Cités
Philosophie
Politique
Histoire
69
2017

Qui fait la loi ?

Le juge et la démocratie

Directeur
Yves Charles Zarka

coordonné par
Otto Pfersmann

Guy Canivet
Clemens Jabloner
Aharon Barak
Benoit Frydman
Charles Ramond
Yves Charles Zarka

De la radicalisation et de ses traitements
Fethi Benslama

La fonction présidentielle : entre menaces et déclin
Lucien Jaume

puf

Cités

Philosophie
Politique
Histoire

Directrice de la publication : Sylvie Marcé

Directeur de la rédaction : Yves Charles Zarka

Conseil de direction : Didier Deleule, Franck Lessay

Rédacteur en chef : Christian Godin

Rédacteurs en chef adjoints : Marie-Anne Lescourret et Charles Ramond

Secrétariat littéraire : Guillaume Cazeaux

COMITÉS

Éditorial : Yves Charles Zarka

Dossier : Marie-Anne Lescourret et Charles Ramond

Vie politique : Serge Audier

Vie intellectuelle : Christian Godin

Grand article : Yves Charles Zarka

Faits et tendances : Emmanuel Picavet

Analyse du discours politique : Marie-Anne Lescourret

Lexique politique : Gilles Campagnolo, Jean-Pierre Cléro

Les penseurs politiques contemporains : Cristina Ion et Franck Lessay

Recensions : Cristina Ion

Bibliographie : Cristina Ion

Relations extérieures : Yves Charles Zarka

Comité de rédaction : Paul Audi, Isabelle Barbéris, Georges Bensoussan, Philippe Büttgen, Gilles Campagnolo, Jean-Pierre Cléro, Christian Delacampagne †, Anne Deneys-Tunney, Isabelle Eon, François Frimat, Jean Gayon, Christian Godin, Juliette Grange, Cristina Ion, Charlotte Lacoste, Marie-Anne Lescourret, Jean-François Mattéi †, Didier Mineur, Vanessa Nurock, Otto Pfersmann, Emmanuel Picavet, Bruno Pinchard, Charles Ramond, Jacques de Saint Victor, Eva Segura, Denis Trierweiler, Isabel Weiss, Avishag Zafrani

Comité de lecture : Serge Audier, Jean-Marc Durand-Gasselin, Franck Fischbach, Hélène L'Heuillet, Danilo Martuccelli, Corine Pelluchon, François-David Sebbah

COMITÉ SCIENTIFIQUE INTERNATIONAL

Allemagne : Karlfriedrich Herb, Bernd Ludwig

Argentine : Margarita Costa, Maria Lukac de Stier

Belgique : Guy Haarscher

Brésil : Balthazar Barbosa Filho †, Denis Rosenfield

Canada : Richard Bodéüs, Thomas De Koninck, Gilbert Larochelle, André Mineau, Daniel Weinstock

Espagne : Miguel Granada, Gregorio Peces-Barba Martinez, Javier Peña

États-Unis : Knud Haakonssen, Harvey C. Mansfield, Patrick Riley, Stanley Rosen, J.B. Schneewind

Israël : Michel Abitbol, Marcelo Dascal, Elhanan Yakira

Italie : Alberto Andreatta, Enzo Baldini, Gianfranco Borrelli, Guido Canziani, Francesco De Sanctis, Vittorio Dini, Roberto Esposito, Enrico Nuzzo, Diego Quaglioni, Silvio Suppa, Domenico Taranto, Franco Todescan

Pays-Bas : Hans Blom, Eco Haitsma Mulier

Royaume-Uni : Glenn Burgess, Colin Davis, Ian Harris, John Rogers

Suisse : Mario Turchetti

Adresse de la rédaction :
Revue *Cités*, Presses Universitaires de France - 6, avenue Reille - 75014 Paris - France
Tél. : +33 1 58 10 31 00 - e-mail : revuecites@gmail.com

Sommaire

3 Éditorial par Yves Charles Zarka, *Les politiques sont-ils au-dessus du droit commun ?*

I – DOSSIER : QUI FAIT LA LOI ? LE JUGE ET LA DÉMOCRATIE

9 Otto Pfersmann, *Présentation*
19 Aharon Barak, *Les juges comme gardiens de la Constitution*
41 Guy Canivet, *Les limites de la mission du juge constitutionnel*
59 Benoit Frydman, *Le juge à l'âge global*
73 Clemens Jabloner, *Le droit juridictionnel dans la comparaison constitutionnelle*
101 Charles Ramond, *Pour une constitution judiciaire de la réalité. Comique et casuistique dans* Le Dernier Acte (*A Frolic Of His Own*) *de William Gaddis*

II – VIE POLITIQUE

115 Fethi Benslama, *De la radicalisation et de ses traitements*
125 Lucien Jaume, *La fonction présidentielle : entre menaces et déclin*

III – VIE INTELLECTUELLE

135 Pierre Auriel, *L'idée européenne chez Paul Valéry*

IV – RECENSIONS

145 Albert Schatz, *L'Individualisme économique et social* (1907), Paris, Les Belles Lettres, coll. « Bibliothèque classique de la liberté », 2013, par Emmanuel Picavet
149 Jean-Michel Salanskis, *Crépuscule du théorique ?*, Paris, Les Belles Lettres, coll. « Encre marine », 2016, par Christian Godin
153 Martin Vanier, *Demain les territoires. Capitalisme réticulaire et espace politique*, Paris, Hermann, 2015, par Célia Rouvellat

159 Paul Audi, *Le Démon de l'appartenance*, Paris, Les Belles Lettres, coll. « Encre marine », 2014, par Marie-Anne Lescourret
163 Swaan Abram, *Diviser pour tuer. Les régimes génocidaires et leurs hommes de main*, trad. fr. B. Abraham, Paris, Seuil, 2016, par Benoît Olié
169 Éric Marty, *Sur* Shoah *de Claude Lanzmann*, Paris, Éditions Manucius, coll. « Le Marteau sans maître », 2016, par Isabelle Eon
179 Pierre-André Taguieff, *La Revanche du nationalisme. Néopopulistes et xénophobes à l'assaut de l'Europe*, Paris, Puf, 2015, par Danilo Martuccelli
183 Pierre Dardot et Christian Laval, *Commun. Essai sur la révolution au xxi siècle*, Paris, La Découverte, 2014, par Christian Godin
187 Laurent Theis, *Guizot. La traversée d'un siècle*, Paris, CNRS Éditions, 2014, par Philippe Boulanger

Le droit juridictionnel dans la comparaison constitutionnelle

CLEMENS JABLONER

I. INTRODUCTION[1]

« Droit juridictionnel » est un concept scintillant et ambigu. Parmi tant d'auteurs, on peut citer Giovanni Biaggini « au regard de cette déconcertante diversité conceptuelle, il ne peut être question d'une terminologie consolidée ou même simplement dominante[2] ». Ne serait-ce que pour cette raison et considérant la multiplicité des constitutions – quarante-sept en Europe seule[3] – une véritable « comparaison constitutionnelle » demeure hors de portée. L'ambition de cette contribution sera par conséquent plus modeste[4]. Et il conviendra de commencer par quelques observations liminaires. Aux fins de la simplicité, il ne sera question que des ordres juridiques suisse, allemand et autrichien avec quelques incursions dans les

1. Mes remerciements vont à M. Ulrich Wagrandl pour son aide. Les considérations des parties III. et IV. 4. sont également développées *in* C. Jabloner, « Richterrechtals Rechtsquelle », in *Gedenkschrift Walter*, Vienne, Manz, 2013.

2. Giovanni Biaggini, *Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, Bâle/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1991, p. 55.

3. C'est le nombre des membres du Conseil de l'Europe.

4. Jochen Frowein, « Grenzen der Rechtsfortbildung in rechtsvergleichender Sicht », *in* Hochschullehrer der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg (éd.), *Richterliche Rechtsfortbildung*, Heidelberg, C. F. Müller, 1986, p. 557, pense que les limites de droit juridictionnel « font partie des questions éternelles de la théorie juridique qui demeureront sans doute abstraitement toujours sans solution ».

Cités 69, Paris, PUF, 2017

cultures juridiques de la France et du Royaume-Uni. Rien que cet échantillon devrait permettre de montrer de combien de manières il est possible d'appréhender le phénomène du « droit juridictionnel ».

II. LE DROIT JURIDICTIONNEL COMME PHÉNOMÈNE SOCIO-JURIDIQUE

1. Le concept de « juge »

Une première difficulté se situe d'amblée dans l'identification du « juge », dont il s'agira d'analyser les produits. Le concept doit-il être entendu comme un renvoi aux ordres juridiques respectifs ? Il s'agirait d'une position non triviale, étant donné que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme utilise par exemple une notion fonctionnelle de « tribunal ». Par ailleurs, il ne fait pas de différence, en termes de théorie du droit, si un acte d'application est produit par un juge ou un organe administratif[5]. Il n'en demeure pas moins que l'on trouve une distinction entre justice et administration plutôt floue, mais présentant au moins des contours reconnaissables dans la plupart des ordres juridiques. Dans ce contexte, il convient de traiter les questions pertinentes non pas en termes de décision applicative individuelle et concrète, mais de « jurisprudence » juridictionnelle[6].

2. Le juge dans l'évolution juridique

Dans une perspective de sociologie juridique, le juge apparaît au moment si important du point de vue de la civilisation dans l'évolution juridique où il remplace l'ordre primitif spontané de l'auto-habilitation à la rétribution. Dès lors, c'est le juge qui s'impose entre le délit et la sanction. C'est l'un des premiers pas en vue d'un partage et d'une différenciation du travail au sein du système juridique au sens de l'application du droit, car

5. Cf. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Vienne, Deuticke, 1960, 2e édition, p. 268. Cet auteur défend une position moniste qui n'admet pas de distinction essentielle entre droit privé et public.
6. C'est également la position de Kelsen (note 5), p. 242.

la centralisation de l'exécution et de l'élaboration de la règle ne se produit que plus tard[7]. Depuis cette différenciation, nous sommes confrontés au dualisme de la loi générale et du jugement concret. Comme dans un jeu de miroir, l'ordre juridique se présente en deux images selon le mouvement de l'œil de l'observateur : si l'on se concentre sur la loi, le juge est atrophié et devient une simple annexe, une « bouche de la loi[8] ». Si l'on se concentre au contraire sur le juge, c'est la loi qui est placée à l'écart pour ne plus être que la simple référence du juge.

3. Prépondérance du juge

C'est aussi la raison pour laquelle certains juristes ne voient l'ensemble du droit qu'à partir du juge. Max Weber a développé une thèse très efficace jusqu'à nos jours : le « droit coutumier » serait simplement une auto-interprétation du droit, en vérité un auto-aveuglement des juristes, la coutume ne devenant du droit que par la décision du juge[9]. C'est peut-être exact, dès lors que l'évolution centralisatrice du droit est parvenue au stade juridictionnel, pour la période antérieure, la production des normes juridiques a lieu en principe par voie coutumière[10].

Si l'on poursuit cette idée de façon conséquente, d'autres phénomènes juridiques fondamentaux apparaissent également comme de simples illusions et des idéologies : le vénérable droit naturel ou le droit savant (*Gelehrtenrecht*), si l'on va encore plus loin en suivant le réalisme juridique, même l'ensemble du droit positif général – « posé », donc explicitement posé[11]. Le réalisme juridique porte le culte du juge naturellement à un

7. Cf. en détail H. Kelsen, « The law as specific technique », *in* H. Kelsen, *What is Justice ? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Selected Essays*, Berkeley, University of California Press, 1957, p. 246, p. 251. Certains auteurs voient dans le juge même un archétype au sens de C. G. Jung – cf. Adamovich, « Einwirkungen der Verfassungauf die Rechtsprechung », in *Richterzeitung*, 1993, p. 7 et « Richter als Archetyp ? Eine Klarstellung », in *Richterzeitung*, 1993, p. 237.

8. Montesquieu, *L'Esprit des lois* (1748), XI, 4 : « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce le parole de la loi. »

9. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 508. Cf. également Kelsen (note 5), p. 234.

10. Cf. H. Kelsen (note 5), 246. Les formes de la production juridique plus récentes effacent celles plus anciennes, la législation le droit des décisions juridictionnelles.

11. Cf. Alf Ross, *On Law and Justice*, Berkeley/Los Angeles, University of California Press, 1958, p. 75. Pour une version radicale du réalisme juridique – américain – cf. Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (1930), Transaction Publishers, 1950, *passim*.

tel point extrême qu'il se produit comme un retournement dialectique : les théories de la mouvance *Critical Legal Studies* déconstruisent le droit tout entier[12]. Le vide qui en résulte ne peut plus être rempli que par l'apothéose d'un juge « herculéen[13] », dont la justice est conçue comme une aptitude quasiment physique, un peu comme l'art de guérir du médecin médiéval.

4. Conception causale et conception normative

Le fait que les juges ne font pas que juger, mais contribuent à améliorer le droit, fait fallacieusement apparaître dans la jurisprudence une « source du droit » en tant que telle. Trop souvent, on ne considère alors que la seule fonction causale. En effet, là où la loi ouvre des marges aux juridictions et où celles-ci en font effectivement usage, le législateur adoptera bien volontiers cette jurisprudence. C'est ainsi que la jurisprudence de la Cour administrative déboucha, par le biais des principes généraux du droit administratif processuel, dans les codifications de 1925[14]. Mais en de telles constellations le droit jurisprudentiel n'est une source que parmi beaucoup d'autres choses comme par exemple des enseignements doctrinaux. Si, en revanche, on part de l'idée que le droit est certes souvent indéterminé, mais tout de même objectivement donné[15], et qu'il n'est pas seulement produit dans la tête des interprètes, alors la conception simplement causale ne peut être considérée comme suffisante. Elle ne voit le droit jurisprudentiel que dans un sens différent, non-juridique[16], mais tout de même comme un objet important de la sociologie empirique du droit. Un éventuel ancrage constitutionnel du droit juridictionnel ne peut en aucun cas être établi à partir du rôle que le droit juridictionnel joue effectivement dans certaines cultures juridiques, mais de celui qu'il *devrait* jouer à partir d'un fondement dans les constitutions respectives – une interrogation en elle-même suffisamment compliquée.

12. Cf. J. W. Harris, *Legal Philosophies 2*, Oxford University Press, 2004, 2e edition, p. 108.
13. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 337.
14. Cf. Reinhard Mußgnug, « Das allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht », in *Richterliche Rechtsfortbildung, op. cit.*, p. 208.
15. Cf. Michael Potacs, *Rechtstheorie*, Hambourg, UTB, 2015, p. 88.
16. H. Kelsen (note 5), p. 239.

5. Le droit juridictionnel comme nécessité en termes de philosophie du langage ?

En usant d'arguments empruntés à la philosophie du langage et par une voie à première vue oblique par rapport à la frontière entre observation empirique et analyse normative, Stefan Griller a essayé de montrer que le droit juridictionnel était en quelque sorte inéluctable[17]. En s'appuyant sur le dernier Wittgenstein, cet auteur rejette l'idée que des énoncés linguistiques pourraient avoir une « signification » et refléter en un certain sens la réalité. Il s'agirait bien plutôt de tenir compte de l'usage. La fonction du langage dans les rapports sociaux concrets ne se manifesterait que dans le jeu de langage respectif. Griller ne suit pas de conception sceptique de la règle, mais admet qu'il puisse y avoir un usage correct – en l'occurrence. Il ne suit pas une théorie « *anything goes* », mais conçoit la gestion correcte de dispositions juridiques de manière bien plus libérale que la méthodologie qui distingue entre interprétation et création juridique.

Il est certes exact que le droit détermine jusqu'à un certain degré une théorie de la signification, lorsqu'il exige le respect du sens littéral (comme par exemple les articles 18, premier alinéa et l'article 49 de la Constitution fédérale autrichienne). Bien des questions interprétatives ne se laissent cependant pas résoudre sur un plan strictement sémantique. Il est par conséquent justifié d'intégrer des considérations pragmatiques, donc d'identifier la signification plus large impliquée par les circonstances de l'énonciation. Il ne s'agit pas seulement du sens littéral, mais de l'acte de langage[18].

Cela ne livre toutefois pas encore de réponse à la question de savoir s'il s'agit de prendre en considération l'usage linguistique de l'époque de l'introduction de la norme ou plutôt celui du temps de son application. À cet égard, Griller est un partisan de la « méthode objective » de l'interprétation et s'oriente au regard de l'application concrète. Cette conception s'appuie sur un argument intéressant qui part directement du langage et peut être compris comme la thèse de « l'inéluctabilité » de l'usage relativement le plus récent. Considérant la jurisprudence très extensive de la Cour constitutionnelle[19] relative à la liberté d'entreprendre – très éloignée du sens

17. Stefan Griller, *Grundlagen und Methoden des Verfassungs- und Verwaltungsrechts*, Vienne, Verlag Österreich, 2015, 4e édition, p. 46.

18. Cf. Stefan Griller et Michael Potacs, « Zur Unterscheidung von Pragmatik und Semantik in der juristischen Hermeneutik », *in* Helmuth Vetter et Michael Potacs (dir.), *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Vienne, Literas, 1990, p. 66.

19. Il s'agit de la Cour constitutionnelle autrichienne.

littéral – Griller suggère qu'en présence d'un corpus aussi consolidé il serait difficile de soutenir que la conception juridique guidant ces décisions puisse être entièrement erronée. Nous ne pourrions même plus parler aujourd'hui de « liberté d'entreprendre » sans nous référer à cette jurisprudence « ayant modifié la signification de la garantie de ce droit fondamental »[20].

L'argument de l'avantage de la méthode objective se laisse cependant affaiblir par le rappel du fait que c'est bien le droit constitutionnel positif qui détermine – implicitement, mais assez clairement – par une distribution des compétences en matière de production normative juridique qui sont les organes habilités à modifier le droit en vigueur. Si l'on se réfère par exemple à la Constitution[21], il s'agit bien des organes législatifs et seulement à titre exceptionnel des juridictions[22]. Même si la distinction entre « interprétation » et « création juridique » peut paraître problématique d'un point de vue linguistique, elle devra néanmoins être faite aussi précisément que possible[23].

L'argument de l'inéluctabilité, c'est-à-dire le renvoi à l'impossibilité factuelle d'identifier un usage linguistique historique, débouche en dernier lieu à nouveau sur une interrogation certes pertinente, mais, justement, sociologique : il s'agit alors de savoir à quel moment se produit le changement du « cadre de référence », c'est-à-dire à partir de quand, dans une culture juridique, il devient « inconvenant » d'indiquer qu'une jurisprudence est doctrinalement incorrecte – ou d'ailleurs que certaines positions doctrinales sont intenables. L'argument de Griller présente certes des aspects attractifs, car il est besoin d'une certaine persévérance si l'on veut maintenir certaines positions juridiques à contre-courant. On peut toutefois également voir la mission de la doctrine précisément dans la constante mise en perspective de jugements comme d'opinions juridiques erronés. Toute jurisprudence peut en effet être remise en cause et toute opinion doctrinale peut perdre une position éventuellement dominante[24].

20. S. Griller, *op. cit.*, p. 18, p. 49.

21. Il s'agit de la Constitution autrichienne.

22. Art. 138, alinéa 2 loi constitutionnelle fédérale autrichienne.

23. Cf. Manfred Herbert, *Rechtstheorie als Sprachkritik*, Nomos, 1995, p. 209 : « Les enseignements de Wittgenstein concernant la théorie de la signification comme usage n'impliquent pas l'impossibilité de comprendre un texte au sens où le conçoit l'auteur. »

24. Cela rappelle la théorie des changements de paradigmes de Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1959. Cf. cependant Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer et Karl Stöger, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Vienne, Manz, 2015, 11e édition, paragraphe 570.

6. Dissonance cognitive

Le droit juridictionnel peut être prévu de manière implicite ou explicite comme source de droit. Là où ce n'est pas le cas, la différence entre le très fort effet causal du droit juridictionnel et sa très fragile position normative est ressentie comme une violente dissonance cognitive. Ce malaise motive la doctrine à lui attribuer, par diverses constructions, des qualités « para-normatives ». Nous trouvons des tentatives de réduction de cette tension dans l'argument de l'*autorité*, de la *force persuasive*, de la *subsidiarité*, de l'*usage juridictionnel*, des *effets normatifs secondaires*, dont certains seront discutés dans ce qui suit.

III. DIMENSIONS DU DROIT JURIDICTIONNEL

1. Remarque liminaire

Le difficulté consiste ici en ce que la doctrine traite, sous le titre de « droit juridictionnel », de manière souvent tristement confuse, des effets normatifs de décisions juridictionnelles tout à fait différents et devant par conséquent être distingués : la qualité normative, création juridique, droit juridictionnel comme source de droit, effet contraignant d'une décision antérieure, *case law* (droit jurisprudentiel avec effet de précédent dans les pays de *common law*) : une explication conceptuelle est par conséquent indispensable.

2. Le jugement juridictionnel en tant que norme

Il s'agit tout d'abord de la qualité du jugement juridictionnel en tant que norme juridique. Le primat de la loi lié à l'introduction des grandes codifications[25] a marginalisé le jugement juridictionnel en induisant l'idée

25. Cf. Thomas Olechowski, *Rechtsgeschichte*, Vienne, Facultas, 2010, p. 139.

que l'activité du juge ne consistait que dans acte intellectuel et non volitif[26]. Seule la volonté de l'autorité posant la norme devait être déterminante. La « jurisprudence des concepts »+ pour laquelle la production du droit résultait strictement d'opérations rationnelles[27] ne laissait à son tour aucune place à la production de droit par voie jurisprudentielle.

Cette identification du droit avec la loi est aujourd'hui surmontée. C'est justement l'École de Vienne de la théorie du droit qui a permis de clarifier la nature de norme juridique de la décision juridictionnelle individuelle par son image du « double visage du droit[28] » (en tant que norme produite et norme déterminant la production d'une autre norme). En dépit d'une terminologie masquant la réalité (« dire le droit » ou « trouver le droit »), la décision individuelle – celle qui s'adresse à des personnes humaines déterminées – n'est donc point simplement déclarative, mais est toujours constitutive. L'élément normatif au sens strict est ici l'affaire juridique dont le sort est réglé dans le dispositif. Ce noyau normatif contient, en vertu de la configuration concrète du droit processuel, sa capacité de rayonnement normatif en raison d'un ensemble d'effets juridiques, habituellement résumés sous le concept de « force de la chose jugée ».

Il s'ensuit que le droit juridictionnel existe déjà pour la simple raison que chaque décision juridictionnelle accroit la somme des actes juridiques en vigueur. En outre, les effets juridiques réglés dans le droit processuel montrent que le jugement n'est pas nécessairement limité à la seule solution du cas concret ni adressé uniquement à certains destinataires déterminés. Des phénomènes tels que l'acte administratif ou l'arrêt *réel* (concernant, en droit autrichien, les propriétaires successifs d'un bien

26. Cf. T. Simon, « Inhalt und rechtspolitische Bedeutung der Einleitung des ABGB im Kontext der Kodifikationsgesetzgebung des frühen 19. Jahrhunderts », *in* Barbara Dölemeyer, Heinz Mohnhaupt (dir.), *Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext*, Francfort, Vittorio Klostermann, 2012.

+ Note du traducteur : Il s'agit de l'école doctrinale issue du courant historique romaniste en Allemagne pour laquelle le droit – civil – devait être le résultat d'une systématisation conceptuelle permettant de couvrir toutes les hypothèses envisageables. Ses principaux représentants sont Friedrich Carl von Savigny, Friedrich Puchta et Bernhard Windscheid. Elle exerça une influence considérable sur la dogmatique civiliste allemande et trouva son achèvement le plus significatif dans la codification allemande de 1900.

27. Cf. Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, Munich, Beck, 2011, p. 273.

28. Cf. Adolf Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, Nachdruck » *in* Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck, Wolf-Dietrich Grussmann (éd.), Adolf Julius Merkl. *Gesammelte Schriften*, vol. I, t. 1, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 127.

immobilier), la succession juridique, les effets constitutifs gomment jusqu'à un certain point la différence entre des actes individuels et concrets et des actes généraux et abstraits[29]. Au regard du fait que l'ordre juridique est conçu et fonctionne sur le mode de la division du travail, les décisions juridictionnelles constituent donc également une source juridique contraignante générale au regard de certains aspects du cadre processuel qui en configure les effets[30-31].

3. Création juridictionnelle de droit (Richterliche Rechtsfortbildung)

L'expression « droit juridictionnel » est souvent entendue au sens d'une habilitation d'une juridiction à produire du droit[32]. Il est alors question d'une dimension matérielle. Il convient de prendre en considération les règles pertinentes de production juridique. Il est théoriquement pensable, mais difficilement concevable dans un ordre juridique concret qu'il y ait une habilitation dynamique autorisant les tribunaux à produire l'ensemble du droit infra-constitutionnel. Ainsi, une constitution pourrait attribuer toute la production normative successive à la justice. Il s'agirait clairement d'une production normative. Étant donné que l'« interprétation » vise un acte cognitif d'identification de signification, seule cette clause de compétence serait interprétée. Mais même lorsque d'autres déterminantes étaient données, il pourrait toujours se trouver une habilitation attribuant à un tribunal la tâche de produire du droit. Même une habilitation explicite de corriger le droit général en vigueur est concevable. Quelle que soit la manière dont on délimite « interprétation » et « création juridique », la seule constatation qu'il y a création juridique dans un cas concret ne dit par rapport à la question de savoir si cette création évolutive a été elle-même conforme au droit.

La frontière entre « interprétation » et « création juridique » est en toute hypothèse difficile à tracer en termes de théorie du droit – et toujours

29. Cf. Johannes Hengstschläger, David Leeb, *Verwaltungsverfahrensrecht*, Vienne, Facultas, 2014, 5e édition, p. 310.

30. Cf. l'extension de la fore obligatoire au cas individuel dans la jurisprudence « Ciola », Cour de justice de l'Union européenne C-224/97.

31. Il convient de relever que les effets sont parfois attachés non pas seulement au dispositif, mais aux motifs d'une décision.

32. Ainsi G. Biaggini, *op. cit.*, p. 59.

âprement discutée dans le cas concret[33]. Suivant une règle très approximative d'utilité limitée, il y aurait « création juridique » lorsqu'il résulte de « la reconstruction de la motivation d'une décision qu'une partie de la déduction... ne peut plus trouver sa source dans les dispositions juridiques pertinentes »[34].

Si l'on admet en effet qu'en vertu du « double visage du droit » chaque jugement « développe » le droit, on peut se demander avec Jestaedt[35] si le concept de « production juridique » (*Rechtsgewinnung*)** ne serait pas le plus approprié et si la question de sa portée ne constituerait non pas un problème méthodologique, mais de compétence. Bien des conceptions méthodologiques se refusent par ailleurs de distinguer strictement entre interprétation et développement créateur du droit. C'est le cas de la pratique interprétative de la Cour de justice de l'Union européenne qui se voit habilité *a priori* au développement créateur[36] ou de celle de la Cour européenne des droits de l'homme avec sa doctrine de la Convention comme « instrument vivant[37] ». En outre, les juridictions sont peu enclines à présenter leurs résultats interprétatifs comme des créations juridiques ce qui fait apparaître, d'un point de vue sociologique, qu'elles ne sont guère prêtes à en assumer la responsabilité[38].

33. Cf. Heinz Schäffer, « Auslegung im gemeinsamen Markt – Die Rolle der Gerichte », *in* Stefan Griller *et al.*, *Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt*, Vienne, Verlag Österreich, 2010, p. 70, p. 99.

34. Ainsi Robert Schick, « Auslegung und Rechtsfortbildung », *in* Stefan Griller, Heinz-Peter Rill (dir.), *Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, Vienne/New York, Springer, 2011, p. 209, p. 214.

35. « Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung », *in* Bumke (dir.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 49.

** Note du traducteur. Les deux expressions sont sémantiquement très proches, « Gewinnung » comporte une nuance de production par extraction – comme on extrait du fer d'un minerai, « Fortbildung », le terme utilisé par l'auteur suggère un développement, une évolution créatrice, un ajout par rapport à un état antérieur, « Erzeugung », le terme le plus fréquent en théorie du droit est plus directement traductible par « production » et ne comporte pas de connotation de création à partir de rien, mais en vertu d'un règle de procédure.

36. Cf. Matthias Pechstein et Carola Drechsler, « Die Auslegungund Fortbildung des Primärrechts », *in* Karl Riesenhuber (dir.), *Europäische Methodenlehre*, Berlin, De Gruyter, 2015, p. 125, p. 143.

37. Sur l'interprétation « autonome » de la CEDH, cf. Christoph Grabenwarter et Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechts konvention*, Munich, Beck, 2012, p. 33.

38. À ce propos, cf. Dietrich Busse, « Was ist die Bedeutung eines Gesetzestextes », *in* Friedrich Müller, *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, Schriften zur Rechtstheorie, vol. 133, Berlin, Duncker und Humblot, 1989, p. 93, p. 95.

L'habilitation à la création évolutive du droit est parfois mise en relation avec l'obligation du juge de décider le cas concret qui lui est soumis[39]. L'interdiction du déni de justice trouve en effet une expression particulièrement radicale dans l'article 4 du Code civil français[40]. Mais la contrainte de décider et la création de droit n'entretiennent pourtant de relation qu'illusoire : au sens de la théorie pure du droit, la juridiction doit décider dans le cadre des interprétations possibles[41]. Si l'on conçoit le cadre interprétatif comme l'attribution d'une marge de pouvoir discrétionnaire, il n'est nullement nécessaire de parler de « création » de droit par la juridiction. L'usage du terme « création évolutive de droit » vise en vérité à justifier que le tribunal désire aller au-delà du cadre des interprétations possibles en raison de considérations morales relatives au cas concret. Chaque juge sait naturellement qu'une décision individuelle peut entrer en tension avec le cadre législatif, mais la question de savoir si l'on doit se conformer ou non à la loi est purement morale.

4. Le droit juridictionnel comme source du droit

Sous le titre du « droit juridictionnel » comme source du droit on discute la question de savoir si et dans quelle mesure la jurisprudence constitue une source générale du droit, en particulier si elle lie également les autorités administratives. C'est en ce sens que Franz Bydlinski utilise par exemple l'expression « droit juridictionnel » dans une contribution très souvent citée[42]. Très souvent, il ne s'agit pas de la production normative juridictionnelle au sens strict (le dispositif), mais de ses motivations, qui contiennent fréquemment des considérations juridiques générales éventuellement exploitables, matériellement, pour un droit juridictionnel[43].

39. Cf. les références *in* Stefan Drechsler, « Grundlagen und Grenzender richterlichen Rechtsfortbildung », in *Zeitschriftfür das Juristische Studium*, 2015, p. 344, p. 346.

40. Article 4, créé par loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

41. H. Kelsen (note 5), p. 350.

42. « Hauptpositionen zum Richterrecht », in *Juristenzeitung*, 1985, p. 149.

43. L'exemple le plus connu se trouve sans doute dans la décision Madison vs. Marbury (1803) de la Cour suprême américaine. Cf. à ce propos les observations critiques d'Otto Pfersmann, « Die Auflösung der Normbegründung als Technik der extrasystematischen Systemänderung », in *Festschrift Stolzlechner*, Vienne, Verlag Österreich, 2013, p. 487.

Cependant, la création substantielle de droit d'une part, l'obligation générale de s'y conformer pour les autres autorités d'autre part constituent non seulement des phénomènes qu'il convient de distinguer, mais qui sont aussi séparés en pratique : des décisions qui s'inscrivent à l'intérieur du cadre interprétatif peuvent être dotées d'une force obligatoire allant au-delà du cas concret[44]. À l'inverse, des décisions peuvent aller substantiellement au-delà du cadre de l'habilitation conférée, même si leur effet demeure limité au cas d'espèce. Il peut ainsi y avoir du droit juridictionnel au sens d'une source dès lors qu'une juridiction choisit l'une des solutions interprétatives possibles. Des théories juridiques avec forte sympathie pour le droit produit par le juge confondent toutefois fréquemment ces deux dimensions – développement et source[45]. Il semble que la raison réside dans le fait que pour des décisions qui ne modifient pas le droit, ceux qui sont appelés à les appliquer ne se demandent s'ils s'y conforment simplement ou s'ils s'estiment liés par ces jugements[46].

5. Décision juridictionnelle et jurisprudence

Il convient de distinguer l'obligation générale de se conformer à une décision de justice du caractère contraignant à l'intérieur des instances juridictionnelles. Cela concerne d'abord les juridictions suprêmes, surtout lorsqu'elles rendent des décisions de principe en formations de jugement particulières et plus nombreuses[47]. La signification normative de ces décisions est interne : le tribunal-limite ne pourra se départir de sa propre jurisprudence qu'en suivant des conditions renforcées[48].

Cette auto-limitation doit être à son tour distinguée d'une éventuelle obligation des juridictions inférieures. Au moins dans la conception

44. Pour une autre opinion, mais non point convaincante, cf. Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts*, vol. III, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976, p. 706.

45. Cf. la présentation de Stefan Vesting, *Rechtstheorie*, Munich, Beck, 2007, p. 101, paragraphe 195.

46. S. Griller, *op. cit.*, p. 18.

47. Cf. à ce propos les dispositions relatives aux chambres renforcées selon les articles « die verstärkten Senate » 13 et suivants de la loi sur la Cour administrative (autrichienne), l'article 8 de la loi sur la Cour suprême (autrichienne) ou les grandes chambres en Allemagne selon les articles 132 *sq.* de la loi (allemande) sur l'organisation judiciaire.

48. Il s'agirait de directives selon Bernd Rüthers, Christian Fischer, Axel Birk, *Rechtstheorie*, Munich, Beck, 2016, 9e édition, p. 155.

autrichienne, une telle obligation serait en conflit avec le principe de l'indépendance de la justice. C'est ainsi que l'on peut lire sur le site web de la Cour suprême[49] que les autres juridictions suivent en général la jurisprudence de cette Cour, même si « ses décisions n'ont aucun caractère obligatoire à leur égard ». Il serait en effet difficile de concevoir l'ordre juridique comme entièrement statique : tant le tribunal de l'instance inférieure que les conseils juridiques ont parfaitement le droit de contester la jurisprudence, même si cela entraîne un grand effort en termes de justification, puisque les instances supérieures peuvent réviser leurs jugements[50].

L'effet de la « jurisprudence constante » constitue un autre aspect du problème. L'expression « droit juridictionnel » est souvent utilisée comme synonyme du droit des précédents, comme pendant du « *case law* » anglo-américain. Les supports techniques de la jurisprudence constante sont les « sommaires » ou « principes directeurs » ou « énoncés juridiques » extraits de décisions de principes. Ce sont des concentrés à partir de décisions antérieures d'une juridiction. Merkl disait du droit juridictionnel ainsi entendu qu'il est « conçu en rang égal à la loi en tant qu'il représente la doctrine juridique en forme générale et abstraite[51] ». On a coutume, ainsi toujours Merkl, de transcrire les décisions juridictionnelles concrètes et individuelles en dispositions générales et abstraites, en des maximes paralégislatives. La tendance consiste donc dans la généralisation de certaines décisions particulières, les principes directeurs sont forgés comme si on formulait un règlement. L'application de ces maximes à des cas futurs ressemble alors à la technique habituelle de la subsomption. Ces principes fonctionnent ainsi comme des normes générales et abstraites forgées par la juridiction[52]. Cela distingue ces maximes du droit des précédents au sens strict où le rapport aux faits de l'espèce demeure conservé. Mais naturellement, ce n'est qu'une distinction idéal-typique[53].

Les systèmes de *case law* sont soumis en général au principe de « *stare decisis* » (suivre fidèlement les décisions antérieures), c'est-à-dire le carac-

49. Il s'agit de la Cour suprême autrichienne. www.ogh.gv.at

50. C'est pour cette raison que Bernd Rüthers, Christian Fischer, Axel Birk (note 46, *op. cit.*), estiment que l'obligation de suivre la jurisprudence donne plus de garantie que celle de suivre la loi !

51. A. Merkl, *Gesetzesrecht und Richterrecht*, *op. cit.*

52. Cf. la critique d'énoncés trop abstraits en la matière chez Robert Rebhahn, « Auf der Suchenach der ratio decidendi », in *Festschrift H. Mayer*, Vienne, Manz, 2011, p. 575, p. 587.

53. Il est à cet égard significatif qu'en Autriche les cas sont indiqués par une numérotation courante et par le nom des parties. Cf. à propos de l'effet de précédent, Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Vienne/New York, Springer, 1991, p. 502.

tère obligatoire des précédents, y compris pour les instances inférieures. Cette observation est cependant assez superficielle. Si l'on regarde de plus près, on rencontre une image bien plus différenciée concernant la portée de cette règle[54].

IV. DROIT JURIDICTIONNEL HABILITÉ

1. Règles explicites et implicites

Entend-on la question dans un sens normatif, convient-il de considérer des dispositions constitutionnelles explicites qui règleraient le droit juridictionnel dans les rapports ici pertinents. Les dispositions de principe concernant les jugements juridictionnels se trouvent dans les codes de procédure et ne trouveront guère leur place à l'échelle constitutionnelle. Mais qu'en est-il des thèmes du développement créatif et des sources du droit ?

Il peut y avoir de telles dispositions. Un bel exemple se trouve – certes, loin des pays européens – dans l'article 103-A de la Constitution brésilienne. Selon ce texte, la Cour suprême est autorisée à publier, à condition qu'elle soit adoptée à la majorité des deux tiers, une « *súmula vinculante* », en d'autres termes une disposition juridique pourvu explicitement d'effet obligatoire pour tous les organes administratifs et juridictionnels, que ce soit de manière directe ou indirecte. Cette habilitation ne se réfère pas à l'interprétation du droit constitutionnel, elle est conditionnée par une situation où il existe une absence de sécurité juridique et une pluralité de cas concernant la même question de droit.

Une structure comparable, dans un domaine toutefois beaucoup plus limité, se trouve également dans l'article 138, al. 2 de la loi constitutionnelle fédérale autrichienne : la Cour y est habilité à se prononcer sur les compétences législatives des *Länder* et de la Fédération par des dispositions contraignantes de rang constitutionnel.

Il convient également de mentionner, sous ce rapport, les diverses constructions par lesquelles les juridictions constitutionnelles sont

54. Cf. Günther Hager, *Rechtsmethoden in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 86, et Patrick Atiyah et Robert Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, The Clarendon Press Oxford, 1987, p. 118.

habilitées à déroger à des normes législatives inconstitutionnelles. Il peut à première vue paraître étrange d'inclure la destruction de normes dans le droit juridictionnel, étant donné que l'on associe habituellement ce concept à des contenus positifs. Mais l'ordre juridique est également formé et modifié matériellement par la destruction de droit[55]. La différence se situe dans l'intensité de l'intervention et constitue une question de distribution des compétences de production normative.

En France, en Espagne, en Pologne et en Autriche, les décisions d'annulation de la Cour constitutionnelle doivent être publiées dans la gazette ou le journal officiel. Alors qu'en France, en Pologne et en Espagne, il est par ailleurs disposé que ces décisions ont un effet contraignant, une telle mesure manque dans le système autrichien. Ici, l'effet obligatoire résulte directement de la publication[56].

Dans une série d'ordres constitutionnels, on trouve des dispositions relatives à la force contraignante au sens où les jugements des cours constitutionnelles « ont un effet contraignant général », comme c'est le cas dans les constitutions d'Albanie, de Bulgarie ou de Macédoine, ainsi qu'au Portugal et en Italie[57].

La loi fondamentale allemande ne connaît aucune telle disposition, les mesures relatives à la publication et l'effet contraignant se trouvent dans la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGG)[58].

Des dispositions constitutionnelles relatives aux effets contraignants se trouvent parfois également concernant d'autres instances juridictionnelles. Ainsi, la Constitution de Bulgarie confère à la Suprême Cour de cassation et au Suprême Tribunal administratif « la surveillance suprême sur toutes les juridictions relative à l'application exacte et égale du droit[59] ». La Constitution hongroise est encore plus claire à cet égard : la *Curia*, l'organe

55. Ici, il s'agit bien des dispositifs des décisions de cours constitutionnelles et non d'éventuelles motivations. Ces dernières sont considérées de manière très critique par exemple, en Allemagne, par Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtssystematik und Rechtsgewinnungstheorie*, 1999, *passim* et pour l'Autriche par Clemens Jabloner, « Stufung und "Entstufung" des Rechts », in *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 2005, p. 163.

56. C'est une caractéristique de la Constitution fédérale autrichienne que les effets des décisions d'annulation sont réglés par des normes très détaillées de rang constitutionnel.

57. Étrange à cet égard l'article 145 de la Constitution de Chypre : « ... in case such decision is to the effect that the law or decision or any provision thereof is unconstitutional, operate as to make such law or decision inapplicable to such proceedings only. » C'est une conception sans doute comparable à celle du recours préjudiciel en droit européen : ne pas désavouer le juge.

58. Art. 31.

59. Art. 124.

juridictionnel suprême se voit conférer la compétence de « garantir l'unité de l'application juridique des tribunaux » et de « prendre des résolutions en vue de l'unité juridique contraignantes pour les juridictions »[60].

Il serait certainement trop réducteur de ne considérer le droit juridictionnel que dans des habilitations constitutionnelles explicites. Même si l'on est toujours exposé au risque de glisser dans des considérations sociologiques, on peut néanmoins admettre qu'il y aura parfois des dispositions implicites – peut-être même de rang constitutionnel – ayant trait au droit juridictionnel. Ainsi, comme dans les systèmes de *common law*, le concept de droit peut être juridictionnellement déterminé. Il s'agit en fait de la question de la clôture des sources du droit. Et même cette règle est rarement admise ou reniée explicitement, mais doit être extraite en tant que règle interprétative implicite du système de production et de destruction normative d'un ordre juridique concret. Il ne saurait être question de procéder ici à un examen approfondi de cette question. On se limitera à titre illustratif à quelques remarques concernant les systèmes de langue allemande.

V. LE DROIT JURIDICTIONNEL DANS LES ORDRES JURIDIQUES GERMANOPHONES

1. Remarque préliminaire

Il est certainement possible de parler d'un cercle de droits germanophones, mais les différences de principes sont innombrables dès lors qu'il s'agit de sujets comme le concept de droit ou des questions de méthode. Très schématiquement, on pourra affirmer qu'en Suisse, il existe une tendance à concevoir l'activité juridictionnelle de manière politique, alors qu'en Allemagne les conflits politiques sont juridictionnalisés et qu'en Autriche de tels conflits sont considérés comme des problèmes de technique juridique[61].

60. Art. 25 de la Constitution hongroise.
61. En Autriche, il s'agit surtout d'identifier le rang correct dans la hiérarchie des normes.

2. *Suisse*

En Suisse, le droit juridictionnel a une longue tradition. L'article 1 A, chiffre 2 du Code civil de 1907 dispose qu'à « défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». On ne peut donc pas entièrement se passer du législateur, mais l'habilitation dont bénéficie le juge est très large. Ne serait-ce que pour cette raison, il existe en Suisse une vision fondamentalement positive relative au droit juridictionnel.

Tschannen voit la compétence du tribunal fédéral comme une habilitation au développement juridictionnel[62]. Selon l'article 189 de la Constitution fédérale cependant, il ne connaît que des contestations pour violation : « [...] f. des dispositions fédérales et cantonales sur les droits politiques ». Mais selon Tschannen, cette disposition cache une mission de culture constitutionnelle et ainsi un mandat « de développement des droits constitutionnellement garantis ».

[...]

Dans le cadre de limites constitutionnelles soigneusement mesurées[63], le droit juridictionnel est reconnu comme une catégorie originaire du droit et d'autre part comme source obligatoire. Cette conception est toutefois insérée dans une conception fort politique de la jurisprudence. Les juges sont en effet élus pour une période déterminée et gardent leur estampillage politique. Le site du tribunal fédéral mentionne l'appartenance de chaque juge à un parti politique[64]. En dépit de fortes garanties de leur indépendance, « le processus électoral constitue », toujours selon Tschannen, « un moyen permettant de discipliner certains juges » et constituerait une forte limite de l'indépendance réelle. La « tradition suisse d'État populaire » exigerait un tel « ancrage du pouvoir judiciaire dans le Parlement et la citoyenneté votante »[65].

62. Art. 189 de la Constitution fédérale suisse. Cf. Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berne, Stämpfli, 2011, 3e édition, p. 46.

63. Cf. G. Biaggini, *op. cit.*, *passim* et Elisabeth Chiariello, *Der Richter als Verfassungsgesetzgeber ? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaates und der Demokratie durch höchste Gerichte*, Zurich, Dike Verlag, 2009, *passim*.

64. www.bger.ch.

65. P. Tschannen, *op. cit.*, p. 519.

On trouve donc ici une marge discrétionnaire relativement importante pour la justice, mais d'un autre côté également un fort ancrage démocratique. [...]

3. Allemagne

Comme on peut s'y attendre, l'Allemagne connaît une discussion particulièrement intense tant en ce qui concerne le développement créatif du droit qu'en ce qui concerne le droit juridictionnel comme source de droit[66]. Les différenciations conceptuelles sont toutefois souvent insuffisantes[67].

Le développement créatif du droit est en principe admis comme légitime, tout en étant à l'instar de la Suisse inséré dans un cadre constitutionnel[68]. On considère majoritairement comme développement créatif du droit ce qui dépasse le sens littéral d'une disposition[69]. Mais le « développement créatif du droit » n'est pas conçu en opposition par rapport à l'interprétation, mais comme une interprétation renforcée par étapes. On passe du « développement créatif dépassant la loi » comme interprétation au carré au « développement créatif immanent à la loi » en tant qu'interprétation au cube[70]. Au cours de la deuxième étape, l'interprète se meut encore dans le cadre du « plan de la loi ». C'est ici que l'on trouve l'application de l'analogie en cas de fausses lacunes ou les formes de réduction téléologique ou d'extension du sens littéral. Au cours de la troisième étape on utilise les leviers de l'appareillage constitutionnel en vue de faire exploser les contraintes du sens des dispositions pertinentes.

Au plan du droit constitutionnel, on observe naturellement une discussion subtile concernant les limites du développement créatif du droit. Il est, dans son principe, incontesté et garanti par des décisions fondatrices de la Cour constitutionnelle fédérale. Il est même assuré en termes législatifs

66. Cf. récemment : Herbert Wiedemann, « Richterliche Rechtsfortbildung », in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2014, p. 2407, et Stefan Drechsler, « Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung », in *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2015, p. 344.

67. Très critique à ce propos M. Jestaedt, *op. cit.*, p. 49.

68. Cf. Jachmann, Art. 95 GG, *in* Theodor Maunz et Günter Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, livraison complémentaire, 2015, chiffre marginal, p. 13-15.

69. Cf. *Ibid.*, III. 3. Cf. S. Drechsler, *Zeitschrift für das juristische Studium*, 2015, p. 344 (avec d'autres références).

70. Cf. S. Drechsler, *op. cit.*, p. 344.

puisque la loi sur l'organisation juridictionnelle (*Gerichtsverfassungsgesetz*) utilise explicitement cette expression[71].

La mesure dans laquelle le développement créatif du droit est admis dépend fortement de choix méthodologiques de principe. Il est toujours lié à la prévalence de méthodes dites objectives[72]. L'importance résiduelle d'une interprétation « subjective », qui se fonde sur la volonté du producteur de la norme tel qu'il apparaît en premier lieu dans la formulation de la disposition en question, limite la portée du développement créatif. Deux décisions relatives au droit de la procédure pénale de la deuxième Chambre de la Cour constitutionnelle fédérale montrent à quel point les limites du développement créatif du droit constituent des sujets de controverse[73]. Alors que le dispositif des décisions suit la ligne jurisprudentielle générale de la Cour selon laquelle la marge de la créativité est conçue en termes assez larges, les opinions dissidentes de trois juges vont au contraire dans le sens d'une contestation d'un tel développement, dès lors qu'il contredit la volonté clairement exprimée du législateur tel qu'il apparaît dans la formulation de la loi.

En ce qui concerne le droit juridictionnel en tant que source du droit, elle n'est, contrairement à la Suisse, pas reconnue à titre propre, alors que le droit coutumier bénéficie d'un tel statut. C'est en effet dans le droit coutumier que la doctrine trouve en dernier lieu la nature juridiquement contraignante du droit juridictionnel. À ces fins, on utilise le concept « d'usage juridictionnel[74] ». En ce sens, des éléments de jurisprudence consolidée constitueraient du droit coutumier et seraient, pour cette raison, contraignants. Cette doctrine faible, mais dominante, est cependant soumise à une vigoureuse critique et n'est en effet que peu convaincante. Il est tout d'abord contre-intuitif de dériver le droit juridictionnel du droit coutumier et non – en suivant Max Weber – l'inverse. En effet, l'interprétation du droit juridictionnel comme droit coutumier conduit au problème de savoir à partir de quel moment une coutume juridictionnelle est à tel point consolidée qu'elle constitue une source de droit. Seules les juridictions peuvent le constater, ce qui fait apparaître la nature circulaire de l'argument[75]. En outre, cette interprétation soulève la question de

71. Article 132, alinéa 4.
72. Cf. M. Jestaedt, *op. cit.*, p. 54.
73. Cour constitutionnelle fédérale vol. 118, 212 et vol. 132, 248.
74. Cf. par exemple Klaus Röhl, *Allgemeine Rechtslehre : ein Lehrbuch*, Cologne/Munich, Heymann, 1995, p. 573 ou B. Rüthers *et al.*, *op. cit.*, p. 150.
75. Cf. B. Rüthers *et al.*, *op. cit.*, p. 152.

savoir comment une « désuétude » pourrait être possible[76]. Là aussi, nous sommes renvoyés à la pratique juridictionnelle. Cependant, la jurisprudence des cours suprêmes ne constitue pas une source contraignante pour les tribunaux d'ordre inférieur – même si ces cours ont tendance à s'y tenir –, au moins dans les traditions européennes – et ici en particulier en Allemagne.

Le problème demeure ainsi sans solution. On peut citer à cet égard un passage de la *Méthodologie* de Röhl[77] : « Le droit juridictionnel ne devient une source qu'au moment où il est généralement remarqué et reconnu et devenu ainsi du droit coutumier. Le passage de données jurisprudentielles isolées à la coutume juridictionnelle, à la jurisprudence consolidée et constante et enfin au droit coutumier se produit insensiblement. Cela ne change toutefois rien au fait que les décisions juridictionnelles constituent une source matérielle de droit d'une force telle qu'on est bien enclin à parler tout de même de droit juridictionnel. » Il est difficile d'exprimer plus clairement l'absence de clarté.

4. Autriche

a. La clôture du système des sources

La doctrine autrichienne est, en termes de comparaison, fort prudente en ce qui concerne le développement créatif du droit. Cela tient sans doute au fait qu'un tel développement non explicitement autorisé n'est accessible que par la voie de « l'interprétation objective ». La tradition autrichienne du droit public est cependant fortement marquée par le principe de l'interprétation subjective, donc historique, d'une part et en termes de doctrine en raison du principe constitutionnel de légalité, d'autre part et sociologiquement en raison d'une conception fondamentalement positiviste. Il en va différemment en droit privé, mais on peut observer que les dispositions relatives aux formations renforcées de jugement pour la Cour suprême ne mentionnent justement pas, contrairement à l'Allemagne, le « développement créatif de droit ».

76. Ainsi Franz Bydlinski, « Hauptpositionen zum Richterrecht », in *Juristenzeitung*, 1985, p. 150, p. 159.
77. K. Röhl, *op. cit.*, p. 573.

Bien que cette question soit assez soigneusement évitée, Il n'en demeure pas moins, que le développement créatif a bien lieu dans les faits, en particulier dans le droit judiciaire ; et en effet, la Cour suprême utilise assez souvent le terme de « développement créatif de droit[78] » dans sa jurisprudence. Le terme apparaît même dans les décisions de la Cour constitutionnelle. Ici, c'est « l'interprétation conforme » qui sert de formule magique. Dans une récente décision proprement spectaculaire, la Cour constitutionnelle a posé un acte – tout à fait évident et largement discuté – de modification créatrice de droit sous le titre d'une « interprétation conforme au droit de l'Union européenne[79] ».

Alors qu'en Suisse tant le droit juridictionnel que le droit coutumier sont considérés comme sources de droit et qu'en Allemagne c'est au moins le cas pour le droit coutumier, en Autriche, ce n'est le cas ni pour l'un, ni pour l'autre. Il est au contraire question – dans la doctrine constitutionnelle – d'un principe de « clôture du systèmes des sources » et en théorie du droit d'une conception de la norme fondamentale qui n'inclut pas le droit coutumier[80]. On peut renvoyer à cet endroit à un rapport décisif présenté par Heinz Schäffer dans lequel cet auteur réfute les tentatives de fonder la qualité de source en matière de droit juridictionnel sur du « droit coutumier », réduisant l'importance pratique du prétendu droit juridictionnel à celui d'une coutume juridique non contraignante. Son argumentation se fonde principalement sur la séparation des fonctions étatiques, sur la clôture constitutionnelle du système des sources et en fin de compte, déjà sur l'article 8 du Code civil[81] aux termes duquel il est interdit au juge « d'expliquer une loi d'une manière généralement contraignante[82] ».

[...]

78. Une recherche dans le site des sources juridiques autrichiennes (RIS) donne un très grand nombre d'entrées.

79. Répertoire officiel des décisions de la Cour constitutionnelle autrichienne (VfSlg.), n° 19.632 ; cf. Magdalena Pöschl, « Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon », in *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 2012, p. 587.

80. Selon la théorie pure du droit, la norme fondamentale, supposition de validité de l'ordre normatif en vue de son analyse doctrinale suit une stratégie scientifique permettant justement cet objectif. Cela concerne tant le droit juridictionnel que le droit coutumier qui, à ce titre, ne sont pas considérer comme faisant partie du système des sources.

81. Il s'agit du Code civil autrichien.

82. « Rechtsquellen und Rechtsanwendung », *5. Österreichischer Juristentag*, Vienne, Manz, 1973, vol. I, 1/B, p. 53, p. 63.

c. Droit juridictionnel par voie d'obligations juridiques ?

Heinz Mayer a récemment considéré que les lois devaient être comprises au sens que leur attribuent les juridictions suprêmes. Ce serait en toute hypothèse le cas lorsqu'il existe une jurisprudence consolidée. Si toutes les possibilités interprétatives sont épuisées, tous les arguments considérés et si la juridiction suprême a développé une ligne stable, cet auteur veut admettre que cette compréhension devrait être obligatoire[83]. En particulier là où l'ordre juridique prévoit la catégorie d'une opinion juridique « indéfendable », une jurisprudence constante et consolidée devrait acquérir une signification spécifique limitant le spectre des applications possibles et admissibles et produirait sous ce rapport au moins une « certaine[84] » forme d'obligation. Mayer déduit ainsi le caractère obligatoire du droit juridictionnel à partir de devoirs juridiques.

Il convient de noter que l'idée d'une « opinion indéfendable » apparaît régulièrement lorsqu'on déduit des sanctions ou des prétentions de dédommagement à partir de procédures fautivement conduites[85]. Certes, la jurisprudence a développé des distinctions subtiles afin de dire dans quels cas une opinion juridique fausse ne devait néanmoins pas être considérée comme « indéfendable ». [...]

Il ne peut toutefois être question d'« effet obligatoire » en un sens théoriquement justifié lorsqu'un acte juridique doit être catégoriquement obéi, indépendamment de sa qualité substantielle, intellectuelle, bref « persuasive ». Si un règlement lie un organe administratif, ce dernier peut fort bien avoir des réserves concernant le caractère sensé, même simplement légal, des mesures en question ; cela ne change rien à la validité juridique de l'acte. Il est exact que la marge applicative de l'organe sera relativement limitée, peut tendre vers zéro en présence d'une jurisprudence de juridictions suprêmes. Il n'en résulte pas pour autant une force catégoriquement exclusive de cette jurisprudence. Dès lors qu'une opinion différente est en principe admise – même ouverte au contrôle des instances supérieures – il ne peut être question d'une force obligatoire catégorique et par conséquent d'une source de droit. [...]

83. Cf. Heinz Mayer, « Durchsetzung (Exekution) verfassungsgerichtlicher Erkenntnisse », *in* Michael Holoubek, Michael Lang (dir.), *Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen*, Linde, 2010, p. 41, p. 48.

84. Les guillemets sont de l'auteur.

85. Cf. par exemple les articles 302 du Code pénal et 1299 du Code civil (autrichien).

d. Droit juridictionnel comme « puissante recommandation »

[...]

La jurisprudence dont les organes de rang inférieur devront tenir compte peut se présenter de manière particulièrement convaincante, le maillage démonstratif particulièrement étroit, elle peut toujours être infirmée par des arguments intellectuels – et c'est là que se situe la différence fondamentale par rapport à des normes juridiques limitant le domaine d'une habilitation. Autrement, la jurisprudence ne pourrait pas être développée et améliorée. Comme le dit fort bien Tanzer : « L'originalité en matière de connaissance juridique ne devrait pas être trop fortement porteuse de risques[86]. » On peut donc dire de la jurisprudence qu'elle n'est pas obligatoire, mais remarquable au sens d'une obligation de connaissance et de discussion explicite et documentée de ses données. Le droit juridictionnel se laisse ainsi caractériser comme un acte de faible intensité normative, dépourvu de caractère contraignant, mais souvent doté d'une obligation de processuelle de connaissance. On peut ainsi le comprendre comme une espèce de « puissante recommandation[87-88] ».

VI. AUTRES PAYS EUROPÉENS

1. Remarque préliminaire

Il est commun aux constructions discutées jusqu'ici qu'elles cherchent à fournir une justification ou réfutation de phénomènes relevant du droit juridictionnel à partir du droit constitutionnel. Il existe à cet égard un contraste par rapport à la culture juridique française ou anglaise où l'on trouve d'autres constructions, pour des raisons respectivement différentes.

86. Michael Tanzer, « Die "vertretbare" Rechtsauffassungim Steuerrecht », *in* M. Holoubek et M. Lang (dir.), *Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen*, Vienne, Verlag Linde, 2002, p. 162. Lorsque le droit precessuel prévoit la possibilité d'un recours, elle invite en quelque sorte à ne pas considérer les motifs comme des normes contraignantes générales.

87. Une recommandation n'est donc pas strictement normative, mais « directive » au sens de Opałek, *Theorie der Direktiven und der Normen*, Vienne/New York, Springer, 1986, p. 98.

88. D'un point de vue théorique le droit jurisprudentiel n'a par conséquent pas de valeur contraignante en Autriche, ce qui dispense de l'intégrer dans la conception de la norme fondamentale.

On ne pourra en livrer qu'une assez grossière image, juste assez pour faire apparaître les différences.

2. France

Au regard d'une tradition remontant à Rousseau, la France est souvent considérée comme l'État de la loi par excellence, il est même parfois question du « culte français de la loi[89] ». Cette conception apparaît en contraste frappant avec le fait qu'il n'existe sans doute aucun autre ordre juridique en Europe – y compris celui du Royaume-Uni – qui soit à ce point marqué par l'importance du droit juridictionnel[90].

Si l'on ajoute la tradition d'un style de motivation particulièrement succinct, la qualité normative du droit juridictionnel repose ainsi ni dans une habilitation constitutionnelle ou même simplement législative, ni dans la qualité intellectuelle (« convaincante » ou « persuasive ») des produits juridiques juridictionnels. La clé semble plutôt se trouver dans la reconnaissance sociale d'une autorité institutionnelle. À côté de raisons historiques résultant de l'absence d'une détermination législative de l'action administrative, Georges Vedel[91] invoque explicitement l'« autorité de la justice ». Les décisions des juridictions administratives ne seraient pas obligatoires au regard du particulier susceptible d'invoquer directement la loi, mais toutefois l'administration. L'auteur mentionne ici de manière affirmative un « sautillement » de l'être vers le devoir-être[92-93].

89. Cf. Rainer Schmidt, *Verfassungskultur und Verfassungssoziologie*, New York, Springer, 2012, p. 107.

90. Cela vaut en particulier pour le droit administratif français. Ainsi, par exemple, la délimitation du droit public ne résulte pas d'une norme législative, mais d'une décision du tribunal des conflits (Blanco, 1873) ou l'auto-habilitation du Conseil d'État de décider même en l'absence de toute attribution de compétence (Cadot, 13 décembre 1889). Cf. à ce propos Eberhard Schmidt-Aßmann, Stéphanie Dagron, « Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen », in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2007, p. 395, p. 400.

91. Cf. Georges Vedel, « Le précédent judiciaire en droit public français », *Revue internationale de droit comparé*, Journées de la société de législation comparée, vol. VI, 1984, p. 265-288.

92. « Sautillement » entre guillemets dans le texte.

93. Dans la perspective de la théorie pure du droit, il s'agit de formuler la norme fondamentale de telle façon qu'elle ait le meilleur potentiel explicatif. S'il est ainsi besoin d'inclure une fonction obligatoire de la jurisprudence, cela permet d'éviter le sophisme non critique d'un passage de l'être au devoir-être et le sautillement vedélien.

L'importance de l'autorité institutionnelle se mesure au fait qu'en France l'« avis », donc une expertise en principe non contraignante d'une juridiction bénéficie d'une très haute considération. Ainsi, il est prévu qu'une chambre juridictionnelle puisse demander un avis auprès de la Cour de cassation et celle-ci peut spontanément en produire. Ces expertises sont certes explicitement dénuées de caractère contraignant, mais jouiraient néanmoins de la « même autorité[94] ».

3. Royaume-Uni

À la différence du droit continental, largement codifié, le droit anglais est fortement marqué par le parallélisme entre la *common law* traditionnelle et le droit législatif – « *statute law* » – explicitement posé[95]. Il en résulte une conception spécifique de l'ordre juridique[96].

Pour autant que les juridictions appliquent du droit général posé – et cela est de loin prévalent aujourd'hui[97] – la question du droit juridictionnel ne se pose en principe pas autrement que dans les systèmes continentaux. En cas de conflit, le droit législatif prévaut sur la *common law*[98]. Il est d'ailleurs remarquable que les tribunaux ont longtemps très étroitement suivi la lettre des textes législatifs. Ce n'est que récemment et par étapes se développant sur une durée relativement longue que le « *purposive approach* », contenant des éléments téléologiques et conférant une plus large marge discrétionnaire aux tribunaux[99]. Comme partout ailleurs, les frontières sont âprement discutées[100].

En ce qui concerne la force obligatoire de la jurisprudence, le principe de « *stare decisis* » est en vigueur entre juridictions dans différentes variantes

94. Cf. G. Hager, *op. cit.*, p. 210 donnant d'autres références.

95. Cf. Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts*, *op. cit.*, p. 112 ; Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, University of Pennsylvania Press, 2003, p. 30.

96. Il s'agit ici non pas d'un concept abstrait de « méthode », mais de celui qui est ancré dans une culture juridique particulière.

97. Cf. R. Cotterrell, *op. cit.*, p. 21 ou P. Atiya et R. Summers, *op. cit.*, p. 149.

98. Cf. R. Cotterrell, *op. cit.*, p. 30.

99. Cf. d'un point de vue général Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, 2005, en particulier p. 142.

100. Cf. R. Cotterrell, *op. cit.*, p. 30 : « But there is much doubt as how far judges are justified in doing so. »

et différenciations, en particulier entre le droit anglais et le droit américain[101]. La question d'une force obligatoire de la jurisprudence au-delà de la sphère judiciaire ne se pose apparemment pas, probablement parce que la question d'une limitation du catalogue des sources n'apparaît que dans des ordres juridiques globalement marqués par la production explicite de droit, ce qui n'est justement pas le cas dans ces cultures juridiques.

Concernant la question de la nature juridique du *common law*, nous rencontrons à nouveau l'ambivalence entre une interprétation comme « droit coutumier » et comme « droit juridictionnel ». Suivant son auto-description, la *common law* constitue une donnée pour le juge, son activité est conçu en ce sens comme purement déclarative[102]. Suivant cette conception, la position du juge anglais par rapport à la *common law* serait très semblable à celle du juge continentale par rapport au droit (fraîchement) codifié : il serait la « bouche » de la source générale respective[103].

Cette vision ne se laisse pourtant que difficilement maintenir, elle devient un mythe. Selon Roger Cotterell on rencontre en fait ici deux modèles interprétatifs différents[104] : on est d'abord confronté au passage à la conception selon laquelle les juridictions produisent parfois, mais non toujours, du droit en mode constitutif. L'autorité traditionnelle du droit serait supplantée par celle, en fait charismatique du juge individuel ou alors il conviendrait de lui chercher un fondement spécifiquement constitutionnel – comme aux États-Unis. Une autre voie consisterait alors dans le fait de voir dans le juge ni un créateur individuel de droit, ni un héraut de vérités éternelles, mais un « représentant d'une conscience juridique collective en plein développement ».

Il est hors de doute que la *common law* constitue une source générale obligatoire de droit. Car dans l'évolution juridique, le droit se développe d'abord comme droit jurisprudentiel qui n'est que lentement refoulé par du droit posé en termes généraux par voie législative[105].

Cette tension inhérente à la *common law* fait obstacle à la solution de la question de savoir s'il s'agit d'un droit « développé de façon créative » par les tribunaux puisque la *common law* serait « par sa structure même un continuum »[106].

101. Cf. parmi tant d'autres : P. Atiya et R. Summers, *op. cit.*, p. 118.
102. Cf. R. Cotterrell, *op. cit.*, p. 25.
103. Cf. *Ibid.*, II. 2.
104. R. Cotterrell, *op. cit.*, p. 28.
105. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1949, p. 134.
106. Ainsi G. Hager, *op. cit.*, p. 130.

En dernier lieu, nous retrouvons ici l'enseignement de l'ambiguïté entre connaissance et production juridique. L'image de la « double face du droit » saisit bien le fond du problème[107].

VII. CONCLUSION

Peter Pernthaler évoquait il y a seize ans déjà, un « processus globalement observable de détachement progressif du droit et des juridictions de l'État[108] ». Le juge et non le législateur serait l'élément dynamique de l'ordre juridique. Ce constat sociologique est sans doute encore valable aujourd'hui, en particulier en matière de droit supranational. Il paraît évident que l'élan juridictionnel qui part des juridictions européennes se transmet également aux tribunaux nationaux.

On peut cependant se demander s'il s'agit d'une tendance permanente de l'évolution juridique ou simplement d'une phase historique dans l'éternel jeu de miroir entre la loi et le jugement. De bonnes raisons plaident pour cette dernière hypothèse : les mouvements migratoires pourraient impulser une inversion de poussée en matière de politique de droits fondamentaux. Même l'intégration de plus en plus poussée par la dense jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne ne paraît plus irréversible au regard du « Brexit » à venir. Cela entraînerait un affaiblissement d'un élément moteur fondamental du droit juridictionnel, à savoir l'imprégnation compréhensive de l'ordre juridique par les droits fondamentaux. L'époque d'une protection juridique toujours plus fine pourrait céder la place à une évolution plus grossière. Et des cours constitutionnelles dont la légitimité est moins ancrée que celle de la Cour allemande, pourraient plus facilement se trouver limitées dans leurs compétences et délégitimées politiquement, comme on peut aujourd'hui l'observer en Hongrie et en Pologne.

Mais il ne s'agit là que de conjectures. La réalité seule pourra nous renseigner.

Traduction d'Otto Pfersmann

107. Cf. *Ibid.*, III. 2.
108. « Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat », in *Juristische Blätter*, 2000, p. 691.