

LA JURISPRUDENCE SOURCE DU DROIT?

Gabriel GARCÍA-CANTERO

I. Introduction

Je ne pense pas d'en faire maintenant le *franc-tireur* si moi, un civiliste espagnol en retraite, j'interviens devant une majorité de distingués publicistes européens et d'ailleurs, réunis dans cette charmante ville roumaine, pour discuter sagement sur les graves problèmes que soulève la rédaction des Constitutions au XXI^e siècle. Quant à moi je crois que la classique division d'Ulpian entre le *jus publicum* et le *jus privatum* a perdu sa raison d'être, au plus tard, à la suite de la II^e Guerre Mondiale, et de ce fait les Constitutions promulguées après, règlent pas mal des questions, en principe de nature privée (telles sont, par ex. la situation juridique des enfants nés hors mariage, la famille en général, ou le principe de la protection préférentielle du bien-être des enfants); et surtout ces textes établissent, quand même, le régime des sources de droit. Et s'il s'agit des pays européens continentaux, il y aura un choix préalable à faire, à savoir soit se pencher sur le système de la *civil law*, ou par contre préférer celui de la *common law*.

II. En restant à l'intérieur du système du *Civil law* il faudra, tout d'abord, établir clairement la hiérarchie entre la coutume et la loi

Les axiomes de l'École Historique allemande sur le *Volkgeist*, c.à.d. l'idée de l'*esprit du peuple* qui devrait inspirer toute espèce de règle juridique, pourraient peut-être conduire à donner la primauté à la coutume comme première source de droit. Mais les faits produits tout au long du siècle passé, ont contredit absolument ce point de vue, et dans tous les pays européens une *législation motorisée* a presque effacé, ou au moins elle a fait inutile en pratique, le recours à la coutume en tant que source de droit.

Quand même c'est presque habituel dans les pays continentaux l'admission d'une règle de droit non écrite, émanant de la société et qui se forme par la répétition des actes identiques avec l'intention de créer le droit; cette règle coutumière doit en être prouvée, cas par cas, devant les tribunaux, et s'applique dans quelques secteurs du Droit civil (et notamment dans les contrats agricoles et, en particulier, le bail à ferme, les rapports de voisinage, les contrats bancaires, etc.). En général on n'admet pas la *consuetudo contra legem*, mais plutôt on accepte la *consuetudo secundum vel praeter legem*. L'importance pratique de cette source reste pourtant, de plus en plus, réduite.

III. Comment conclure l'énumération légale des sources de droit?

Sur ce point il n'y a pas de solutions homogènes parmi les codes civils continentaux. Parfois les textes légaux en vigueur se taisent sur ce point, et la jurisprudence doit utiliser l'analogie; ou bien on invoque *les principes généraux du droit* que la doctrine interprète d'habitude comme les derniers principes qu'inspirent le système légal correspondant (voyez l'art. 12, al. 2 C.c. ital 1942: *se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*); très original et bien connu (mais pas souvent imité) est l'art. 1, al. 2 et 3 du C.c. suisse, selon lequel *à défaut d'une coutume [le juge prononce] selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*. On ajoute qu'il *s'inspire des solutions*

consacrées par la doctrine et la jurisprudence. Permettez-moi d'ajouter la solution du Code civil de mon pays lequel apporte une interprétation plus large que celui italien. En effet, l'art. 1.1 C.c. espagnol établi que *las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*; règle qui se développe à l'art. 1,4: *Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.* Ici on énonce les deux fonctions des principes généraux en droit espagnol; tout d'abord c'est une source de droit du dernier grade, qui doit s'appliquer en absence de la loi et de la coutume; mais à son côté la règle énonce la fonction d'informer, c.à.d. d'inspirer tout le système juridique espagnol.

Quant à sa définition, dans la doctrine civiliste espagnole on accepte encore l'interprétation soutenue par le grand maître du XXe siècle, le prof. Federico DE CASTRO, qui considère appartenant aux principes généraux du droit au moins trois catégories de règles: 1) de nature historique, 2) de nature politique, et 3) du Droit Naturel au sens scolastique. En tout cas, et pour y donner une réponse complète, il faudra tenir compte des traditions juridiques de chaque pays, de son histoire et aussi des convictions juridiques et éthiques généralement acceptées dans la société, ainsi que les principes de Droit communautaire ou international qui dérivent des Traités signés par les états¹. Sans oublier pourtant, qu'en ce moment de l'histoire il faudra se prononcer préalablement et clairement sur l'appartenance du pays en question à l'un ou à l'autre des systèmes juridiques présents dans le monde occidental (*civil law-common law*).

IV. Quelles précautions faudra-t-il adopter au moment de rédiger le titre sur le Pouvoir Judiciaire dans les Constitutions à venir?

Le point de départ a été la très connue théorie de Montesquieu sur la division des pouvoirs à l'intérieur de l'État. Mais dans certains pays viennent de se produire quelques déviations de celle-ci, et notamment dans les anciens pays socialistes, inspirées d'une idée exagérée de l'obéissance au pouvoir étatique qui s'est répandue aussi parmi les organes judiciaires; les tribunaux inférieurs ont suivi d'habitude les critères interprétatifs de la Cour de Cassation, et parfois celle-ci a édictée des règles impératives pour ceux-là. Il est à craindre que ces habitudes ne soient pas disparues complètement dans ces pays après la chute du système politique totalitaire. Mais on trouve aussi de semblables mauvais exemples dans d'autres pays. C'est le cas de la Colombie qui traditionnellement appartenait au système du *civil law*, mais qui tout récemment, et par décision de la Cour Constitutionnelle, à été déclarée incluse dans le système de la *common law*; à mon avis cette importante décision ne pourrait pas dépendre du changement de la personne d'un président de la Cour Constitutionnelle, et moins encore de son humeur personnel dans un cas concret ou d'un conflit circonstanciel entre la Cour de Cassation et celle-ci. Par contre, je pense qu'y sont mêlées de graves questions juridiques pour l'avenir de l'État.

Il faut prendre le départ de l'idée fondamentale aux pays du *Civil Law* que le pouvoir judiciaire est soumis seulement à la loi et, en même temps, qu'il est indépendant de tout autre pouvoir étatique; c.a.d. que les tribunaux n'obéissent pas aux ordres ou aux directives de l'Administration publique, comme il se passait sous les régimes communistes. Et aussi que les juges et tribunaux sont soumis seulement aux lois édictées par les organes compétents d'accord à la Constitution en vigueur. Et de ces règles en découle clairement le principe de l'indépendance du Pouvoir judiciaire à l'égard des autres, peut-être – il faut le remarquer – la qualité la plus appréciée par la société actuelle, et le pilier le plus basique de l'État de Droit.

¹ C'est par cette voie que beaucoup de pays appartenant à l'Union Européenne ont introduit les sources du Droit communautaire, en partant de la primauté de celui-ci sur le droit national.

V. Quelle valeur on va attribuer à la jurisprudence des tribunaux, et notamment à celle de la Cour de Cassation?

À ma connaissance, ce mot – celui de la *cassation* – n'existe pas dans le langage juridique de la *common law*. Il faut rappeler que ce tribunal justement a été créé à nouveau en France pour faire respecter la loi par les tribunaux lesquels avaient hérité pas mal des corruptions et des abus de l'Ancien Régime. Mais à côté de la surveillance des juges on lui assigna tout de suite le rôle d'unifier l'interprétation du droit. Selon l'École de l'Exégèse *le juge c'est la bouche qui prononce les mots de la loi*, et le rôle de la Cour de Cassation serait-il donc d'éliminer et d'effacer tous les excès, c.à.d. de faire disparaître du monde juridique tout ce que le juge avait ajouté indûment à la loi en prononçant l'arrêt. Mais à l'heure actuelle au continent européen les Tribunaux Suprêmes des États prononcent chaque année des milliers d'arrêts en matière civile. Que pourra signifier cet énorme corps de doctrine jurisprudentielle pour les avocats et les autres opérateurs du droit? Quel rapport existe entre *la jurisprudence et la loi*? En voici justement l'énoncé d'une question qui a été discutée en profondeur au Congrès International de Droit Comparé célébré aux Pays Bas, dans l'Université d'Utrecht le mois de juillet passé, et dont le rapporteur général a été le prof. hollandais Ewoud Hondius.

Par rapport au XIXe siècle les juristes du continent ont approfondi beaucoup dans l'essence et la valeur de la jurisprudence des tribunaux. Ce n'est pas du tout vrai que le rôle du juge se limite à soumettre les faits à la norme pour en déduire logiquement les conséquences juridiques et établir l'arrêt judiciaire qui devra en être prononcé après. Le droit n'existe que potentiellement – pour ainsi dire – dans la norme et seulement le juge le fait réel dans la sentence. L'activité judiciaire est aussi d'une certaine manière créatrice, mais pas de la même manière que le législateur. L'avocat qui agit devant les tribunaux devra connaître les critères interprétatifs qu'applique le tribunal, et surtout la Cour de Cassation pour mieux soutenir les intérêts de son client devant celle-ci. D'où l'aspect pratique d'assurer la publication de tous les arrêts des tribunaux (ce qui ne constitue pas une réalité dans tous les pays européens). Mais les tribunaux inférieurs ne sont pas obligés à suivre les critères interprétatifs de leurs supérieurs, et non plus à suivre les critères de la Cour de Cassation (bien que celle-ci l'affirme souvent). Et de sa part, ce tribunal n'est pas obligé de suivre ses propres critères, si bien la Cour Constitutionnelle a imposé le devoir de fonder raisonnablement le changement des critères judiciaires au moment d'interpréter la loi.

Si on accepterait la règle selon laquelle les tribunaux inférieurs sont soumis à la jurisprudence émanant de la Cour de Cassation notre système se rapprocherait de la *common Law*. Mais le prof. Hondius nous alerte sagement. La raison d'être du système continental est justement d'assurer l'indépendance de tout juge ou tribunal, même celle du plus humble dans la hiérarchie judiciaire d'un pays déterminé.

En conclusion: c'est à la Constitution de chaque pays de l'Union Européenne de choisir l'appartenance au système du *Civil Law* ou de *Common Law*, avec les conséquences qui en découlent.