

LE ROLE DE LA JURISPRUDENCE DANS LE COMMON LAW

Por DAVID EDWARD

*Juiz do Tribunal de Justiça das Comunidades
Europeias*

Le sujet qui m'a été proposé est le "Rôle de la jurisprudence dans le Common Law". Il faut d'abord définir nos termes. De quoi s'agit-il?

Comparons la scène juridique de l'Europe à un parc zoologique. On peut trouver dans ce parc toutes sortes d'animaux juridiques et judiciaires. Un des animaux les plus curieux pour les juristes du continent — comme le chameau pour ceux qui ne connaissent que le cheval — est la jurisprudence du Common Law. Que signifie "la jurisprudence du Common Law"?

Il s'agit essentiellement du "judge made law", système de droit élaboré par les juges se trouvant dans une série d'arrêts d'espèce et se construisant d'après ces précédents. A ce propos, notre poète, Alfred Tennyson, a parlé de:

*... the lawless science of our law,
That codeless myriad of precedent,
That wilderness of single instances ... (1).*

Toutefois, a-t-il, dans un autre ouvrage, défini l'Angleterre comme étant:

*A land of settled government,
A land of just and old renown,
Where freedom slowly broadens down
From precedent to precedent ... (2).*

(1) "La science de notre droit sans droit, cette myriade sans système de précédents, ce désert de cas d'espèce": Tennyson, *Aylmer's Field*.

(2) "Un pays de gouvernement établi, un pays renommé depuis longtemps et avec raison, un pays où la liberté s'épanouit vers le particulier de précédent à précédent": Tennyson, *You ask me why, tho'ill at ease*.

Le monde du Common Law comprend l'Angleterre, où la notion du Common Law est née, l'Irlande, les Etats-Unis et la plupart des pays de l'ancien Empire britannique. Dans ce monde, la plupart des pays ont dérivé leur droit par exportation directe de l'Angleterre. Mais il y existe également des systèmes "mixtes": les systèmes du Québec au Canada et de Louisiane aux Etats-Unis (partiellement français), et les systèmes de l'Ecosse, dont je suis originaire, de l'Afrique du Sud et du Sri Lanka (partiellement romano-néerlandais). Le monde du Common Law n'est donc pas uniforme.

Ceci dit, nous parlons ici essentiellement du système *anglais*. Je me concentrerai donc sur ce dernier en présentant mon exposé en quatre volets:

- le volet historique
- le volet socio-politique
- le volet juridique
- le volet pratique

Premier volet: le volet historique

Le volet historique est le plus important, dans un certain sens, car on ne peut absolument pas comprendre le système du Common Law sans se pencher un peu sur l'Histoire.

Si l'on regarde la charte juridique de l'Europe du point de vue historique, on trouve essentiellement deux facteurs de séparation entre le monde du Common Law et le monde du droit civil. Si l'on en revient à la métaphore du parc zoologique, il y a deux caractéristiques qui séparent les animaux du droit civil des animaux du Common Law.

Premier facteur historique: la réception du droit romain. C'est ce qui a imposé une notion de *système* sur les idées qui ont évolué après l'émergence des tribus du barbarisme. Face à toute une série de droits coutumiers de ces tribus, c'est la réception du droit civil romain qui a créé la notion d'un système de droit.

Deuxième facteur historique: la révolution française suivie des réformes de Napoléon. On peut en dégager trois éléments importants.

Premier élément: c'est la révolution française qui a concrétisé la notion selon laquelle la source du droit est la volonté du peuple, soit (ce qui n'est pas exactement la même chose) la volonté de la nation. Cette idée a trouvé une base idéologique dans les oeuvres des philosophes rationalistes et dans les théories du droit naturel. Mais, c'est au moment de la révolution française que cette idée s'est concrétisée.

Deuxième élément: les réformes de Napoléon ont fait que tout le droit doit se trouver dans un code qui remplace dans son entièreté le droit antécédent.

Troisième élément, venant également de Napoléon: la notion selon laquelle le rôle du juge consiste uniquement dans l'application du droit; le droit existe derrière le juge, voire au-dessus du juge, dont le rôle se limite à son application au cas d'espèce dont il est saisi ("le juge est la bouche de la loi").

Quant à l'organisation judiciaire, les réformes de Napoléon comportaient deux autres éléments importants: la territorialité de l'application du droit, entraînant l'établissement de toute une série de juridictions territoriales de rang égal à l'intérieur de l'Etat (en France, une Cour d'Appel pour chaque région judiciaire, un Tribunal de Grande Instance par département, etc.); et, parallèlement, le principe selon lequel la Cour suprême nationale (la Cour de Cassation) s'occupe uniquement du droit, l'application du droit aux cas d'espèce restant au juge local.

On peut dire que, à partir de ces idées, le développement du droit pour la plupart des pays composant le continent a recommencé en l'an Zéro. Ce fut le commencement d'une toute nouvelle attitude envers le droit, et c'est précisément cela qui est tout à fait différent de ce qui s'est passé en Angleterre. En effet, le droit de l'Angleterre n'a jamais connu cette rupture avec son Histoire.

Le droit de l'Angleterre connaît un développement continu depuis la période féodale: un développement caractérisé par deux éléments.

Premier élément: un grand accent sur la procédure, sur le droit d'agir en justice. C'est l'existence de la possibilité d'action qui détermine l'existence d'un droit — *ubi remedium ibi jus*, plutôt que *ubi jus ibi remedium*.

Deuxième élément: la systématisation du droit par voie prétorienne, c'est-à-dire par les juges. L'importance de cette tâche a valorisé le rôle du juge et, par conséquent, le rôle de la jurisprudence et cela, même dans le cas de lois créées par le législateur au Parlement. Si le Parlement crée la loi, c'est le juge qui l'interprète et *son interprétation est liante*. Il y a donc là une séparation fondamentale de la notion de code.

Au fil des années, on passe du système assez primitif de la période féodale au système très développé d'aujourd'hui. Il y a peut-être trois facteurs d'influence "récents" — c'est-à-dire qu'ils datent du XVIII^e siècle! — qui ont concrétisé l'importance de la jurisprudence:

— le besoin de certitude — en termes modernes, le besoin de sécurité juridique. Puisque le droit anglais ne connaît pas de code qui donne la certitude, cette dernière doit se trouver dans le "judge made law".

- la centralisation du pouvoir judiciaire et, pendant le XIX^e siècle, la création d'un véritable système d'appel. Avant le XIX^e siècle, il y avait plusieurs voies d'appel, mais pas un *système* d'appel, pas même une Cour d'appel unique.
- l'émergence et l'évolution de recueils de la jurisprudence fiables. On peut en effet trouver en Angleterre des recueils de la jurisprudence datant du XI^e siècle, mais, jusqu'à la fin du XVIII^e et au commencement du XIX^e, la fiabilité des recueils n'était pas certaine. A partir du XIX^e siècle, et surtout à partir de 1865, on a commencé à avoir des recueils fiables.

Aussi, c'est pendant le XIX^e siècle qu'on trouve l'évolution d'une vraie théorie de précédents — théorie de la jurisprudence — qui devient de plus en plus rigide. On trouve ici une manifestation de la "réserve judiciaire" quant à la *création* du droit par voie prétorienne. Suite à cette période de réserve, s'étalant de 1860 à 1960 environ, on peut constater un certain activisme de la part des juges britanniques. L'apparence du rôle de la jurisprudence dans le système britannique qui se présente aujourd'hui est donc nettement différente de ce que j'ai connu à l'époque où j'étais étudiant.

J'ai parlé jusqu'ici de l'Angleterre. Les systèmes de l'Irlande, des Etats-Unis et des anciennes colonies de l'Empire britannique se sont développés d'une manière plus ou moins différente à cause du fait que chacun a une constitution. Ainsi, aux Etats-Unis, en Irlande, au Canada et en Australie, on voit certains anciens principes du Common Law changer par la superposition d'une constitution, source de droit supérieure à la jurisprudence. C'est pour cette raison que j'insiste sur la spécificité du système anglais, que nous partageons un peu, mais pas absolument, en Ecosse.

Deuxième volet: le volet socio-politique

Passons aux aspects socio-politiques. Distinguons deux questions: d'une part, la question factuelle, "Qui crée le droit?" et, d'autre part, la question idéologique, "Qui devrait créer le droit? Le Roi? Le Parlement? S'il s'agit du Parlement: le Parlement en tant qu'assemblée de personnes élues mais indépendantes ou le Parlement en tant qu'assemblée de délégués du peuple ou de la nation?" A l'encontre de ces différentes idées vient l'autre possibilité qu'en fait, celui qui crée le droit, c'est le juge — notion absolument étrangère à ceux qui partagent la tradition napoléonienne.

Dans la mesure où le système du Common Law est un système dans lequel le juge crée le droit, quelle en est la justification? On a proposé diverses théories.

On a prétendu que le juge parle comme délégué du Roi: le juge est le "judge of the King's Court", et c'est le Roi qui parle par la bouche du juge. Une autre théorie, tout à fait différente, consiste à dire que le juge parle de sa propre voix, trouvant dans son propre sein les coutumes du peuple: le juge est l'interprète des coutumes du peuple ou des moeurs du peuple et, ainsi, de la volonté du peuple.

De telles théories ont donné un statut social tout particulier au juge, et vous constaterez que le juge, dans le monde anglo-saxon, a un statut beaucoup plus important que le juge dans le monde du droit civil en général.

Un autre élément qui a contribué au statut spécial du juge anglais est celui du respect de la tradition. En effet, on a accordé au Common Law lui-même un statut quasi-religieux. Je vous offre, par exemple, une citation d'un grand juriste anglais, Sir Frederick Pollock, parlant aux Etats Unis en 1911 en ces termes:

The appeal of Our Lady the Common Law is that freedom is her sister, and in the spirit of freedom her greatest work has ever been done. By that spirit our lady has emboldened her servants to speak the truth before kings, to restrain the tyranny of usurping license, and to carry her ideal of equal public justice and ordered right into every quarter of the world (3).

Cette vision du Common Law, comme article de foi, est devenue un des facteurs d'intégration de l'Empire britannique et continue à l'être, dans une moindre mesure, dans l'actuel Commonwealth (4). La même notion a été également facteur de fraternité avec les Etats-Unis, et c'est en partie en raison de l'amitié entre les juristes anglais et américains que l'on a réussi à promouvoir la volonté des Etats-Unis d'entrer dans la première guerre mondiale. Cette notion du Common Law comme facteur d'intégration a donc eu une importance historique.

Troisième volet: le volet juridique

Quel est l'élément le plus important qui distingue la jurisprudence dans le Common Law de la jurisprudence dans le système du droit civil? C'est essen-

(3) Notre Dame, le Common Law, nous attire parce que la liberté est sa soeur, et que c'est dans l'esprit de liberté que ses oeuvres les plus importantes ont été accomplies. Par cet esprit, Notre Dame a encouragé ses serviteurs à dire la vérité devant les rois, à restreindre la tyrannie des usurpations, et à porter dans toute partie du monde son idéal de justice publique égale et de droit ordonné: Pollock, *The Genius of the Common Law*, 1911, p. 124.

(4) L'on pourrait même prétendre que le Common Law constituait un facteur de légitimation de l'Empire et, par la suite, du Commonwealth.

tiellement le fait que *la jurisprudence constitue une source de droit que le juge est tenu d'appliquer*. Il n'a pas le choix, il est tenu d'appliquer la jurisprudence, mais, toutefois, sous certaines réserves. Dans ce contexte, il est très important de distinguer le précédent (l'arrêt d'espèce) et le principe que l'on dégage de ce précédent.

A cet égard, je vous cite deux juristes du XVIII^e siècle très importants dans l'histoire du Common Law. Tout d'abord, Lord Mansfield:

The law of England would be a strange science if indeed it were decided upon precedents only. Precedents serve to illustrate principles and to give them a fixed certainty. But the law of England, which is exclusive of positive law, enacted by statute, depends upon principles, and those principles run through all the cases according as the particular circumstances of each have been found to fall within the one or the other of them (5).

De manière plus synthétique, Lord Mansfield a dit:

The reason and spirit of cases make law, not the letter of particular precedents (6).

Dans le même sens, Blackstone a dit:

Precedents are the best evidence of the law (7).

Ces citations peuvent, en effet, être lues comme l'expression de l'idée des juristes continentaux selon laquelle le juge, en parlant, est la voix d'un droit ayant une existence indépendante, de celle de ses interprètes. Ce n'est pas le juge qui crée le droit; il en est plutôt le serviteur.

Venons-en à la *technique* du précédent dans le système anglo-saxon. Celle-ci comporte deux éléments essentiels: d'une part, le processus par lequel on établit

(5) "Le droit d'Angleterre serait une science curieuse si, en vérité, il dépendait uniquement des précédents. Les arrêts d'espèce servent à illustrer les principes et à leur donner une certitude fixe. Mais le droit d'Angleterre, qui ne comprend pas le droit positif, créé par la loi, dépend de principes. Et ces principes parcourent tous les arrêts d'espèce dans la mesure où les circonstances de l'espèce se trouvent couvertes par les principes [ainsi découverts]", *Jones v. Randall* (1774) Cowp. 37.

(6) "Le raisonnement et l'esprit des arrêts d'espèce créent le droit, pas la lettre des arrêts", *Fisher v. Prince* (1762) 3 Burr 1363.

(7) "Les précédents sont la meilleure preuve du droit", Blackstone, cited in C. K. Allen, *Law in the Making*, 6th edition, Oxford, 1958, p. 225.

le contexte factuel du précédent par rapport à celui du cas d'espèce et, d'autre part, la recherche de la "*ratio decidendi*". Ces techniques constituent deux éléments de base de la formation du juriste anglais.

Tout d'abord, on détermine si le précédent en question s'applique, sur le plan des faits, au cas d'espèce. Pour le faire, on examine l'exposé des faits qui se trouve toujours dans le recueil. On se pose la question de savoir si le contexte factuel du précédent est comparable à celui du cas d'espèce. Si le contexte factuel est différent, l'applicabilité du précédent est mise en doute: le précédent est "distinguishable". Si le contexte factuel des deux cas est comparable, on procède alors à déceler la *ratio decidendi* du précédent afin de l'appliquer au cas d'espèce.

Pour comprendre la notion de la *ratio decidendi*, il faut tenir compte de la forme des arrêts dans le système du Common Law. On opère le *distinguo* entre, d'une part, le dispositif ("order of the court") et, d'autre part, la motivation ("judgment"). Les deux existent séparément. Le greffier rédige ce que le juriste continental appellerait le dispositif qui se trouve dans les archives de la Cour. Le juge prononce oralement la motivation qui est sténographiée au moment du prononcé.

Lors de la discussion de ce matin, on a utilisé l'expression "la motivation dévoile le visage du juge". Or, c'est dans son "judgment" que l'on trouve le visage du juge anglais, et c'est du "judgment" que l'on doit dégager la *ratio decidendi* — l'essentiel du précédent. L'hypothèse sous-jacente est que le "judgment" se base sur une règle de portée générale — sur un principe, si vous voulez. Mais, contrairement au processus déductif du juriste du droit civil, le juriste du Common Law décèle la règle par un processus d'induction.

En d'autres termes, en établissant le contexte factuel du précédent, on détermine les paramètres de la règle; en dégageant la *ratio decidendi*, on cerne la forme universelle de la règle. Pour déterminer, ensuite, s'il y a lieu de suivre le précédent, il existe plusieurs règles, voire principes⁽⁸⁾.

Premier principe: tout arrêt pertinent de n'importe quel tribunal constitue un argument digne d'être pris en compte de manière respectueuse par un autre tribunal.

Deuxième principe: chaque juridiction est liée par les arrêts des juridictions supérieures. Dans la période classique, même les juridictions supérieures étaient liées par leurs propres arrêts.

Mais, troisième principe: l'arrêt n'a une autorité que pour sa *ratio decidendi*. C'est-à-dire que, seule, la *ratio decidendi* a une importance, et c'est pour cette rai-

(8) Voir Alien, *op. cit.*, p. 247 et seq.

son qu'il faut distinguer, dans le "judgment", ce qui est strictement pertinent pour la décision du cas d'espèce de ce qui constitue un "*obiter dictum*".

Quatrième principe: un précédent n'est pas abrogé par le cours du temps. Il est donc très possible de citer devant les tribunaux anglais un arrêt datant du Roi John de la Magna Carta. La seule réserve serait que les précédents trop anciens ne sont pas, en pratique, applicables aux circonstances modernes. Le juriste bien connu, Sir Carlton Allen, a dit: "*Precedents may be compared with wine, which improves with age, up to a certain point, and then begins to go off*"⁽⁹⁾.

Cinquième principe: un précédent peut être cité de n'importe quelle source que le tribunal considère fiable. C'est-à-dire que si l'on a un précédent qui se trouve dans n'importe quel recueil, même dans un journal tel que *The Times*, on peut le citer. Mais il y a une hiérarchie des recueils et, depuis 1865, il y a des recueils semi-officiels qui font autorité.

Ce sont donc les règles. Il y a eu des modifications, comme je l'ai dit, depuis les années 60. On trouve notamment, dans l'année passée, un arrêt très frappant de la House of Lords en Angleterre qui concernait la possibilité pour l'individu de récupérer les intérêts sur des taxes indûment perçues⁽¹⁰⁾. Il existait des précédents datant de l'époque de Lord Mansfield, c'est-à-dire à la fin du XVIII^e siècle, qui disaient que les intérêts ne sont pas récupérables sur les taxes indûment perçues à cause d'une erreur de droit. Ainsi, la House of Lords, face à cette question, s'est dit: "Qu'allons-nous faire? Soit nous nous restreignons, nous pratiquons la réserve judiciaire et nous adhérons aux précédents datant de deux siècles. Dans ce cas, il est certain qu'il n'y aura pas de justice. Soit nous prenons l'initiative, nous déclarons que tous ces précédents sont en désuétude, qu'ils sont mal fondés, et nous recommençons sur la base d'un bon principe". C'est le second choix qu'ils ont fait. On a ici la rupture pratique avec l'Histoire. Cela démontre également la flexibilité ainsi que l'incertitude du système.

Quatrième volet: le volet pratique

Revenons finalement au quatrième volet et demandons-nous quelle est la situation en pratique. Est-ce que l'animal du Common Law possède le même gène que l'animal du droit civil, ou sont-ce deux espèces différentes? Ce qui est

(9) "Le vin s'améliore avec l'âge mais à un certain moment il se détériore", Allen, *op. cit.*, p. 256.

(10) *Woolwich Equitable Building Society v. Inland Revenue Commissioners*, [1993] Appeal Cases 70.

clair est que la jurisprudence joue un rôle spécifique dans les pays du Common Law pour des raisons historiques et pratiques. La raison pratique est qu'il n'existe pas d'autres sources. Il n'y a pas de code et, là où il n'y a aucun code, il ne peut y avoir une autre source pour la plupart du droit. Il faut donc rechercher le droit dans les précédents. Il s'ensuit que, dans le régime interne, la jurisprudence joue un rôle nécessaire pour l'application du droit. Et c'est également la jurisprudence, sous réserve des remarques que je viens de faire, qui donne la certitude que tout le monde recherche dans le droit (la même idée, en effet, que celle du code).

Mais, ce qui est encore plus important, c'est que la jurisprudence et l'étude de la jurisprudence donnent sa cohérence au *système* du droit. C'est dans les "judgments" des juges, et surtout dans ceux des plus renommés, que l'on cherche la cohérence du droit, alors que dans les pays continentaux, on la cherche généralement auprès de la doctrine. Cela ne veut en rien dire que la doctrine ne trouve pas sa place dans l'évolution du Common Law ⁽¹¹⁾. Mais la place primordiale de la jurisprudence donne lieu à l'application de certaines règles, dont les systèmes continentaux n'ont pas besoin.

Ceci dit, venons-en à Luxembourg où, je dois dire, je me sens chez moi, car le droit communautaire est un droit qui dépend essentiellement de la jurisprudence. Il sera nécessaire que les juristes continentaux s'habituent à ce point de vue. Je vous donne un exemple. Au cours de l'année passée, la Cour de justice des Communautés européennes a, d'une certaine manière, renversé sa jurisprudence. Scandale à la Commission! Car — je cite un fonctionnaire de la Commission — "Nous avons dit aux Pays membres "Vous devez faire cela parce que la Cour l'a dit". Et voilà que maintenant la Cour commence à changer sa jurisprudence. Il faut avoir la certitude dans le droit». En réalité, ce fonctionnaire se pose exactement le même problème que le juriste du Common Law connaît quotidiennement.

Si, d'une part, le juriste du Common Law se trouve, dans le droit communautaire, devant une technique insolite d'interprétation de textes, à laquelle il doit s'accoutumer, le juriste continental doit, de l'autre part, apprendre du Common Law les techniques sophistiquées nécessaires à la meilleure utilisation des précédents. Il faut, à tout prix, éviter la rigidité qui vient d'un système de précédents trop fixe.

Face à un arrêt de la Cour de justice, le juriste communautaire devrait se poser les questions suivantes: Quel est le contexte factuel de l'arrêt que nous examinons?

⁽¹¹⁾ Voir, à cet égard, Birks, *Adjudication and interpretation in the common law: a century of change*, (1994) 14 *Legal Studies* 156.

Est-ce que cet arrêt est vraiment un précédent pour le cas d'espèce ou y a-t-il, dans les circonstances du précédent, quelque chose qui lui est propre et qui le distingue du cas d'espèce? Ensuite, à supposer que les deux cas sont comparables sur le plan des faits, quelle est la vraie base de la motivation de l'arrêt précédent?

Ce sont les techniques qui sont déployées quotidiennement par les juristes du Common Law et que, à mon avis, nous devons tous déployer pour comprendre, utiliser et développer le droit communautaire.

Mais, finalement, qu'est-ce qui compte? Je reviens à Lord Mansfield: ce sont la raison et l'esprit du droit qui comptent.