B. can.* 557.
- SCOTT, F. R., « Some Privy Conseil », (1950) 28 *R. du B. can.* 780.
- SENIUK, G. T. G. et LYON, N., « The Supreme Court of Canada and the Provincial Court in Canada », (2000) 79 *R. du B. can.* 77.
- SÉRIAUX, A., « Beaucoup de bruit pour rien, brèves remarques sur un arrêt récent de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation », *D.1993.chr.*229.
- SÉRIAUX, A., « Le juge au miroir [:] L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, p. 171.
- SERRIGNY, « Examen doctrinal de la Jurisprudence de la cour de cassation et du Conseil d'État », (1859) 15 *Rev. crit. de lég. et de jur.* 1.
- SERVERIN, E., « La Cour de cassation », dans *Les juridictions suprêmes, du procès à la règle*, Colloque de mai 1990, Saint Étienne, 1991, p. 161.
- SERVERIN, E. et JEAMMEAUD, A., « Concevoir l'espace jurisprudentiel », (1993) 92 *R.T.D.civ.* 91.
- SÉVIN, « Examen de la Jurisprudence en matière de procédure civile, sur les qualités des jugements et de la manière de les régler », (1859) 15 *Rev. crit. de lég. et de jur.* 97.

- SHARPE, R. J., « The Doctrine of *Stare Decisis* », dans DeLLOYD, G. J. (dir.), *Brian Dickson at the Supreme Court of Canada 1973-1990*, Winnipeg, Canadian Legal History Project, 1998, p. 193.
- SIMPSON, A.W.B., « The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent », dans GUEST, A. G. (dir.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 151.
- SIMPSON, B., « The Common Law and Legal Theory », dans TWINING, W. (dir.), *Legal Theory and Common Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1986, p. 8.
- SOSSIN, L., « The Sounds of Silence : Law Clerks, Policy Making and the Supreme Court of Canada », (1996) 30 *U.B.C.L. Rev.* 279.
- STONE, J., « The *Ratio* of the *Ratio Decidendi* », (1959) 22 *M.L.R.* 597.
- STONE, J., « 1966 and All That! Loosing the Chains of Precedent », (1969) 69 *Columbia L.R.* 1162.
- SULLIVAN, R., « Statutory Interpretation in the Supreme Court of Canada », (1998-99) 30 *Ott. L. Rev.* 175.
- TANCELIN, M., « Chronique de droit comparé », (1979) 39 *R. du B.* 971.
- TEBOUL, G., « Logique de compétence et logique de validation, coutume et source formelle de droit », [1993] 4 *R.D.P.* 939.
- TEBOUL, G., « Remarques sur la validité des règles coutumières internes dans l'ordre juridique français », (1998) 3 *R.D.P.* 691.
- THIERCELIN, M. H., « Essai sur l'Histoire générale du Droit français », *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. I, Paris, Jurisprudence Générale, 1870, p. 1.
- TOUFFAIT, A. et TUNC, A., « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », (1974) 72 *R.T.D.civ.* 478.
- TROPER, M., « Le problème de l'interprétation et la supralégalité constitutionnelle », dans *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 133.
- TROPER, M., GRZEGORCZYK, C. et GARDIES, J.-L., « Statutory Interpretation in France » dans MacCORMICK, N. et SUMMERS, R. (dir.), *Interpreting Statutes*, Aldershot, Dartmouth, 1991, p. 171.
- TUNC, A., « La méthode en droit civil : analyse des conceptions françaises », (1975) 27 *R.I.D.C.* 817.
- VAN DE KERCHOVE, M., « Jurisprudence et rationalité juridique », (1985) 30 *A.P.D.* 207.

- VANDER ELST, R., « Les lacunes en droit international privé », dans PERELMAN, C. (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 401.
- VANDEVELDE, K. J., « The New Property of the 19th Century », (1980) 29 *Buff. Law Rev.* 325.
- VILLEY, M., « Indicatif et impératif juridiques - Dialogues à trois voix : I. - De l'indicatif dans le droit », (1974) 19 *A.P.D.* 3.
- VOIRIN, P., « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », *J.C.P.*1959.I.1467.
- VOULET, J., « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *J.C.P.*1970.I.2305.
- WARNER, K., « Changing Fact-Formation in Legal Rule Structures : On the Nature of Common Law Development », [1995] *Am. J. of Jur.* 347.
- WARREN, « The Welter of Decisions », (1916) 10 *Ill. L. Rev.* 472.
- WEILER, P., « Legal Values and Judicial Decision-Making », (1970) 48 *R. du B. can.* 1.
- WEILER, P., « Two Models of Judicial Decision-Making », (1968) 46 *R. du B. can.* 406.
- WILSON, B., « Decision Making in the Supreme Court », (1986) 36 *U.T.L.J.* 227.
- WRIGHT, C. A., « The Law of Torts : 1923-1947 », (1948) 26 *R. du B. can.* 46.
- WRIGHT, Lord, « Precedents », (1942) 4 *U. of T. L. J.* 247.
- YOUNG, A. H., « Stare Decisis - Quebec Court of Appeal - Authority V. Persuasiveness » (1993) 72 *R. du B. can.* 91.
- ZENATI, F., « Clore enfin le débat [:] La jurisprudence aujourd'hui - libres propos sur une institution controversée », (1992) 91 *R.T.D.civ.* 359.
- ZENATI, F., « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.*1992.chr.247.

Table des jugements

I. Jurisprudence canadienne et anglaise

- 2747-3174 *Québec Inc. c. R.P.A.Q.*, [1996] 3 R.C.S. 919.
- 69971 *Manitoba Ltd. (c.o.b. Barrin Produce) v. National Bank of Canada*, (1995) 100 Man.R. (2^e) 214 (C.A.Man.).
- A.M. c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157.
- A.V.G. Management Science Ltd. v. Barwell Developments Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 43.
- Ace Holding Corp. v. Catholic School Commission of Montreal*, (1971) 23 D.L.R. (3d) 498 (Cour suprême).
- Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133.
- Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161.
- Allen v. Jackson*, (1875) 1 Ch. D. 399.
- Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418.
- Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.).
- Andrew v. Styrup*, (1872) 26 L.T.R. 704 (Ex. C.).
- Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608.
- Armstrong Cork Can. Ltd. v. Domco*, (1980) 118 D.L.R. (3d) 48 (C.A.F.).
- Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (C.P.).
- Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (C.P.).
- Attorney-General of Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] 2 D.L.R. 1 (C.P.).
- B. (R.) c. Children's Aid*, [1995] 1 R.C.S. 315.
- Bank of Montreal v. Butler*, (1990) 66 D.L.R. (4th) 664 (B.C.C.A.).
- Barnett c. Harrison*, [1976] 2 R.C.S. 531.
- Beamish v. Beamish*, (1861) 9 H.L.C. 274.
- Bedard v. Isaac*, [1972] 2 O.R. 391, 25 D.L.R. (3d) 551 (Ont. H.C.).
- Behrens v. Bertram Mills Circus Ltd.*, [1957] 2 Q.B. 1.
- Bell v. Cessna Aircraft Co.*, (1997) 149 D.L.R. (4th) 509 (C.A.C.-B.).

- Bhadauria v. Seneca College of Applied Arts and Technology*, (1979) 27 O.R. (2d) 142 (C.A.O.).
- Binus c. The Queen*, [1967] R.C.S. 594.
- Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467.
- Blair v. The Assets Company*, [1896] A.C. 409.
- Blakard v. Galdy*, (1694) 90 E.R. 1089 (K.B.).
- Board v. Board*, [1919] A.C. 956 (C.P.).
- Bourne v. Keane*, [1919] A.C. 815.
- Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint-John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210.
- Brenner v. Gregory*, [1973] 1 O.R. 252 (Ont. H. C.).
- Brewer v. McCauley*, [1954] R.C.S. 645.
- Bright v. Hutton*, (1852) 3 H.L.C. 341.
- British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500.
- Broome v. Cassell & Co*, [1971] 2 Q.B. 354.
- Broome v. Cassell & Co*, [1972] A.C. 1027 (H.L.).
- Bruce Lindsay Bros. Ltd. v. Charles Levens*, [1937] Ex.C.R. 81.
- Burrard Election Case*, (1901) 31 R.C.S. 459.
- Burroughsford v. Lynch*, (1996) 139 D.L.R. (4th) 350 (N.S.S.C.).
- C. (A Minor) v. D.P.P.*, [1996] 1 A.C. 14 (H.L.).
- C.-B. (P.G.) c. Canada (P.G.)*, [1994] 2 R.C.S. 41.
- C.U.Q. c. Corporation Notre-Dame de Bon-secours*, [1994] 3 R.C.S. 2.
- Caledonian Railway Co. v. Walker's Trustees*, (1882) 7 App. Cas. 259 (H.L.).
- Caledonian Ry Co. v. Walker's Trustees*, (1881-1882) 7 A.C. 259 (H.L.).
- Calvin's Case*, (1609) 77 E.R. 377.
- Campbell v. Hall*, (1774) 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045.
- Can. S.S. Linesa v. M.N.R.*, [1966] Ex. C.R. 972.
- Canada (C.D.P.) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626.
- Canada v. Neuman*, [1997] 1 C.F. 79 (C.A.F.).
- Canadian Broadcasting Corp. v. Ontario (Att.-Gen.)*, [1959] R.C.S. 188.
- Canadian General Electric Co. c. Pickford and Black*, [1971] R.C.S. 41.
- Canadian Pacific Railway Co. c. McDonald*, (1913) 49 S.C.R. 163.
- Canadian Pacific Ry. v. Anderson*, [1936] R.C.S. 200.

- Capital Cities Communication Inc. c. C.R.T.C.*, [1978] 2 R.C.S. 141.
- Centre Cardinal Inc. c. Union des Employés de Service, Local 298*, [1987] T.T. 367.
- City of London v. Holeproof Hosiery Co. of Canada Ltd.*, [1933] R.C.S. 349.
- Clarington (Municipality) v. Valliere*, (1996) 31 M.P.L.R. (2d) 69 (Ont. Crt. Prov. Div.).
- Clark c. Les chemins de fer nationaux du Canada et du Nouveau-Brunswick*, (1985) 62 N.B.R. (2d) 276 (C.A.N.B.).
- Coffin v. MacBeath*, (1990) 81 Nfld. & P.E.I.R. 333 (C.A. Nfld.).
- Crombie v. Canadian Government Merchant Marine*, (1921) 68 D.L.R. 314 (Ex. C.).
- Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.
- Daoust v. Ferland*, [1932] 2 D.L.R. 642.
- De Jong c. Gechter*, [1978] 2 R.C.S. 62 .
- Décision anonyme, (1722) 77 E.R. 398 (C.P.).
- Dekker v. Canada (Q.L.)*. [1993] T.C.J. No. 694 (T.Ct.C.) (Q.L.).
- Doe D. Anderson v. Todd*, (1845) 2 U.C.R. 82.
- Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.).
- Doré c. P. G. du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 756.
- Dr. Bonham's Case*, (1610) 8 Co. Rep. 113.
- Duckett Estate v. Ouden*, (1991) 7 C.P.C. (3d) 107.
- Dutton v. Howell, exécuteurs de Sir John Wythan*, (1963) 1 E.R. 17 (H.L.).
- Edelstein v. Schuler*, [1902] 2 K.B. 144.
- Edmonton (City) v. Protection Mutual Ins. Co.*, (1997) 197 A.R. 81 (Alb. Crt. Q. B.).
- Edward v. Edward*, (1987) 39 D.L.R. (4th) 654 (Sask. C.A.).
- Erie Railroad v. Tompkins*, (1938) 304 U.S. 64.
- Ex parte Willey*, 23 Ch. D. 127.
- Federal Business Development Bank v. Continental Insurance Co. et al.*, (1992) 116 A.R. 26 (Alb.Q. B.) .
- Fender v. Milmay*, [1937] 3 All. E. R. 402.
- Fenn v. City of Peterborough*, (1979) 104 D.L.R. (3d) 174 (C.A.O.).
- First American Bank & Trust v. Garay*, (1996) 36 C.P.C. (3^e) 319 (Ont.Ct.J.G.D.).
- Fisher v. Prince*, (1763) 3 Burr. 1363.
- Fisken and Gordon v. Meehan*, (1876) 40 U.C.Q.B. 146 (Ont. C.A.).
- Fleming v. Hanna*, (1994) 124 Nfld. & P.E.I.R. 30.
- Fontaine c. C.-B. (Official Administrator)*, [1998] 1 R.C.S. 424.

- Fraser River Pile & Dredge c. Can-Dive*, [1999] 3 R.C.S. 108.
- Gale v. Bureau*, (1911) 44 R.C.S. 305.
- General Brake and Clutch Services Ltd. v. W.A. Scott and Sons Ltd.*, (1975) 59 D.L.R. (3d) 741 (C.A.M.).
- Gibson v. South American Stores*, [1950] 1 Ch. 177 (C.A.).
- Goodrich v. Paisner*, [1957] A.C. 65.
- Goodwin v. Canada*, (1897) 5 Ex. C.R. 293.
- Goodyear Canada Inc. v. Meloche*, [1996] O.J. No. 1711 (Ont.Ct.J.G.D.) (Q.L.).
- Goodyear Tire & Rubbers Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1959] R.C.S. 610.
- Grabber Industrial Central Ltd. v. Stewart & Co.*, [2000] B.C.J. No. 604 (C.A.C.-B.) (Q.L.).
- Grand Trunk Railway Co. c. McKay*, (1903) 34 R.C.S. 81.
- Grant v. Scott*, (1920) 59 R.C.S. 227.
- Grant v. The Australian Knitting Mills*, [1936] A.C. 85 (C. P.).
- Great Northern R. Co. v. Sunburst Oil & Ref. Co.*, (1932) 287 U.S. 358.
- Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie*, [1980] 2 R.C.S. 228.
- Guaranty Trust c. R.*, [1948] R.C.S. 183.
- H. Harvey v. Dominion Textile Co.*, (1917) 59 R.C.S. 508.
- Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159.
- Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200.
- Harten v. Boutilier*, (1965) 52 D.L.R. (2d) 629 (N.S.S. C.).
- Harvey v. the Dominion Textile Co.*, (1920) 50 D.L.R. 746 (Cour suprême).
- Hebbert v. Purchas*, L. R. 3 P. C. 605.
- Hill c. Église de scientologie*, [1995] 2 R.C.S. 1130.
- Hodge c. R.*, (1883-84) 9 App. Cas. 117 .
- Holub v. Holub*, (1976) 71 D.L.R. (3d) 698 (C.A. Man.).
- Hunt c. T.&N.P.L.C.*, [1993] 4 R.C.S. 289.
- Hydro Electric Commission of Township of Nepean c. Ontario Hydro*, [1982] 1 R.C.S. 347.
- In re Storgoff*, [1945] R.C.S. 526.
- Janson v. Driefontein Consolidated Mines, Ltd.*, [1902] A.C. 484.
- Jones v. D.P.P.*, [1962] A.C. 635 (H.L.).
- Jones v. Secretary of State for Social Services*, [1972] A.C. 944.
- Kaup v. Imperial Oil*, [1962] R.C.S. 170.

- Keewatin Power Co. v. Kenora*, (1907) 16 O.L.R. 184 (C.A.O.).
- Keighty v. Durand*, [1901] A.C. 248 (H.L.).
- Kerr v. Kerr*, [1952] 4 D.L.R. 578 (C.A.Man.).
- Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487.
- Kleinworth Benson Ltd. v. Lincoln City Council*, [1998] 4 All. E.R. 513 (H.L.).
- Kribs c. The Queen*, [1960] R.C.S. 400.
- Kuhn v. Fairmount*, (1910) 215 U.S. 349.
- Kungl v. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443.
- L'Hebreux c. Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobiles*, [1982] C.S. 788.
- Lambert c. Lastoplex Chemicals*, [1972] R.C.S. 569.
- Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29.
- Lee v. Board of Examiners in Optometry*, (1998) 157 D.L.R. (4th) 725 (B.C. Sup. Crt.).
- Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437.
- London Tramways v. London County Council*, [1898] A.C. 375.
- Lupton v. F.A. & A.B. Ltd.*, [1972] A.C. 634 (H.L.).
- M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.
- Macdonell c. Purcell*, (1894) 23 R.C.S. 101.
- Madden v. Madden*, [1947] O.W.N. 746 (H.C.O.).
- Makowecki v. Yachimyc*, [1917] 1 W.W.R. 1279, 34 D.L.R. 130 (Alb. S.C.).
- Manitoba Bridge and Iron Works v. The Minnesota Power Company et al.*, (1917) 1 W.W.R. 731 (C.A. Man.).
- Manitoba Public Insurance Corp. v. Co-operators General Insurance Co.*, [1991] 5 W.W.R. 118 (M.Q.B.).
- Marshall v. Canadian Pacific Lumber Co. and Dominion Bank*, (1922) 69 D.L.R. 521 (C.A.C.-B.).
- Mason v. Johnson*, (1893) 20 A.R. 412 (C.A. Ont.).
- Masse v. Dietrich*, [1971] 3 O.R. 359 (Ont. Co. Ct.).
- McGrady, Askew & Fiorillo and Gina Maria, Fiorillo v. Austin F. Marshall*, [1995] N.W.T.J. No. 39 (C.S.T.N.-O.) (Q.L.).
- McGreevy v. The Queen*, (1890) 18 R.C.S. 371.
- McInnis v. University Student's Council of University of Western Ontario*, (1984) 48 O.R. (2d) 542 (Ont. H.C.).
- McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62.

- McMillan v. Wallace*, (1929) 64 O.L.R. 4, [1929] 3 D.L.R. 367 (Ont. S. C. App. Div.).
- Michaels v. Taylor Woodrow Developments Ltd.*, [2000] E.W.J. No 2153 (H. C. of Jus.) (Q.L.).
- Ministre des affaires indiennes c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518.
- Ministry of Defence v. Jeremiah*, [1980] 1 Q.B. 87.
- Mirehouse v. Rennell*, (1833) 1 Cl. & F. 527.
- Monaghan v. Horn*, (1881) 7 R.C.S. 409.
- Monk v. Worbey et al.*, [1935] 1 K. B. 75.
- Moore (Township) v. Guarantee Co.*, (1991) 2 O.R. (3d) 370.
- Morgan v. Crawshay*, L. R. 5 H. L. 320.
- Morgan v. Launchbury*, [1973] A.C. 127.
- Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616.
- Motherwell v. Motherwell*, (1977) 73 D.L.R. (3d) 62 (Alb.S.C.A.Div.).
- Muller Martini Canada Inc. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, (1991) 73 D.L.R. (4th) 315 (Ont.C.G.D.).
- Murphy v. Welsh*, (1991) 81 D.L.R. (4th) 475 (C.A.O.).
- Myers v. D. P. P.*, [1965] A.C. 1001.
- Nadan c. The King*, [1926] A.C. 482 (C.P.).
- National Trust Co. v. Miller, Schmidt v. Miller*, (1912) 3 D.L.R. 69 (Cour suprême).
- Neuman v. Canada (Minister of National Revenue - M.N.R.)*, (1992) 92 D.T.C. 1652. (T.C.C.).
- Newsholme Bros. v. Road Transport and Gen'l Ins. Co.*, [1929] 2 K.B. 356.
- Nicholson Ltd. v. Ministère National du Revenu*, [1945] Ex. C.R. 191.
- Norris v. Hamilton*, [1943] O.W.N. 566 (Ont.Co.Ct.).
- Northland Bank v. Flin Flon Mines Ltd.*, (1987) 38 D.L.R. (4th) 49 (Sask. Q.B.).
- Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925.
- Ottawa v. Nepean Township et al.*, (1943) 3 D.L.R. 802 (C.A.O.).
- Pacific Lumber Co. v. Imperial Timber & Trading Co.*, (1916) 31 D.L.R. 748 (C.A.C.-B.).
- Pacific Press v. British Columbia*, [1998] B.C.J. No. 39 (B.C.S.C.).
- Pacific Press v. British-Columbia (A.-G.)*, [2000] 5 W.W.R. 219 (B.C.S.C.).
- Paskivski c. Canadien Pacifique Ltée.*, [1976] 1 R.C.S. 687.
- Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409.

- Peda c. The Queen*, [1969] R.C.S. 905.
Perka c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 232.
Peters v. Perras, (1908) 41 R.C.S. 244.
Pilfold v. Skog Estate et al., (1990) 64 DLR (4th) 186 (C.A.C.-B.).
Practice Direction (Court of Appeal : Citation of Authority), [1995] 1 W.L.R. 1096.
Practice Statement (Court of appeal : Authorities), [1996] 1 W.L.R. 854.
Practice Statement (Judicial Precedent), [1966] 1 W.L.R. 1234.
Procureur général de la Province de Québec c. Cohen, [1979] 2 R.C.S. 305.
Protection de la jeunesse 188, [1986] R.J.Q. 501 (C.S.).
Prudential Exchange Co. v. Edwards, [1939] 1 D.L.R. 465 (C. suprême).
Pryslak v. Anderson, (1987) 57 O.R. (2^e) 793 (Sup.Ct.Ont.).
Purves v. Handell, (1845) 12 Cl. & F. 91.
Québec (Procureur général) c. Arseneau, [1997] R.J.Q. 1380 (C.S.).
Québec North Shore Paper c. C.P. Ltée, [1977] 2 R.C.S. 1054.
Queen c. Cognos Inc., [1993] 1 R.C.S. 87.
Quinn v. Leathem, [1901] A.C. 495 (H.L.).
R. c. Bain, [1992] 1 R.C.S. 91.
R. c. Bériault, (1993) 53 Q.A.C. 317.
R. c. Bernard, [1988] 2 R.C.S. 833.
R. c. Brydges, [1990] 1 R.C.S. 190.
R. c. Cuerrier, [1998] 2 R.C.S. 371.
R. c. Daviault, [1991] R.J.Q. 1794 (C.Q.).
R. c. Daviault, [1994] 3 R.C.S. 63 .
R. c. Drybones, [1970] R.C.S. 282.
R. c. Evans, [1996] 1 R.C.S. 8.
R. c. Feeney, [1997] 2 R.C.S. 117.
R. c. Georges, [1966] R.C.S. 267.
R. c. Hawkins, [1996] 3 R.C.S. 1043.
R. c. Hébert, [1990] 2 R.C.S. 151.
R. c. Jobidon, [1991] 2 R.C.S. 737.
R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531.
R. c. Landry, [1986] 1 R.C.S. 145.

- R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852.
R. c. Matheson, [1994] 3 R.C.S. 328.
R. c. Miller, [1983] C.S.P. 1094.
R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 411.
R. c. Riendeau, [1983] C.S.P. 1127.
R. c. S. (R.J.), [1995] 1 R.C.S. 451.
R. c. S. (W.D.), [1994] 3 R.C.S. 521.
R. c. Salituro, [1991] 3 R.C.S. 654.
R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577.
R. c. Silveira, [1995] 2 R.C.S. 297.
R. c. Starr, [2000] CSC 40.
R. c. Stillman, [1997] 1 R.C.S. 607.
R. c. Swain, [1991] 1 R.C.S. 933.
R. c. U. (F.J.), [1995] 3 R.C.S. 764.
R. c. Vaillancourt, [1981] 1 R.C.S. 69.
R. c. Zundel, [1992] 2 R.C.S. 731.
R. ex rel. McWilliam v. Morris, [1942] O.W.N. 447.
R. v. Akey, (1991) 1 O.R. (3^e) 702 (Ont.C.G.D.).
R. v. Barrow, (1985) 14 C.C.C. (3rd) 470 (C.A.N.S.).
R. v. Baxter, (1980) 16 C.R. (3^e) 397 (C.S.Q.).
R. v. Beaney, [1969] 2 O.R. 71 (Ont. Ct. Cr.).
R. v. Blundon, (1987) 63 Nfld & P.E.I. 253 (Nfld.S.C.).
R. v. Brighteyes, (1997) 199 A.R. 161 (Alta.Ct.Q.B.).
R. v. Chartrand, (1992) 81 Man. R. (2d) 81 (C.A.Man.).
R. v. Chayko, (1984) 12 C.C.C. (3^e) 157 (C.A.Alta.).
R. v. Clark, (1986) 70 N.B.R. (2d) 13 (Prov. C. N.B.) .
R. v. Cobham, (1993) 135 A.R. 249 (C.A. Alta.).
R. v. Cobham, (1993) 135 A.R. 249 (C.A. Alta.).
R. v. Corbett, [1988] 1 R.C.S. 670.
R. v. Courriere, (1955) 17 W.W.R. 317 (B.C. S. C.).
R. v. Curley, (1953) 16 C.R. 419, [1953] O.W.N. 603, 106 C.C.C. 125 (S.C.).
R. v. Currie, (1983) 4 C.C.C. (3^e) 217 (C.A.N.S.).

- R. v. Cyr*, (1917)12 *Alta.L.R.* 320 (Alta. S.C. App. Div.).
- R. v. D.(F.)*, (1990) 3 O.R. (3d) 733 (Ont.Ct.G.D.).
- R. v. Daniels*, (1994) 146 A.R. 383 (Alb. P. Cr.).
- R. v. Dunn*, (1977) 21 N.S.R. (2d) 334 (C.A.N.É.).
- R. v. G.B.*, (1988) 65 Sask.R. 134 (C.A.Sask.).
- R. v. Gladstone*, [1985] W.W.R. 504 (C.A.B.C.).
- R. v. Glenfield*, [1935] 1 D.L.R. 37 (C.A. Alb.).
- R. v. Godoy*, [1999] 1 R.C.S. 311.
- R. v. Grey*, [1993] O.J. No. 251 (Ont.Ct.P.D.).
- R. v. Guertin*, [1971] 2 O.R. 505 (Ont. Dist. Cr.).
- R. v. Hahn*, [1990] O.J. No. 2506 (Ont.Ct. of J.P.D.) (Q.L.).
- R. v. Jobidon*, (1988) 45 C.C.C. (3d) 176 (C.A.O.).
- R. v. Kennedy*, [1980] 4 W.W.R. 577 (Alb. Q. B.).
- R. v. Mackle*, (1991) 35 M.V.R. (2^e) 238 (Ont.H.C.).
- R. v. Martell*, (1992) 117 A.R. 47 (Alta.Prov.Ct.).
- R. v. Maxemiuk*, (1994) 122 Sask. R. 223 (Sask. Q.B.).
- R. v. McGibbon*, (1981) 34 O.R. (2^e) 185 (Ont.H.C.).
- R. v. Miller*, (1982) 39 O.R. (2^e) 41 (C.A.Ont.).
- R. v. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013.
- R. v. Northern Electric Co. Ltd. et al.*, [1955] 3 D.L.R. 449 (Ont. H.C.).
- R. v. Perras*, (1986) 22 D.L.R. (4th) 100 (C.A. Alb.).
- R. v. Phillips*, (1996) 26 O.R. (3^e) 522 (Ont.Ct.G.D.).
- R. v. Pizzurro*, (1986) 24 C.R.R. 292 (Ont. Dist. Cr.).
- R. v. Poole*, [1968] R.C.S. 381.
- R. v. Poretta*, (1995) 15 M.V.R. (3d) 289 (Ont. Cr. Gen. Div.).
- R. v. Puskas*, [1998] 1 R.C.S. 1207.
- R. v. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683.
- R. v. Ross*, (1986) 26 C.C.C. (3^e) 264 (Ont.D.Ct.).
- R. v. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.
- R. v. Sam Jon*, (1914) 24 C.C.C. 334 (C.A. Ont.).
- R. v. Walker*, [1955] O.W.N. 889 (O.C.A.).
- R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, (1990) 63 D.L.R. (4th) 325 (C.A.O.).

- R. v. Wilson*, (1995) 177 A.R. 71 (Alta.Ct.Q.B.).
- R. v. Wilson*, [1995] A.J. No. 1002 (Alta.Ct.Q.B.) (Q.L.).
- R. v. Wolverine*, [1987] 3 W.W.R. 475 (Sask. Q.B.).
- R.M. c. C.L.-S.*, (1990) R.D.J. 405 (C.A.).
- R.S. v. A.L.*, (1995) 158 A.R. 227 (Alta.Ct.Q.B.).
- Ratyck v. Bloomer*, (1987) 60 O.R. (2^e) 181 (Ont.H.C.).
- Re : Haldiman-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association*, (1981) 120 D.L.R. (3d) 101 (C.A.O.).
- Re Cox*, [1950] 2 D.L.R. 449 (Ont.H.C.).
- Re Edwards and Edwards*, (1987) 39 D.L.R. (4th) 654 (C.A. Sask.).
- Re Hallet's Estate*, (1880) 13 Ch. D. 696.
- Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, (1954) 4 D.L.R. 590 (C.S. C.-B.).
- Re Hardimand-Norfolk Health Unit and Ont. Nurses Ass'n*, (1981) 31 O.R. (2d) 730 (C.A.Ont.).
- Re International Petroleum Co. Ltd.*, (1962) 33 D.L.R. (2d) 658 (C.A.O.).
- Re Lotzkar*, (1963) 40 D.L.R. (2d) 843 (B.C.S.C.).
- Re Robinson, Little & Co. Ltd.*, (1987) 44 D.L.R. (4th) 10 (Sask. Cr. Q.B.).
- Re Ward*, (1976) 59 D.L.R. (3d) 361 (Ont. H. C. D. C.).
- Re Western Canada Fire Insurance Co.*, (1915) 22 D.L.R. 19 (Alb. S.C.).
- Reekie v. Messervey*, (1989) 59 D.L.R. (4th) 481 (C.A.C.-B.).
- Reference Re : Canadian Pacific Railway Co. Act (Canada)*, (1905) 36 R.C.S. 42.
- Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 R.C.S. 1198.
- Regina v. Langevin and LaPensée*, (1963) 36 D.L.R. (2d) 223 (C.A.O.).
- Renvoi : juges de la Cour fédérale*, [1998] 1 R.C.S. 3.
- Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.
- Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.
- Rex v. Gartshore*, (1919) 49 D.L.R. 276 (B.C. S. C.).
- Richards v. Richards*, [1982] B.C.J. No. 1395 (Q.L.) (B.C.S.C.).
- Rintoul (Litigation Guardian of) v. St-Joseph's Health Care*, (1998) 166 D.L.R. (4th) 158 (Ont.Crt.Gen.div.).
- Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.
- Robert v. Marquis*, [1958] R.C.S. 20.
- Roberts Petroleum Ltd. v. Bernard Kenny Ltd. (in liquidation)*, [1983] 1 All.E.R 564 (H.L.).

- Robins v. National Trust Company Ltd.*, [1927] A.C. 515 (C.P.).
- Rodowith v. Parsons*, (1914) 19 D.L.R. 8 (Alb. Sp. Crt.).
- Rosenberg v. Canada (Attorney General)*, (1995) 25 O.R. (3d) 612 (Ont.Ct.G.D.).
- Rosetanni c. La Reine*, [1963] R.C.S. 651.
- Ross v. The Queen*, (1895) 25 S.C.R. 564.
- Rutherford v. Richardson*, [1923] A.C. 1 (H. L.).
- Salaberry-de-Valleyfield (Ville) c. Leduc*, [1996] A.Q. N° 4485 (C.S.Q.) (Q.L.).
- Scarff v. Wilson*, (1988) 33 B.C.L.R. (2d) 290 (C.A.C.-B.).
- Schuster v. Laroque*, [1994] A.J. No. 580 (Alta.Ct.Q.B.) (Q.L.).
- Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254.
- Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 52.
- Semayne*, (1604) 5 Co. Rep. 91, 77 E.R. 194.
- Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415.
- SGDMR c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.
- Shawinigan Hydro-Electric Co. c. Shawinigan Water and Power*, (1910) 43 R.C.S. 650.
- Southern Pac. Ry. v. Jensen*, (1916) 244 U.S. 205.
- Sparks Estate v. Wenham*, (1994) 116 D.L.R. (4th) 308 (C.A.M.).
- Stanley v. International Harvester*, (1983) *Times* feb. 7 (C.A.).
- Stephens c. McArthur*, (1891) 19 R.C.S. 446.
- Stewart v. Stewart*, (1997) 145 D.L.R. (4th) 228 (C.A.C.-B.).
- Stock v. Frank Jones (Tipton) Ltd.*, (1978) 1 C.R. 347 (H.L.).
- Stuart c. Bank of Montreal*, (1909) 41 S.C.R. 516.
- Subsurface Surveys Ltd. v. John Burrows Ltd.*, (1967) 62 D.L.R. (2d) 700 (N.B.Sup.Crt. App.Div.).
- Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437.
- Tancreld, Arrol & Co. v. Steel Co. of Scotland*, 15 App. Cas. 125 (H.L.).
- Taur Managemant Co. Ltd. v. Nir et al.*, (1983) 35 C.P.C. 179 (Ont.S.C.).
- The Attorney-General v. Mayor of Bristol*, (1820) 2 Jac. & W. 294.
- The Mostyn*, [1928] A.C. 57.
- The Queen c. Grenier*, (1899) 30 R.C.S. 42.
- The Queen v. Supertest Petroleum Corporation Ltd.*, [1954] Ex. C.R. 105.
- The Vera Cruz (No 2)*, (1884) 9 P.D. 96.

Tolofsen c. Jensen, [1994] 3 R.C.S. 1022.
Toman v. The King, [1934] Ex. C.R. 161.
Tooth v. Power, [1891] A.C. 284.
Trimble v. Hill, (1879) 5 A. C. 342 (C.P.).
Tweddle v. Atkinson, (1861) 1 B.S. 393.
Vancouver (City) v. McPhelan, (1910) 15 B.C.R. 367 (C.A.C.-B.).
Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. M.R.N., [1999] 1 R.C.S. 10.
Veinot v. Veinot, (1978) 81 D.L.R. (3d) 549 (N.S.S.C. A.D.).
Vetrovec c. La Reine, [1982] 1 R.C.S. 811.
Waldick c. Malcom, [1991] 2 R.C.S. 456.
Watkins c. Olafson, [1989] 2 R.C.S. 750.
West Ham Union v. Edmonton Union, [1908] A. C. 1.
Willis v. Baddeley, [1892] 2 Q.B. 324 (C.A.).
Williston Wildcatters Oil Corp. (Bankrupt), Re., (1997) 152 Sask.R. 179 (C.A. Sask.).
Wintle v. Diplock, [1941] Ch. 253.
Wolf c. La Reine, [1975] 2 R.C.S. 107.
Wolozczuk v. Onyszczak, (1976) 14 O.R. (2d) 732 (H.C.).
Woods Manufacturing Co. v. The King, [1951] S.C.R. 504.
Yarmouth c. France, (1887) 19 Q.B.D. 647.

II. Jurisprudence française

Ass. plé., 29 mars 1991, *Association des centres éducatifs du Limousin c. Blicck*, D.1991.juris.324, note LARROUMET, C.
Ass. plé., 2 avril 1993, J.C.P.1993.II.22051, conc. JEOL.
Ass. plé., 2 avril 1993, *URSSAF de Valenciennes c/ SA Jeumont Schneider*, D.1993.juris.373.
C. A Amiens (3^e ch. civ.), 27 novembre 1986, *Banque Nationale de Paris c. société Stratimme Cappello*, *Gaz. du Pal.*1987.1, juris. p. 195.
C. A. Colmar, 2 mai 1855, D.1856.2.9.
C. A. Colmar (Ch. sociale), 13 jan. 1983, *Bernard Lutz c. S.A.R.L. Holz Her France*, *Gaz. du Pal.*1983.1.629.
C. A. Montpellier (3^e ch. corr.), 27 mars 1991, *Serre Pierre c. Société La Quincanella et als.*, *Gaz. du Pal.*1991.1, juris. p. 447.

- C. A. Paris (1^{re} ch.), 18 fév. 1985, A. jud. du Trésor public *c.* Belkacem, *Gaz. du Pal.*1985.1, somm. p. 267.
- C. A. Metz (Ch. civ.), 2 mai 1989, Aéro-Club de Sarrebourg *c.* consorts Gamber, *Gaz. du Pal.*1990.1, juris. p. 641.
- C. Const., 16 juillet 1971, *D.*1972.II.685.
- C. Const., 20 juillet 1988, déc. n° 88-244 D.C.
- C. É., 26 juin 1959, Synd. des ingénieurs-Conseils, (1959) *R.D.P.* 1004, concl. FOURNIER.
- C. É., 24 fév. 1999, Sté Transurba, *J.C.P.G.II.*10232.
- Cass. 1^{ère} ch. civ., 16 juillet 1968, *D.*1968, *J.C.P.*1968.II.15694.
- Cass. 1^{ère} ch. civ., 21 fév. 1978, Christian de Méneval et autres *c.* Claude de Méneval et autres, *D.*1978.1.505, note LINDON, R.
- Cass. 1^{ère} ch. civ., *Bull. civ.*1984.1^{re} partie.n° 34.
- Cass. 1^{ère} ch. civ., 6 fév. 1985, (1985) 74 *Rev. crit. de dr.int. pri.* 369.
- Cass. 1^{ère} ch. civ., 8 avril 1986, *J.C.P.*1987.20721, note VIALA, G. et VIANDIER, A.
- Cass. 1^{ère} ch. civ., 15 mars 1988, *D.*1988.549, note MASSIP, J.
- Cass. 1^{re} ch. civ., 31 jan. 1989, *Bull. civ.* I, n° 50.
- Cass. 1^{ère} ch. civ., 27 jan. 1993, Compagnie Groupe populaire d'assurance *c.* Caisse primaire s'assurance-maladie d'Indre-et-Loire et autres, *Bull. civ.* I. n° 42.
- Cass. 1^{ère} ch. civ., 6 mai 1997, *D.*1998.357, note RAVANAS, J.
- Cass. 1^{ère} ch. civ., 12 nov. 1998, Orléans *c.* Orléans, *D.*1999. jur. 640, comm. ROBICHEZ, J.
- Cass. 1^{ère} ch. civ., 21 mars 2000, *D.*2000.juris.593, note ATIAS, C., (2000) *R.T.D.civ.* 666, note MOLFESSIS, N.
- Cass. 2^e ch. civ., 11 janvier 1968, *Bull. civ.*II, p. 10.
- Cass. 2^e ch. civ., 13 nov. 1986, *Bull. civ.*, n° 172.
- Cass. 2^e ch. civ., 6 avril 1987, *J.C.P.*1987.II.20828, note CHABAS, F., *D.*1988, p. 32, note MOULY, C.
- Cass. 2^e ch. civ. 22 mai 1995, UAP *c.* Rendeygues
- Cass. 2^e ch. civ. 22 mai 1995, USPEG *c.* Fédération française de rugby, note MOULY, J., *J.C.P.*1995.II.22550.
- Cass. 2^e ch. civ., 28 juin 1995, Cts Ficarelli *c.* Sté Laiterie Harrand.
- Cass. 2^e ch. civ., 25 juin 1998, Texier *c.* S.N.C.F., *J.C.P.*II.10191, note FROMION-HEBRARD, B.
- Cass. 2^e civ, 3 fév. 2000, Assoc. sportive « Amicale sportive et culturelle d'Aureilhan » *c.* Dubarry, *J.C.P.*2000.II.10316, note MOULY, J.
- Cass. 3^e ch. civ., 29 avril 1971, Dame Masselin *c.* Decaens, *Gaz. du Pal.*1971.2.554.

- Cass. 3^e ch. civ., 11 mai 2000, Porcheron *c.* Syndicat coprop., *D.*2000.I.R.165.
- Cass. C. M., 20 déc. 1968, *D.*1969.37, concl. SCHMELCK.
- Cass. ch. civ., 25 mai 1814, *S.*14.I.182.
- Cass. ch. civ., 11 nov. 1872, *S.*1872.1.428.
- Cass. ch. civ., 26 août 1874, Charrier *c.* Naudin, *D.*1875.1.124.
- Cass. ch. civ., 28 févr. 1939.
- Cass. ch. civ., 20 mai 1968.
- Cass. ch. civ., 1^{re}, 20 mai 1969, *D.*1969.429, concl. LINDON, R., note COLOMBET, (1969) *R.T.D.C.* 544, obs. NERSON.
- Cass. ch. com., 19 mars 1974, *J.C.P.*1975.II.17941.
- Cass. ch. com., 31 janvier 1995, *J.C.P.* 1995.II.22385, note PERDRIAU.
- Cass. ch. com., 8 oct. 1996, Banque française de crédit coopératif *c.* Mme Deshoulières, *D.*1997.1.504, note FAUCHON, A
- Cass. ch. crim., 16 déc. 1997, *J.C.P.*1998.II.10074, note MAYER, D.
- Cass. ch. crim., 30 juin 1999, Pourvoi n° 98-976.
- Cass. ch. crim., 1^{er} décembre 1999, Pourvoi n° 98-87.676.
- Cass. ch. crim., 5 janvier 2000, Pourvoi n° 99-82.030.
- Cass. ch. crim., 11 janvier 2000, Pourvoi n° 99-81.143.
- Cass. ch. crim., 12 janvier 2000, Pourvoi n° 99-80.307.
- Cass. ch. req., 1^{er} fév. 1882, Heitz, Darcot et autres *c.* Glorget et autres, *S.*1882.1.210.
- Cass. ch. req., 30 avril 1888, *D.P.* 1888.1.291.
- Cass. ch. req., 11 juillet 1889, Crédit foncier *c.* Arrazat, *S.* 90.1.97, note LABBÉ.
- Cass. ch. req., 15 juin 1892, Julien Patureau *c.* Boudier, *D.P.* 92.1.596, *S.* 93.1.281, note LABBÉ.
- Cass. ch. req., 3 août 1915, Coquerel *c.* Clément-Bayard, *D.P.*1917.1.79.
- Cass. ch. req., 23 mars 1927, Crédit Lyonnais *c.* Ardisson et autres, *D. P.*1927.I.73, note SAVATIER, R.
- Cass. ch. req., 14 mars 1939, Le Mesnager du But *c.* veuve Le Mesnager du But, *D.* 1940.1.09, note SAVATIER, R.
- Cass. ch. req., 11 septembre 1940, *S.* 1941.I.121.
- Cass. ch. réun., 13 fév. 1930, Veuve Jand'heur *c.* Les Galeries belfortaises, *D.P.*1930.1.57
- Cour de Dijon (1^{re} Ch.), 7 juin 1988, Gilles Ostenc *c.* Paul Magnac, *Gaz. du Pal.*1988.1, somm. p. 44.
- Cour royale de Pau, 19 mars 1834, *Jour. du Pal.*26.314.

T. civ. de Sedan, 17 décembre 1901, *S.*1904.2.217, note APPERT.

T. Conflits, 8 février 1873, *D.*1873.3.17. concl. DAVID.

T. de Péronne, 2 déc. 1836, *Jur. Gén.*, 1857, t. XXXVIII, V^o Propriété, n^o 56.

Trib. de G. Inst., 16 déc. 1983, Claude Duval *c.* Bernard Plombin, *Gaz. du Pal.* 1984.1, juris. p. 148.

Table des matières

INTRODUCTION	1
§ 1 - Les hypothèses de recherche.....	7
§ 2 - La matière traitée.....	11
§ 3 - Le plan.....	14
PREMIÈRE PARTIE : APPARITION DE LA RÈGLE JURISPRUDENTIELLE ET DE LA <i>COMMON LAW RULE</i>	16
TITRE I – REPRÉSENTATION DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA <i>COMMON LAW</i>	17
<i>Chapitre 1 – Représentation de la jurisprudence en droit français</i>	19
Section 1 - De la jurisprudence des arrêts à la règle jurisprudentielle.....	21
§ 1 - La jurisprudence et ses méthodes.....	24
A. La jurisprudence en question.....	24
B. La question de la jurisprudence.....	28
1. Quelle utilisation de la jurisprudence ?.....	29
2. Quelle portée peuvent avoir les arrêts ?.....	36
§ 2 - Les méthodes de la jurisprudence.....	40
A. La liberté de l'interprète.....	41
1. Source du pouvoir d'interpréter.....	42
2. La méthode d'interprétation des sources.....	46
B. Le contrôle de l'interprétation.....	51
Section 2 - De la règle jurisprudentielle au pouvoir normatif des juges.....	61
§ 1 - Le rôle de la jurisprudence : essai sur une controverse.....	64
A. Les maîtres : Gény et Lambert.....	66
1. La thèse de François Gény.....	67
2. L'antithèse d'Édouard Lambert.....	70
3. Synthèse.....	73
B. Les disciples.....	77
1. Les disciples de Gény.....	78
2. Les disciples de Lambert.....	81
a - Le raisonnement.....	82
b - Les difficultés soulevées par la théorie.....	87
§ 2 - Le rôle de la Cour de cassation.....	90
A. L'autorité de la Cour de cassation.....	91
B. Le pouvoir de la Cour de cassation.....	94
1. Le contrôle externe de l'unité de jurisprudence par la Cour de cassation.....	94
2. Le contrôle de l'unité interne de la jurisprudence de la Cour de cassation.....	98

<i>Chapitre II – Représentation de la common law en droit canadien</i>	102
Section 1 - La théorie déclaratoire de la common law en droit canadien	110
§ 1 - Expression de la théorie déclaratoire	111
A. Contenu de la théorie déclaratoire.....	112
B. Méthode de la théorie déclaratoire	116
§ 2 - Réception de la théorie déclaratoire en droit canadien.....	123
A. Réception normative de la théorie déclaratoire en droit canadien.....	125
B. Réception intellectuelle de la théorie déclaratoire	131
Section 2 - La théorie institutionnelle de la common law en droit canadien	134
§ 1 - Émergence du principe du <i>stare decisis</i> en droit canadien	137
A. Dimension hiérarchique du <i>stare decisis</i>	138
B. Dimension temporelle du <i>stare decisis</i>	141
§ 2 - Émergence d'une conception institutionnelle de la <i>common law</i>	147
A. Émancipation du droit jurisprudentiel canadien.....	148
1. L'indépendance institutionnelle des tribunaux canadiens	149
2. L'indépendance intellectuelle des tribunaux canadiens	151
B. Expression de la conception institutionnelle de la common law	160
1. La réforme de la <i>common law</i>	162
2. La forme de la <i>common law</i>	168
TITRE II – PRÉSENTATION DE LA RÈGLE JURISPRUDENTIELLE ET DE LA <i>COMMON LAW RULE</i>	177
<i>Chapitre I – Appréhension de la règle jurisprudentielle et de la common law rule par les légistes</i>	180
Section 1 - En droit français	180
Section 2 - En droit canadien.....	185
<i>Chapitre II – Compréhension de la règle jurisprudentielle et de la common law rule par les juristes</i>	190
Section 1 - En droit français	191
§ 1 - Les règles jurisprudentielles créées <i>ab initio</i>	192
A. Les règles <i>intra legem</i>	193
B. Les règles <i>supra legem</i>	197
§ 2 - Les règles jurisprudentielles dérivées	201
A. Les méthodes de création par l'application de la loi	203
B. Les résultats de la méthode de création de règles par application de la loi	208
1. Les règles jurisprudentielles qui définissent les termes de la loi.....	208
2. Les règles jurisprudentielles qui ont pour effet de modifier le sens de la loi	214
Section 2 - En droit canadien	216
§ 1 - Les différentes formations des <i>common law rules</i>	217
§ 2 - Les différentes expressions des <i>common law rules</i>	222
A. Les « rules » et les « principes ».....	223
B. Les adages et les « doctrines ».....	232

SECONDE PARTIE : APPLICATION DE LA RÈGLE JURISPRUDENTIELLE ET DE LA <i>COMMON LAW RULE</i>	235
TITRE I – IDENTIFICATION DE LA RÈGLE JURISPRUDENTIELLE ET DE LA <i>COMMON LAW RULE</i>	239
<i>Chapitre I – Émission de la règle jurisprudentielle et de la common law rule</i>	245
Section 1 - Émission de la règle jurisprudentielle	247
§ 1 - La sélection des arrêts	248
A. L'élection de la Cour de cassation.....	249
B. La hiérarchisation des arrêts de la Cour de cassation.....	253
§ 2 - La sélection de l'énoncé normatif.....	260
A. Les formules explicites sur l'état du droit	261
B. Les opinions implicites sur l'état du droit	266
Section 2 - Émission de la common law rule.....	272
§ 1 - La sélection des arrêts	274
§ 2 - La sélection de l'énoncé normatif.....	281
A. La théorie traditionnelle de la <i>ratio decidendi</i>	283
B. L'autorité nouvelle des <i>obiter dicta</i>	289
1. L'origine incertaine du caractère obligatoire des <i>obiter dicta</i>	290
a - L'arrêt <i>Sellars</i> tel qu'il a été rédigé	291
b - L'arrêt <i>Sellars</i> tel qu'il a été interprété.....	294
2. Les effets probables de l'adoption du principe <i>Sellars</i>	300
a - Les effets directs du principe <i>Sellars</i>	301
b - Les effets indirects du principe <i>Sellars</i>	304
<i>Chapitre II – Réception de la règle jurisprudentielle et de la common law rule</i>	310
Section 1 - Réception de la règle jurisprudentielle	311
§ 1 - La publication des arrêts	311
§ 2 - La classification des arrêts.....	320
A. Les arrêts regroupés : la jurisprudence	321
1. Contenu de la jurisprudence	323
2. La formation de la jurisprudence	326
B. Les arrêts isolés.....	330
1. L'arrêt de principe.....	331
2. L'arrêt de revirement.....	335
Section 2 - Réception de la common law rule.....	340
§ 1 - La publication des arrêts	340
§ 2 - Le traitement des arrêts.....	349
A. Le processus d'agglomération des arrêts	351
B. Le processus de distinction des arrêts.....	356
TITRE II – INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE JURISPRUDENTIELLE ET DE LA <i>COMMON LAW RULE</i>	369

<i>Chapitre I – Interprétation selon le texte de l’arrêt</i>	374
Section 1 - La relative autonomie de la règle jurisprudentielle	376
§ 1 - Les raisons du recours à la formule	377
§ 2 - Les critiques du recours à la formule	380
Section 2 - La relative dépendance de la common law rule	388
§ 1 - Le rôle incertain du texte dans la détermination de la règle de <i>common law</i>	389
§ 2 - Le caractère contextuel de la règle de <i>common law</i>	394
<i>Chapitre II – Interprétation selon le contexte juridique</i>	401
Section 1 - En droit français	402
§ 1 - La règle jurisprudentielle à l’intérieur de la « pyramide »	402
A. Le statut hiérarchique de la règle jurisprudentielle	403
B. Les limites matérielles de la règle jurisprudentielle	409
§ 2 - Le temps de la règle jurisprudentielle	412
A. Reconnaissance de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle	412
1. Effet particulier de la règle jurisprudentielle	413
2. Effet général de la règle jurisprudentielle	414
B. Contestation de la rétroactivité de la règle jurisprudentielle	417
Section 2 - En droit canadien	420
§ 1 - La <i>common law rule</i> à l’intérieur de la « pyramide »	420
A. Le statut hiérarchique de la <i>common law rule</i>	421
B. Les limites matérielles de la <i>common law rule</i>	426
§ 2 - Le temps de la <i>common law rule</i>	431
A. Reconnaissance de la rétroactivité de la <i>common law rule</i>	432
B. Atténuation de la rétroactivité de la <i>common law rule</i>	434
CONCLUSION	443
BIBLIOGRAPHIE	446
I. Ouvrages collectifs	446
II. Monographies	448
III. Thèses	455
IV. Articles de revue	457
TABLE DES JUGEMENTS	474
I. Jurisprudence canadienne et anglaise	474
II. Jurisprudence française	485
TABLE DES MATIÈRES	489