

LA JURISPRUDENCE ET LA DÉMOCRATIE PARTICIPATIVE

Louis Hill

Volume 29, numéro 1, 2024

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1115069ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1115069ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Centre de recherche en droit public Université de Montréal

ISSN

1480-1787 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Hill, L. (2024). LA JURISPRUDENCE ET LA DÉMOCRATIE PARTICIPATIVE. *Lex Electronica*, 29(1), 32–67. <https://doi.org/10.7202/1115069ar>

Résumé de l'article

Dans cet article, il s'agira de montrer que la jurisprudence donne à voir un processus d'élaboration collective des règles juridiques qui peut inspirer le projet d'une démocratie participative, voire d'une démocratie directe. La jurisprudence est en effet une institution dans laquelle les règles juridiques sont produites collectivement, non seulement par les juges, mais aussi sous l'influence et sous le contrôle des justiciables. Cette dimension participative de la jurisprudence connaît toutefois des limites. L'existence d'une hiérarchie judiciaire en constitue la principale. Mais il en existe d'autres, sur lesquelles cet article reviendra. Nous montrerons, cependant, que ces limites peuvent être surmontées et formulerons des propositions pour approfondir la dimension participative de la jurisprudence. Ultiment, cet article montrera que la discipline juridique peut apporter un éclairage nouveau sur les débats relatifs à la démocratie participative.

© Louis Hill, 2024



Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

LA JURISPRUDENCE ET LA DÉMOCRATIE PARTICIPATIVE

ii

Louis HILL¹

Louis HILL
La jurisprudence et la démocratie participative

¹ Doctorant en droit privé à l'École de droit de Sciences Po, courriel : louis.hill@sciencespo.fr.

Table des matières

1. La jurisprudence dans son état actuel : une œuvre collective	37
1.1 La participation des juges à l'élaboration de la jurisprudence	38
1.2 La participation des citoyens à l'élaboration de la jurisprudence	43
2. La jurisprudence dans son état actuel : une dimension participative limitée	48
2.1 La participation limitée des juges de fond	49
2.2 La participation limitée des citoyens	51
3. La jurisprudence réformée : vers une démocratie participative	53
3.1 La réforme du filtrage des pourvois en cassation	54
3.2 La réforme des jurys populaires	55
Conclusion	59

RÉSUMÉ

Dans cet article, il s'agira de montrer que la jurisprudence donne à voir un processus d'élaboration collective des règles juridiques qui peut inspirer le projet d'une démocratie participative, voire d'une démocratie directe. La jurisprudence est en effet une institution dans laquelle les règles juridiques sont produites collectivement, non seulement par les juges, mais aussi sous l'influence et sous le contrôle des justiciables. Cette dimension participative de la jurisprudence connaît toutefois des limites. L'existence d'une hiérarchie judiciaire en constitue la principale. Mais il en existe d'autres, sur lesquelles cet article reviendra. Nous montrerons, cependant, que ces limites peuvent être surmontées et formulerons des propositions pour approfondir la dimension participative de la jurisprudence. Ultimement, cet article montrera que la discipline juridique peut apporter un éclairage nouveau sur les débats relatifs à la démocratie participative.

MOTS-CLÉS

Démocratie participative; démocratie directe; jurisprudence; jurys populaires; chose des parties.

INTRODUCTION

[1] La démocratie participative. – La démocratie participative est une notion qui est apparue dans les années 1960 pour remédier aux insuffisances de la démocratie représentative. La démocratie représentative est en effet fondée sur une séparation entre les gouvernés et les gouvernants (MANIN, 2019, p. 171-205). La désignation de représentants, que ce soit par le biais d'une élection ou d'un tirage au sort, éloigne donc nécessairement les citoyens de la politique en confiant le pouvoir à d'autres. Pour Élisée Reclus, le droit de vote désigne le pouvoir de « nommer un ou plusieurs maîtres », c'est-à-dire de « renoncer à sa souveraineté » (RECLUS, 2014, p. 363). Il n'est toutefois nul besoin d'être anarchiste pour percevoir le défaut de légitimité de la démocratie représentative. Comme l'écrivait Pierre Mendès-France : « La démocratie ne consiste pas à mettre épisodiquement un bulletin dans une case, à déléguer les pouvoirs à un ou plusieurs élus, puis à se désintéresser, s'abstenir, se taire pendant cinq ans » (MENDÈS-FRANCE, 1962, p. 25). Ce défaut de légitimité tend d'ailleurs à nourrir la défiance des citoyens qui se traduit dans les démocraties libérales par des taux d'abstention records aux différentes élections organisées, ainsi que par une défiance des citoyens envers leurs institutions. En France par exemple, 64 % des citoyens affirment que la démocratie française ne fonctionne pas bien, et 68 % revendiquent la nécessité d'associer davantage les citoyens à la prise de décision (CEVIPOF, 2023, p. 31, 98). La notion de démocratie participative a été introduite dans les années 1960 pour revendiquer une participation plus grande des citoyens aux affaires publiques (BLONDIAUX, 2008, p. 15). Ces revendications ont été portées par des universitaires, mais aussi par des institutions, comme les partis, les syndicats et les associations (BLONDIAUX, 2008, p. 15-18; BACQUÉ et SINTOMER, 2011, p. 52-53), de telle sorte qu'il est possible de parler d'un « nouvel impératif participatif » (BLONDIAUX, 2008). Toutefois, les partisans de la démocratie participative ne refusent généralement pas (BACQUÉ et SINTOMER, 2011, p. 56-57) toute idée de représentation mais se contentent, le plus souvent, de prôner une « combinaison des structures classiques de la démocratie représentative avec des procédures de démocratie directe ou semi-directe dotées d'un pouvoir décisionnel » (BACQUÉ et SINTOMER, 2011, p. 17). Le terme est entouré d'un certain flou dès lors qu'il réunit des propositions plus ou moins radicales, en fonction de la place accordée à ces mécanismes participatifs au sein des démocraties, ainsi que de leur caractère décisionnel, ou simplement consultatif (BACQUÉ et SINTOMER, 2011, p. 17). Plusieurs outils de participation des citoyens ont ainsi été étudiés, comme les budgets participatifs (ROUSSOPOULOS et BENELLO, 2005, p. 270-291; SINTOMER et TALPIN, 2011, p. 27-74; BLONDIAUX, 2008, p. 49-53), les comités de quartier (GAUDIN, 2013, p. 34-35), les comités de travailleurs ou les conseils d'administration (KRAMER, 1972, p. 71-86; GAUDIN, 2013, p. 71-86), les jurys citoyens, mais aussi les référendums (BLONDIAUX, 2008, p. 34-35). Toutefois, et assez curieusement, la jurisprudence n'a pas inspiré des projets de démocratie participative.

[2] La jurisprudence et la démocratie. – Il serait toutefois réducteur de prétendre que l'institution judiciaire n'a pas intéressé les théoriciens de la démocratie. Les relations entre l'autorité judiciaire et la démocratie ont, au contraire, fait l'objet de nombreuses contributions portant, par exemple, sur le « gouvernement des juges » (LAMBERT, 1921; BRONDEL, FOULQUIER et HEUSCHLING, 2001), l'élection des juges (BONNEAU et GANN HALL, 2009; KRYNEN, 1999), ou encore les limites imposées par

le droit au fait majoritaire (RASKIN, 2004; MILLER, 2009). Ces contributions n'envisagent toutefois pas l'apport que l'institution judiciaire pourrait faire à la démocratie participative. Soit l'angle choisi est celui de la démocratie représentative, comme le souligne l'importance de la question de l'élection des juges, soit l'institution judiciaire est perçue comme un obstacle (légitime ou non) à la tyrannie de la majorité.

[3] La jurisprudence et la démocratie participative. – Certains ouvrages ont toutefois porté sur la participation des citoyens à la justice, en tant que juges non professionnels, ou au sein de jurys populaires (DZUR, 2012; MALSCH, 2016; MILLER, 2009; MICHEL et WILLEMEZ, 2008). Ces ouvrages laissent entrevoir la possibilité d'instituer la démocratie participative, voire une démocratie directe, par le judiciaire. Cependant, ils concernent principalement la question de la participation citoyenne aux décisions de justice et n'envisagent pas du tout la possibilité pour les citoyens de contribuer, par le biais de l'institution judiciaire, à la *formation de la jurisprudence*. La fonction juridictionnelle (*adjudication*) est privilégiée au détriment de la fonction légiférante (*law-making*) des juges. C'est un regret que l'on peut aussi exprimer en ce qui concerne les études portant sur la légitimité démocratique des jurys populaires (SAINT-PIERRE, 2013), même lorsque celle-ci est envisagée du point de vue de la démocratie participative (DZUR, 2012, p. 103-104; LAHAV, 2014), ce qui n'est pas toujours le cas (LEVER, 2015; ABRAMSON, 2015). Cela s'explique aisément : généralement, et à quelques exceptions près, comme la *nullification*² (DZUR, 2012, p. 104; ABRAMSON, 2015, p. 870; SCHEFLIN et VAN DYKE, 1980), les jurys populaires ne tranchent que des questions de fait et ne peuvent, par conséquent, contribuer à la formation de la jurisprudence. L'idée qu'un citoyen pourrait participer à la formation de la jurisprudence est également absente chez les théoriciens de la démocratie participative qui s'intéressent principalement aux autres formes de participation mentionnées précédemment (comités de quartier, budgets participatifs, référendums, assemblées citoyennes). Or, le droit des juges a souvent été assimilé par les juristes à un droit élaboré collectivement par une grande diversité de juges, saisis par des citoyens, dans une grande diversité d'instances, sur plusieurs générations. En *common law*, cette idée est même canonique. La *common law* serait, selon cette perspective, le produit de « l'expérience du peuple » (SAMUEL et LEGRAND, 2008, p. 61). Dans ce contexte, il nous semble fécond d'étudier la contribution que la jurisprudence, et non seulement l'institution judiciaire, peut faire à la démocratie participative.

[4] Mise en garde (Caveat). – L'objectif poursuivi dans cet article est de montrer que la jurisprudence constitue une institution dans laquelle les citoyens pourraient élaborer collectivement les normes qui les gouvernent. Nous ne nous prononcerons toutefois pas sur la nécessité, ou non, d'associer à cette participation directe des citoyens, une représentation politique, au sein d'un parlement par exemple. Cela nous conduirait à devoir trancher entre démocratie représentative et démocratie directe, ce que nous ne souhaitons pas faire ici. L'objet de cet article est uniquement d'étudier la jurisprudence comme outil de participation des citoyens à l'élaboration des normes qui les gouvernent. Notre contribution peut donc venir au soutien des projets de démocratie participative qui cohabitent avec des éléments de démocratie représentative, comme elle peut être conçue comme une contribution à l'imagination d'une démocratie directe.

² Pour en savoir plus, voir Section 3.2.

L'ambiguïté de la notion de démocratie participative permet de nous concentrer sur les relations entre la jurisprudence et la participation citoyenne, sans avoir à trancher entre démocratie directe et démocratie représentative ou à déterminer le degré d'hybridation idéal entre ces deux formes.

[5] Une approche critique. – Pour faire l'étude du potentiel participatif de la jurisprudence, nous adopterons une approche critique. Cela signifie que nous ne nous contenterons pas de décrire le droit tel qu'il est, mais ferons aussi ressortir ce qu'il *peut*, voire *devrait* être. Il serait en effet fort contestable d'affirmer que la jurisprudence est directement produite par les citoyens. Il n'en reste pas moins que l'institution judiciaire donne à voir un processus d'élaboration collective du droit qui doit intéresser la théorie de la démocratie. Si notre point de départ est constitué par une pratique qui peut être observée et décrite, notre démarche s'inscrit bien en rupture avec cette donnée, qu'il s'agit d'évaluer, de critiquer et de réformer. Un tel compromis est décrit par Samantha Besson et José Luis Martí comme une approche normative non idéale (BESSON et MARTÍ, 2023). L'approche est normative en ce qu'il s'agit de décrire le droit à partir de ce qu'il devrait être idéalement. Toutefois, l'approche est non idéale en ce qu'il convient de prendre en compte ce que le droit *est* dans sa configuration actuelle.

[6] Une approche juridique. – Il nous faut aussi préciser que l'approche adoptée dans cet article est *interdisciplinaire*. Nous entendons en effet faire contribuer le droit à l'imagination d'une démocratie participative. Cet article vient donc aussi lutter contre la marginalisation du droit dans les sciences sociales, en montrant comment les juristes peuvent se saisir d'objets extérieurs à eux, dans le sillage de la méthode esquissée par les auteurs de *L'analyse juridique de (x)* (ENCINAS DE MUNAGORRI, HENNETTE-VAUCHEZ, MIGUEL HERRERA, LECLERC, 2016). La jurisprudence devrait, selon nous, être une source d'inspiration pour les théoriciens de la démocratie participative. La jurisprudence est toutefois une notion technique. Elle peine à être saisie en dehors de la discipline juridique. Il nous semble dès lors que c'est *en juriste* que le potentiel participatif de la jurisprudence doit être exploré. Cela signifie que l'étude qui suit partira bien des concepts élaborés par les juristes, avec les controverses qui les accompagnent, afin de mettre en exergue la dimension collective du droit jurisprudentiel. Nous nous intéresserons donc aux procédures formelles et processus plus informels par lesquels les règles jurisprudentielles sont élaborées par une pluralité d'acteurs.

[7] La thèse et le plan de l'étude. – L'objectif de cet article est de montrer que la jurisprudence est une œuvre collective qui peut, à condition d'en approfondir la dimension participative, inspirer les projets d'une démocratie participative. Conformément à l'approche normative non idéale adoptée ici, il s'agit de partir de ce que la jurisprudence *est*, pour ensuite dévoiler ce qu'elle *pourrait* être, dans une démocratie participative. Nous montrerons que si la jurisprudence, telle qu'elle existe en droit français, et en particulier en droit civil français, est une œuvre collective (1), sa dimension participative reste limitée (2). Pour qu'elle puisse inspirer un projet de démocratie participative, certaines réformes semblent nécessaires (3).

1. LA JURISPRUDENCE DANS SON ÉTAT ACTUEL : UNE ŒUVRE COLLECTIVE

[8] Une évidence. – La dimension collective du droit élaboré par les juges est bien connue des juristes. Ils se plaisent à la mettre en exergue à travers de nombreuses images et concepts. La jurisprudence française (CRUET, 1908, p. 74; TAP, 2021, p. 171; LANZARA, 2017, p. 104; ZENATI, 1997, p. 160), comme la *common law* (MUNROE SMITH, 1906, p. 21; CARDOZO, 2011, p. 32; POUND, 1921, p. 173) sont par exemple assimilées à une expérimentation scientifique. C'est que l'expérimentation est un processus scientifique collectif liant plusieurs générations de scientifiques à travers le temps. Ronald Dworkin compare, quant à lui, l'élaboration du droit de *common law*, à travers les précédents, à l'écriture (collective) d'un roman à la chaîne (DWORKIN, 1986, p. 228-238). Ces analogies soulignent la dimension collective du droit qui est élaborée par les juges. On retrouve celle-ci dans la définition qu'en font les juristes. Le droit élaboré par les juges, qu'il s'agisse de la jurisprudence, ou du *case law*, est ainsi souvent défini comme une « coutume » (BLACKSTONE, 1893, p. 14; PLANIOL, 1928, p. 7) ou une « habitude de juger » (CORNU, 2022, p. 594) partagée par les juges. La dimension collective du droit élaborée par les juges fait ainsi figure d'évidence pour les juristes. C'est cette évidence que nous souhaitons étudier plus précisément. Pour cela, nous prendrons pour objet la jurisprudence telle qu'elle est instituée en droit français.

[9] La jurisprudence : une participation souvent idéalisée. – En droit français, la jurisprudence renvoie à « une habitude de juger » (CORNU, 2022, p. 494). Elle sert aussi à désigner le résultat de cette habitude, c'est-à-dire une « solution consacrée d'une question de droit considérée au moins comme autorité, parfois comme source de droit » (CORNU, 2022, p. 594). Contrairement à la législation, la jurisprudence est élaborée au cours d'un processus dont la visée principale n'est pas de produire du droit, mais de trancher un litige. Le droit jurisprudentiel est donc le fruit d'une multiplicité de jugements rendus par plusieurs générations de juges, travaillant au sein de plusieurs tribunaux, et niveaux de juridiction, pour trancher des litiges portés par des parties différentes et ayant des objets différents. C'est pourquoi, la jurisprudence est souvent encensée par les juristes pour sa capacité à refléter l'esprit du temps, les mœurs et répondre aux besoins de l'époque (JOSSERAND, 1897, p. 9; SALEILLES, 2004, p. 105-106; LAMBERT, 1900, p. 232; ESMEIN, 1902, p. 12; CRUET, 1908, p. 83; MOLFESSIS, 2004, p. 140). Elle est ainsi vue comme un droit qui viendrait « d'en bas » (CRUET, 1908, p. 74). Pour Saleilles, la règle jurisprudentielle « née dans l'office du notaire, force la porte des tribunaux; contestée d'abord, attaquée et successivement révisée, elle se fait reconnaître enfin au plus haut degré de la juridiction » (SALEILLES, 2004, p. 105-106). À chaque échelon, la règle jurisprudentielle serait perfectionnée. Pour Saleilles, comme pour Cruet, et plus généralement les auteurs mentionnés plus haut, la jurisprudence serait élaborée par une diversité d'acteurs. Nous estimons que ce constat doit intéresser les théoriciens de la démocratie participative. Il est un bon point de départ pour imaginer une démocratie participative plus aboutie. Mais il convient, pour ce faire, de ne pas en donner une vision *idéalisée*. Les auteurs mentionnés plus haut se contentent souvent de célébrer la jurisprudence sans nécessairement préciser les processus et procédures qui font de celle-ci une œuvre collective.

[10] Précision de l'objet d'étude et plan. – Pour éviter cet écueil, nous avons fait le choix d'étudier les contraintes juridiques qui limitent l'activité créatrice des juges français. Notre hypothèse est la suivante : si la formation de la jurisprudence est bien un processus collectif, alors des contraintes doivent obliger les juges à prendre en compte les opinions, volontés, préférences, actes, d'autres individus, lorsqu'ils exercent leur pouvoir normatif, c'est-à-dire lorsqu'ils posent, modifient, étendent, ou abandonnent une jurisprudence. On peut distinguer deux types d'acteurs qui sont susceptibles de contraindre ainsi les juges. Ce sont, en premier lieu, d'autres juges qui, en posant et amendant un précédent, limitent l'activité créatrice de juges subséquents (1.1). Mais d'autres acteurs, comme les parties au procès, les tiers, les jurés, ou encore les *amicus curae*, participent aux débats judiciaires, voire à la prise de décision, et influencent, plus ou moins directement, l'activité des juges (1.2).

1.1 LA PARTICIPATION DES JUGES À L'ÉLABORATION DE LA JURISPRUDENCE

[11] De la jurisprudence aux précédents. – Pour saisir la dimension participative de la formation de la jurisprudence, il nous faut préciser cette notion. Elle est, en effet, « floue, contingente, insaisissable » (FOUSSARD, 1994, p. 226). Se référer à une « habitude de juger » (CORNU, 2022, p. 494), comme nous l'avons fait, reste imprécis. À partir de quel moment peut-on dire qu'une habitude existe ? D'ailleurs, certains arrêts de la Cour de cassation « font jurisprudence » immédiatement, en étant prononcés de façon « décisive » (JESTAZ, 1994; COQ, 2014). On pourrait même dire que c'est parce qu'ils sont perçus comme obligatoires que certains jugements sont suivis et « font jurisprudence ». En ce sens, il nous paraît plus fécond de mobiliser la notion de « précédent ». Le précédent désigne une décision qui agit comme un « modèle » (MACCORMICK et SUMMERS, 1997, p. 1; TAP, 2021 p. 37) ou une « référence » (CORNU, 2022, p. 790) pour une décision ultérieure. Cela signifie que si les juges sont confrontés à un cas analogue, alors ils doivent trancher le litige de la même façon. La jurisprudence se forme précisément parce que certaines décisions sont traitées comme des « précédents », c'est-à-dire comme des décisions qui font autorité. L'avantage de la notion de précédent est qu'elle insiste sur l'existence d'une *contrainte* qui pèse sur les juges et les force à prendre en compte les actions d'autres juges dans l'élaboration de la jurisprudence.

[12] Les précédents en droit français. – À ce stade, on peut s'interroger : les juges français sont-ils tenus de suivre leurs propres précédents ? Formellement, tel ne semble pas être le cas puisque l'article 5 du *Code civil* prohibe les arrêts de règlements, même s'il est possible d'arguer que le principe d'égalité qui résulte de l'article 6 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, et de l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, implique nécessairement une règle du précédent, puisque les citoyens doivent être égaux devant la loi, et donc aussi devant les juridictions qui les appliquent³. Dans le sillage des travaux récents sur les précédents en France (LEROY, 2021; ROUVIÈRE, 2023, p. 57-69; PROS-PHALIPPON, 2013), nous préférons toutefois faire un pas de côté, en envisageant le précédent comme une contrainte de nature argumentative.

³ Voir par exemple CEDH, gr. Ch. 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie*, n°10249/03, para. 104 : « : « Sans que la Cour soit formellement tenue de suivre ses décisions antérieures, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents ».

[13] Une contrainte argumentative. – Il ne s’agit donc pas de déterminer son caractère formellement obligatoire mais uniquement d’observer qu’il constitue bien une contrainte, sur le plan argumentatif. Cela a été bien démontré à travers plusieurs études portant sur l’usage des précédents par les conseillers rapporteurs de la Cour de cassation et par les rapporteurs publics du Conseil d’État (PROS-PHALIPPON, 2013; LEROY, 2021). Il apparaît qu’au sein de ces hautes juridictions, l’argument de précédent est un argument souvent utilisé. Dans ce contexte, on peut dire que si la règle du précédent (*stare decisis*) n’est pas une règle officielle en droit français, elle « s’est déjà insinuée dans notre système juridique » (MOLFESSIS, 2003, p. 567). On peut toutefois s’interroger quant au statut des précédents devant les juges du fond. Se sentent-ils liés par leurs propres décisions ? Il est difficile de répondre à cette question car ces décisions restent largement inaccessibles (SERVERIN, 2009). Cela est en train de changer puisqu’un arrêté du 28 avril 2021, pris en application de l’article 9 du décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives, prévoit la mise en ligne de toutes les décisions des tribunaux et des cours d’appel des ordres administratif et judiciaire à partir de décembre 2025. En attendant, le poids des précédents dans le raisonnement des juges du fond reste indéterminé. Mais, on peut raisonnablement supposer que l’argument de précédent consistant pour un avocat, par exemple, ou un juge, à se référer à une ancienne décision prise par la même juridiction, voire parfois par les mêmes magistrats, a un poids argumentatif certain. Le principe de non-contradiction est, après tout, un principe logique. Il y a parfois des divergences de jurisprudence au sein même d’une juridiction, entre différentes chambres par exemple (ANCEL et RIVIER, 2003), ce qui confirme que les précédents ont sans doute une force argumentative variable, en fonction, par exemple, de la nouveauté de la question de droit tranchée, ou de son caractère controversé.

[14] La formation de la jurisprudence par la répétition des précédents. – Le fait que des précédents existent en droit français est intéressant pour notre objet. Cela signifie qu’à travers leurs décisions, des juges peuvent *contraindre* d’autres juges à juger, en un certain sens, dans des décisions futures. Évidemment, tout dépend de la force de la contrainte exercée. Si la décision est répétée plusieurs fois, dans des cas différents, alors elle aura un poids argumentatif certain. Comme le note Guillaume Leroy dans sa thèse, lorsqu’un précédent est répété plusieurs fois par la Cour de cassation ou le Conseil d’État, « cela génère une forme d’automaticité argumentative » (LEROY, 2021, p. 49-50). On parle, plus formellement, de « jurisprudence constante » pour évoquer cette automaticité. Celle-ci peut même être invoquée lorsqu’est contestée la constitutionnalité d’une disposition législative dans le cadre d’une Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC)⁴. Elle permet, en outre, d’informer le Conseil constitutionnel quant à la portée de la disposition législative dont la constitutionnalité est contestée, puisqu’est alors prise en compte l’interprétation constante qui est effectuée par la haute juridiction (la Cour de cassation ou le Conseil d’État) de cette disposition. La répétition accroît ainsi le poids des précédents dans le raisonnement juridique des juges. Comme la coutume, la jurisprudence se forme alors par la répétition, par un grand nombre de juges différents, d’un précédent. Comme elle, elle est le fruit de l’habitude (CARDOZO, 2011, p. 31; HAURIOU, 1929, p. 112; CORNU, 2022, p. 594), et de l’imitation

4 Cons. Const., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, AJDA 2011. 705, tribune Eric Sagalovitch, D. 2010. 2744, note François Chénédé, obs. Inès Gallmeister.

(DEMOGUE, 1911, p. 73; MALAURIE et MORVAN, 2009, p. 307). Se formant par la répétition des précédents, la jurisprudence est bien une œuvre collective.

[15] Une participation limitée ? – Nous avons ainsi vu que la formation d'une jurisprudence, par la répétition d'un précédent, était un processus collectif. Toutefois la participation des juges à la formation de la jurisprudence paraît limitée : il s'agirait d'appliquer ou, au contraire, de ne pas appliquer le précédent. La participation semble binaire : *appliquer ou ne pas appliquer*. Nous aurions ainsi démontré le caractère collectif de la formation de la jurisprudence, mais la contribution de chaque juge à son élaboration serait limitée, voire inégale. Les juges qui posent le précédent ont le privilège de construire la règle jurisprudentielle, là où les juges subséquents se contenteraient d'appliquer ou, au contraire, de ne pas appliquer le précédent. Cette objection ignore que le fait de suivre ou, au contraire, de ne pas suivre un précédent, a un impact sur la portée de la règle jurisprudentielle posée dans le précédent. Avant de le montrer, il nous faut préciser ce que nous entendons par « règle jurisprudentielle ».

[16] Les règles jurisprudentielles. – La règle jurisprudentielle désigne ce qui dans un précédent peut être considéré comme contraignant pour un juge subséquent. Affirmer que le précédent doit être suivi, c'est dire que lorsque les faits Y et Z sont réunis, les juges doivent juger en un certain sens X. C'est donc bien reconnaître l'existence d'une règle de la forme si Y, Z alors X. En *common law*, la règle est formulée⁵, implicitement, ou explicitement, au sein de la *ratio decidendi*, qui désigne « le support nécessaire de la décision » (DAVID et JAUFFRET-SPINOSI, 2004, p. 283). En France, la règle se trouve dans les motifs de la décision qui fait précédent. En ce qui concerne les précédents de la Cour de cassation, la règle peut être formulée implicitement ou explicitement. Parfois, la Cour de cassation débute en effet sa motivation par formuler, de façon générale, un principe, dans un attendu que l'on appelle un « attendu de principe ». Dans un arrêt en date du 29 juin 2007, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a, par exemple, énoncé :

[L]es associations sportives ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres, sont responsables des dommages qu'ils causent à cette occasion, dès lors qu'une faute caractérisée par une violation des règles du jeu est imputable à un ou plusieurs de leurs membres, même non identifiés⁶.

[17] Dans cet extrait, les juges énoncent une *règle* qui découle, selon eux, de l'ancien article 1384, alinéa 1^{er} du *Code civil*, et sur laquelle nous reviendrons ci-après. Dire que cet arrêt pose un précédent, c'est, en d'autres termes, conférer une normativité à cette règle (qui interprète le sens de l'ancien article 1384 du *Code civil*). Mais, la règle jurisprudentielle peut aussi être formulée de façon implicite. Lorsque les juges précisent la définition d'un terme, comme la notion de garde en responsabilité civile, ou estiment qu'une disposition législative n'a pas été bien interprétée par le juge du fond⁷, ils contribuent à préciser le sens de celle-ci et posent, implicitement, une règle

⁵ Cette façon de traiter les précédents comme des règles est un modèle parmi d'autres (SAMUEL, 2018, p. 89-95).

⁶ Cass. ass. plén. 29 juin 2007, n° 06-18.141, *RTD civ.* 2007. 782, note Patrice Jourdain, *D.* 2007. 2408, note Jérôme François.

⁷ Dans ce cas, la Cour de cassation se fait juge de la qualification des faits, ce qu'elle refuse parfois de faire (LAMENT; BACHELLIER; JOBARD-BACHELLIER, 2018, p. 125-162).

d'interprétation de celle-ci⁸. Ce sont ces règles qui sont construites collectivement par les juges. Suivre ou ne pas suivre un précédent modifie en effet le champ d'application de ces règles.

[18] Le distinguishing. – Lorsqu'un juge écarte l'application d'un précédent, il contribue à déterminer le champ d'application de la règle jurisprudentielle. Il existe une diversité de raisons, plus ou moins légitimes (LLEWELLYN, 1960, p. 51-53), de s'opposer à l'application d'un précédent. Il peut exister une opposition sur le bienfondé de la décision elle-même, divisant les chambres d'une même juridiction. Ultimement un organe supérieur, comme l'assemblée plénière de la Cour de cassation, permettra de résoudre le désaccord. Une façon plus commune d'écarter l'application d'un précédent consiste à arguer que les faits des deux espèces ne sont pas analogues. Dans les pays de *common law*, on parle dans ce cas de *distinguishing*. Ce terme désigne l'opération consistant à effectuer une distinction entre les faits de deux espèces pour écarter l'application d'un précédent (DAVID et JAUFFRET-SPINOSI, 2002, p. 284; DUXBURY, 2008, p. 113-116). À travers cette opération, les juges, y compris les juges français (ROUVIÈRE, 2023, p. 64), font toutefois davantage que de comparer des cas; ils façonnent collectivement le champ d'application d'un précédent. Pour Neil Duxbury, le fait d'affirmer que le fait X distingue les cas A et B et de refuser, sur ce fondement, l'application du précédent A1, revient à préciser le champ d'application de A1 (DUXBURY, 2008, p. 115). Une exception est ajoutée. Le champ d'application de la règle jurisprudentielle peut ainsi être limité. Toutefois, cette limitation peut ensuite être suivie par d'autres juges et faire jurisprudence aussi. Les juges élaborent ainsi collectivement des règles jurisprudentielles à travers les précédents qu'ils posent. Ainsi, le fait de ne pas appliquer un précédent conduit à limiter le champ d'application d'une *règle jurisprudentielle*⁹.

[19] Un exemple. – Une exception est en quelque sorte introduite. C'est, par exemple, ce que la deuxième chambre civile a fait dans un arrêt du 26 novembre 2020¹⁰. Elle pose une exception au principe du transfert de la garde, formulé dans l'arrêt *Franck*. Dans ce fameux arrêt, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi qui reprochait à une Cour d'appel d'avoir écarté la responsabilité du propriétaire d'un véhicule qui lui avait été dérobé et qui avait causé un dommage. La responsabilité du fait des choses avait été consacrée précédemment dans les arrêts *Teffaine*¹¹ et *Jand'heur*¹², notamment pour permettre l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. La Cour de cassation avait confirmé, dans son arrêt *Franck*, que la Cour d'appel était fondée à rejeter la responsabilité du propriétaire du véhicule, dès lors qu'il n'en était pas le gardien, puisqu'il était « privé de l'usage, de la direction et du contrôle de sa voiture » et n'en avait donc plus la garde. L'arrêt *Franck* pose donc le principe du transfert de la garde. Dans un autre arrêt du 26 novembre 2020¹³, la deuxième chambre civile a interprété de façon restrictive cette règle en rejetant le pourvoi qui reprochait à une

⁸ Voir par exemple l'arrêt *Franck* présenté plus bas dans cette section.

⁹ Pour une définition, voir plus bas dans cette section.

¹⁰ Cass. 2e Civ., 19 novembre 2020, n° 19-19.676, *RTD Civ.* 2019. 349, note Patrice Jourdain.

¹¹ Cass. Civ., 16 juin 1896, *Teffaine*, S. 1897, 1, 17, note Paul Esmein, D. 1897, 1, 433, note Raymond Saleilles.

¹² Cass. Ch. réun. 13 février 1930 *DP*. 1930. 1. 57, note George Ripert, S. 1930, 1. 121, note Paul Esmein.

¹³ Cass. 2e Civ., 19 novembre 2020, n° 19-19.676, *RTD Civ.* 2019. 349, note Patrice Jourdain.

Cour d'appel d'avoir condamné les propriétaires d'un pistolet gomme-cogne à réparer le préjudice résultant de l'utilisation dommageable de celui-ci par un enfant qui s'était blessé sévèrement en l'utilisant, sans l'accord des propriétaires et après s'être introduit dans leur sous-sol. Une exception, justifiée en l'espèce par l'équité semble-t-il, est introduite à l'application de la règle. Son champ d'application est donc restreint. On peut estimer que d'autres arrêts peuvent encore limiter le champ d'application de la règle en introduisant d'autres exceptions.

[20] La généralisation de la règle jurisprudentielle. – Mais les juges peuvent aussi généraliser la règle en l'appliquant à des cas nouveaux, par analogie¹⁴. Un cas typique de généralisation progressive d'une règle jurisprudentielle se trouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative au principe général de responsabilité du fait d'autrui. Ce principe a en effet été graduellement construit sur le fondement de l'ancien article 1384, alinéa 1^{er}, du *Code civil* (l'actuel 1242, alinéa 1^{er}). Nombreux sont ceux qui évoquent une « jurisprudence des petits pas » pour insister sur la construction graduelle (expérimentale même) de la règle jurisprudentielle (DEUMIER, 2017, para. 18; TAP, 2021, p. 171; LANZARA, 2017, p. 83). Dans l'arrêt *Blieck*¹⁵, l'assemblée plénière pose la première pierre de l'édifice. Il s'agit en l'espèce d'une action en réparation introduite à la suite d'un incendie ayant endommagé une forêt appartenant aux requérants. Un handicapé mental, qui s'était vu accorder une totale liberté de circulation par le centre d'aide dans lequel il avait été placé, avait mis le feu à celle-ci. Les demandeurs ont estimé que l'association qui gère le centre avait l'obligation de réparer le préjudice résultant du comportement de la personne handicapée qu'elle encadrait. La Cour d'appel de Limoges accueille la demande sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du *Code civil*. Cela est surprenant puisque les situations dans lesquelles une personne peut être responsable des actes d'une autre personne étaient limitativement énumérées dans l'ancien article 1384 du *Code civil*, ce que la Cour de cassation avait déjà rappelé¹⁶. En se fondant sur l'alinéa 1^{er}, la Cour reconnaît un principe général de responsabilité du fait d'autrui. Le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel pose ainsi la question de l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui. La Cour de cassation rejette le pourvoi et admet qu'un tel principe existe. Elle ne le formule toutefois pas dans sa généralité, mais se contente de rappeler la nature de la mission que l'association réalisait (« la charge d'organiser et de contrôler le mode de vie de cet handicapé »), pour en conclure que la Cour d'appel était fondée à condamner l'association à réparer le préjudice subi. L'arrêt peut être considéré comme un arrêt d'espèce (FRISON-ROCHE, 2014) dans le sens où la règle jurisprudentielle qui est posée est très circonstanciée. En doctrine, certains estiment alors que le principe est limité aux actes commis par des personnes dangereuses, prises en charge par une personne physique ou morale qui assure un contrôle sur ceux-ci à titre permanent (MONÉGER, 1991). L'extension de ce principe à d'autres actes, commis, par exemple, par des mineurs encadrés par des proches, autres que les parents, ou par des moniteurs de colonies de vacances, fait également débat (VINEY, 1991; MONÉGER, 1991). Graduellement toutefois, la Cour de cassation applique « par

¹⁴ On peut évoquer un raisonnement analogique qui vient étendre le précédent. Là aussi, la responsabilité civile en est un bon exemple (ROUVIÈRE, 2023, p. 218).

¹⁵ Cass. ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231, obs. Elie Alfandari, *RD com.* 1991. 258, obs. Ellie Alfandari, *RTD civ.* 1991. 312 obs. Jean Hauser, *RTD civ.* 1991. 541, note Patrice Jourdain.

¹⁶ Civ. 2e, 24 nov. 1976, *D.* 1977. 595, note Christian Larroumet.

espèces successives » (LARROUMET, 1991) le principe à d'autres instances et en généralise ainsi le champ d'application. La chambre criminelle a, par exemple, retenu la responsabilité civile d'un tuteur pour les faits commis par une personne en tutelle¹⁷. De même, la deuxième chambre civile reconnaît que la personne à qui le juge des enfants a confié la garde d'un enfant peut être responsable des actes commis par celui-ci¹⁸. Ensuite, la deuxième chambre civile reconnaît la responsabilité d'une association sportive pour les actes commis par ses membres au cours d'une compétition sportive qu'elle organisait¹⁹. Cette extension conduit aussi à élargir le champ d'application du principe, puisque la Cour de cassation estime alors que le contrôle exercé par l'association n'a pas besoin d'être un contrôle permanent sur « le mode de vie » de la personne, comme c'était le cas dans l'arrêt *Blieck*. Le principe est même appliqué à un défilé de majorette²⁰, ce qui semble élargir considérablement le principe puisque les situations visées précédemment concernaient les actes commis par des personnes dangereuses ou au cours d'activités considérées comme risquées. Ainsi, la Cour de cassation avait posé dans *Blieck* un principe circonstancié qui a été graduellement étendu. Cela est le fait de plusieurs juges différents, au sein de la deuxième chambre civile notamment, mais aussi du concours d'autres chambres, comme la chambre criminelle en l'occurrence. La règle jurisprudentielle est donc construite graduellement à travers plusieurs arrêts. En généralisant, ou au contraire, en limitant le champ d'application de la règle jurisprudentielle, qui agit comme un *précédent* contraignant, les juges d'une même juridiction élaborent collectivement, et de façon horizontale, la jurisprudence. La jurisprudence est donc bien une œuvre collective.

1.2 LA PARTICIPATION DES CITOYENS À L'ÉLABORATION DE LA JURISPRUDENCE

[21] La participation des profanes : un angle mort. – Nous avons vu que l'institution judiciaire donnait à voir une élaboration collective des règles jurisprudentielles. Elle peut donc inspirer un projet de démocratie participative. Mais cela implique d'intégrer davantage le citoyen en son sein. Cette inclusion n'est pas toujours envisagée par les juristes. Cela s'explique par le fait que le juge est parfois vu comme un représentant du peuple (HAURIOU, 1929, p. 112; SAVIGNY, 1855, p. 36), et pas seulement²¹ lorsqu'il est élu. Pour Savigny par exemple, le droit élaboré par les jurisconsultes, et appliqué par les juges, incarnerait l'esprit général de la nation, dès lors que les juristes savants représenteraient nécessairement le peuple, « dont ils font partie » (SAVIGNY, 1855, p. 43). Estimant que le peuple est déjà représenté dans l'élaboration de la jurisprudence, les juristes ne se sont pas toujours intéressés à la question de la participation des citoyens.

[22] La participation des profanes : une diversité de formes. – Dans cette partie, il s'agit de déterminer si les citoyens contribuent à l'élaboration de la jurisprudence. Pour ce faire, nous avons fait le choix de nous concentrer sur les dispositions qui agissent

17 Cass. crim., 28 mars 2000, n° 99-84.075, *RTD civ.* 2000. 586, note Patrice Jourdain, *RTD civ.* 545, obs. Jean Hauser, *RDSS.* 2001. 150, obs. Françoise Monéger, *D.* 2000 466, note Denis Mazeaud.

18 Cass. 2e Civ., 6 juin 2002, n° 00-12.014.

19 Civ. 2e Civ., 22 mai 1995, n° 92-21.197 et n° 92-21.871, *D.* 1996. 29, note François Alaphilippe, *RTD civ.* 1995. 899, note Patrice Jourdain.

20 Cass. 2e Civ., 12 décembre 2002, n° 00-13.553, *D.* 2003. 2441, obs. Franck Lagarde, *RTD civ.* 2003. 305, obs. Patrice Jourdain.

21 En France, les juges rendent leurs décisions « au nom du peuple français ».

comme des *contraintes* que les juges *doivent* prendre en compte lorsqu'ils contribuent à la formation et l'évolution de la jurisprudence. Nous avons donc écarté les formes de participation des citoyens qui leur garantissaient uniquement une influence sur les juges. Tel est le cas des procédures consultatives, comme la « procédure interactive ouverte » proposée par la commission de réflexion sur la « Cour de cassation 2030 » (COUR DE CASSATION, 2021, p. 46) qui permettrait à des citoyens de faire entendre leur voix lors d'une « séance préparatoire publique » devant la Cour de cassation. Tel est aussi le cas des *amicus curae*, qui désignent littéralement les « amis de la Cour », c'est-à-dire « la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personnalité à venir à l'audience afin de fournir, en présence de tous les intéressés, "toutes les observations propres à éclairer le juge" » (Paris, 6 juillet 1988; comp. CPC, a. 232) » (CORNU, 2022, p. 62). Le problème de ces procédures est qu'elles n'accordent qu'une *influence* sur les juges, et ne permettent pas aux citoyens de les *contraindre*. L'impact sur l'élaboration de la jurisprudence est donc limité. Nous nous sommes donc concentrés sur les pouvoirs de contrainte qu'exercent les parties au cours d'une instance (1.2.1), ainsi que sur les pouvoirs décisionnels qui sont conférés à certains citoyens (1.2.2).

1.2.1 LA PARTICIPATION DES CITOYENS EN TANT QUE PARTIES

[23] Les citoyens comme parties à l'instance. – Par les actions qu'ils introduisent, les citoyens participent à l'élaboration de la jurisprudence. Contrairement à la législation, qui intervient indépendamment de la vie des administrés, la jurisprudence est produite par des juges qui sont saisis par les citoyens. Les juges ne peuvent contribuer à l'élaboration de la jurisprudence que lorsque les citoyens se tournent vers eux. Ce fait est bien connu (LÉONI, 2006, p. 50; SALEILLES, 2004, p. 105-106; HAYEK, 2013, p. 231). Dans de nombreux États, le procureur a toutefois l'opportunité des poursuites, ce qui limite la possibilité pour les citoyens de saisir la justice. Il n'en reste pas moins qu'en règle générale, et notamment en droit civil, les juges ne peuvent créer du droit que lorsque les citoyens les saisissent. Cela confère un pouvoir d'initiative au citoyen qui fait de lui un acteur important de l'élaboration jurisprudentielle du droit. De ce point de vue, l'accès du citoyen à la justice est fondamental, puisque c'est cet accès qui lui permet d'influencer, certes indirectement, la formation de la jurisprudence. En Europe, il est garanti par l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme* (CEDH)²². Mais il est plus généralement favorisé, au niveau international, par différentes conventions, comme la Convention Aarhus²³, ou encore l'Accord Escazú²⁴. Outre le demandeur et le défendeur, des tiers peuvent aussi être amenés à intervenir en tant que parties au procès. On parle d'intervention volontaire lorsque le tiers se manifeste de lui-même, et d'intervention forcée lorsqu'il est « mis en cause aux fins de condamnation par toute partie qui est en droit d'agir contre lui à titre principal », ou lorsqu'il est « mis en cause par la partie qui y a intérêt afin de lui rendre commun le jugement »²⁵. Non seulement les citoyens contribuent à l'élaboration de la jurisprudence en saisissant un

²² CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, Série A, n°18.

²³ Article 9 de la *Convention Aarhus sur l'accès à l'information*, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (ouvert à la signature le 25 juin 1998, entrée en vigueur le 30 octobre 2001), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 2161, p. 447.

²⁴ Article 8, de l'*Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes* (adoptée le 4 mars 2018, entrée en vigueur le 22 avril 2021), *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 3397 C.N.195.2018.

²⁵ Article 331 du *Code de procédure civile*.

juge, qui ne peut sans cela participer à l'élaboration de la jurisprudence, mais ils peuvent aussi forcer d'autres citoyens à devenir eux aussi des parties.

[24] Le procès : la chose des parties. – Comme parties au procès, les citoyens déterminent, de plus, la teneur des débats judiciaires, et participent donc indirectement à la formation de la jurisprudence. En droit civil, on dit que le procès est « la chose des parties » ou que les « parties sont maîtresses du litige » (MOTULSKY, 2009, p. 39). Cela signifie plus concrètement que les parties initient la procédure²⁶, peuvent la terminer avant son issue²⁷, et déterminent à travers leurs prétentions l'objet²⁸ du litige que le juge ne peut, sauf exception, dénaturer²⁹. L'objet du litige est, selon l'article 4 du *Code de procédure civile* « déterminé par les prétentions respectives des parties ». Une prétention renvoie à ce qui est demandé³⁰ par une partie au cours du procès, que ce soit dans l'acte introductif du demandeur ou, plus tard, dans les conclusions des parties, y compris du défendeur qui demande non seulement à ce que l'autre partie soit déboutée de sa demande, mais peut aussi formuler des demandes reconventionnelles³¹. Le juge est tenu de ne pas dénaturer l'objet du litige. En vertu de l'article 5 du *Code de procédure civile*, « [l]e juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ». Par conséquent, dénature l'objet du litige, le juge qui modifie la demande des parties sans les avoir invitées à formuler des observations complémentaires³². De même, le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé. À défaut, un recours en rectification peut être introduit pour que le juge puisse compléter son jugement et statuer sur le chef de demande qu'il avait omis³³. Ces dispositions confèrent un pouvoir important aux parties dans l'élaboration de la jurisprudence. Le juge est en effet contraint par l'objet du litige et ne peut agir sur une jurisprudence qui serait étrangère à celui-ci. Les parties encadrent donc le pouvoir normatif du juge en déterminant l'objet du litige. Nous verrons plus loin que cet encadrement connaît toutefois une limite importante³⁴.

[25] La nécessité de répondre aux moyens des parties. – En vertu des articles 455 et 458 du *Code de procédure civile*, les juges sont tenus de motiver leurs décisions. À défaut, les décisions des juges du fond encourent la cassation pour défaut de motifs. C'est le cas non seulement lorsque la motivation est absente, mais aussi lorsqu'elle est défectueuse, et notamment, mais pas seulement, en cas de défaut de réponse à conclusions. Les juges du fond doivent en effet répondre aux moyens des parties, lorsque ceux-ci sont des « véritables moyens » (BORÉ et BORÉ, 2023, p. 432-433, para. 77.211-77.217), c'est-à-dire lorsque les parties se fondent sur un fait ou un acte (i)

26 Article 1 du *Code de procédure civile*.

27 Article 1 du *Code de procédure civile*.

Article 4 du *Code de procédure civile*.

29 Article 5 du *Code de procédure civile*.

30 Dans la mesure où le demandeur n'est pas tenu de « donner à sa prétention une coloration juridique », et que le juge n'est pas lié par cette coloration juridique, il est préférable selon Henri Motulsky de se référer au résultat économique et social recherché par une partie, comme le versement d'une somme d'argent (pas forcément qualifiée immédiatement de dommages et intérêts) (MOTULSKY, 2009, p. 44).

31 Article 64 du *Code de procédure civile* : « Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ».

32 Voir par exemple Cass. 2e Civ., 21 octobre 2004, *RTD Civ.* 2005, 183, obs. Roger Perrot.

33 Article 463 du *Code de procédure civile*.

34 Voir Section 2.2.

en vue d'en tirer des déductions juridiques (ii) qui ont une influence sur la solution du litige (iii) (BORÉ et BORÉ, 2023, p. 432-433, para. 77.211-77.217). Lorsqu'on est en présence d'un « véritable moyen », le juge est tenu d'y répondre, même si cela peut être fait de façon implicite, en justifiant, par exemple, une autre qualification des faits que les moyens entérinaient, ou en rejetant les faits sur lesquels les moyens étaient fondés (BORÉ et BORÉ, p. 438, para. 77.263). Que la motivation soit implicite ou explicite, les parties peuvent néanmoins forcer le juge à y répondre et donc à clarifier, compléter, nuancer, une jurisprudence préexistante. Les moyens sont en effet des énoncés qui tirent des déductions juridiques à partir de faits ou actes juridiques. Le devoir de répondre peut donc forcer le juge à justifier une qualification, plutôt qu'une autre, et donc à préciser le sens de la règle de droit, y compris indirectement de la règle jurisprudentielle qui interprète une disposition législative.

1.2.2 LA PARTICIPATION DES CITOYENS EN TANT QUE JUGES OU JURÉS

[26] Les juges non professionnels. – En droit français, les citoyens sont parfois amenés à trancher directement des litiges. On peut dire qu'ils participent directement à la décision judiciaire et ils *semblent*³⁵ donc contribuer directement à l'élaboration de la jurisprudence. Avant d'évaluer ce dernier point, il nous faut étudier les différentes voies par lesquelles un citoyen peut être amené, en droit français, à trancher directement un litige. Deux options peuvent être distinguées : il peut agir en tant que juge non professionnel, ou en tant que juré. Les juges non professionnels sont des « citoyens désignés ou élus qui participent à l'œuvre de Justice aux côtés des magistrats professionnels » (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2023). Contrairement aux jurés qui ne tranchent que des points de fait au cours d'un procès aux assises, les juges non professionnels occupent, à titre temporaire, des fonctions de magistrat et sont donc amenés à participer aux délibérés en vue de trancher un litige. En France, tel est, par exemple, le cas des assesseurs du tribunal pour enfants³⁶, des conseillers aux prud'hommes³⁷, des magistrats à titre temporaire³⁸, des juges consulaires³⁹, des assesseurs au sein du tribunal paritaire des baux ruraux⁴⁰, et des assesseurs des pôles sociaux au sein des tribunaux judiciaires⁴¹. Certains sont sélectionnés par une autorité, comme le garde des Sceaux, s'agissant des assesseurs du tribunal pour enfants⁴², ou par le premier président de la Cour d'appel, sur proposition d'organisations professionnelles⁴³, pour les assesseurs des pôles sociaux, par le Président de la République, sur avis du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), pour les magistrats à titre temporaire⁴⁴, ou encore par le garde des sceaux et le ministre du travail sur proposition des organisations syndicales et professionnelles, pour les juges

35 Nous verrons que cela n'est pas le cas (Section 2.2), mais que cela pourrait l'être moyennant quelques réformes (Section 3.2).

36 Art. L251-3 à L251-6 du *Code de l'organisation judiciaire*.

37 Art. L1441-1 à L1441-31 du *Code du travail*.

38 Art. 41-10 à 41-16 du *Code de l'organisation judiciaire*.

39 Art. L723-1 à L723-14 du *Code de commerce*.

40 Art. R492-4 à R492-7 du *Code rural et de la pêche maritime*.

41 Art. L218-1 à L218-12 du *Code de l'organisation judiciaire*.

42 Art. L251-4 du *Code de l'organisation judiciaire*.

43 Art. L218-3 du *Code de l'organisation judiciaire*.

44 Art. 41-12 du *Code de l'organisation judiciaire*.

prud'hommaux⁴⁵. D'autres juges non professionnels sont en revanche élus, comme les juges consulaires qui sont des personnes inscrites sur les listes électorales des chambres de commerce et d'industrie ou des chambres de métiers et de l'artisanat, et sont élus par leurs pairs⁴⁶ (art. L723-1 du *Code de commerce*) pour siéger dans les tribunaux de commerce.

[27] Une fonction représentative et non participative. – Qu'ils soient élus ou simplement nommés, de nombreux juges non professionnels ont une fonction *représentative*. Elle est parfois explicitée par les textes, comme pour les assesseurs des tribunaux paritaires des baux ruraux dont les sections sont composées de « deux représentants des bailleurs et deux représentants des preneurs »⁴⁷. De même, les assesseurs des pôles sociaux des tribunaux judiciaires sont choisis sur une liste dressée « sur proposition des organisations professionnelles intéressées les plus représentatives »⁴⁸. Parfois, cette dimension représentative n'est pas explicitée, mais elle découle du mode de nomination puisque les juges non professionnels sont nommés sur proposition d'organisations professionnelles, comme c'est le cas pour les juges prudhommaux, ou directement élus par leurs pairs, comme c'est le cas des juges consulaires. Seuls les magistrats à titre temporaire, et les assesseurs au tribunal pour enfant semblent dénués de fonction représentative. Ce constat limite l'intérêt que l'on peut porter pour les juges non professionnels du point de vue de la démocratie participative. En effet, comme nous l'avons vu en introduction, la représentation tend à écarter le citoyen de la prise de la décision, au lieu de l'intégrer. Si les fonctions de magistrat à titre temporaire et d'assesseur au tribunal pour enfant paraissent plus adéquates pour penser une démocratie participative, elles restent exceptionnelles et ne concernent que très peu de citoyens. On voit mal comment un nombre suffisant de citoyens pourrait être incorporé au sein de l'organisation judiciaire à travers ces fonctions. Nous avons donc fait le choix de nous concentrer sur l'institution du jury qui rassemble un plus grand nombre de citoyens et paraît, dès lors, plus apte à assurer l'inclusion de tous les citoyens, et non seulement de quelques-uns, dans l'élaboration de la jurisprudence. En d'autres termes, contrairement aux juges non professionnels, les jurys populaires intéressent la démocratie participative. Nous avons d'ailleurs vu en introduction que de nombreux théoriciens les avaient étudiés dans cette perspective.

[28] Les jurys populaires – Dans la plupart des démocraties libérales contemporaines, des jurys populaires existent ou ont existé. Le jury populaire désigne un groupe de citoyens tirés au sort et amenés à trancher un litige : « j'entends par jury un certain nombre de citoyens pris au hasard et revêtus momentanément du droit de juger » (TOCQUEVILLE, 1850, p. 328). Ils sont généralement encadrés par un ou plusieurs juges professionnels et ne peuvent, de manière générale, décider que des points de fait, en opposition à des points de droit. Le jury est une institution qui est centrale dans la tradition de *common law*, en matière pénale, mais aussi en matière civile, et notamment à partir des XVII^e et XVIII^e siècles (SAINT-PIERRE, 2013, p. 63; ROSANVALLON, 2006, p. 217). Aux États-Unis, les cinquième et sixième

45 Art. L1441-1 du *Code du travail*.

46 Art. L723-1 du *Code de commerce*.

47 Art. R492-1 du *Code rural et de la pêche maritime*.

48 Art. L218-3 du *Code de l'organisation judiciaire*.

amendements reconnaissent le droit des citoyens à être jugés par un jury en matière pénale. Le septième amendement prévoit, quant à lui, que le droit à un jury devrait être « préservé ». Ce dernier terme a fait l'objet de controverses (REDISH, 1975-1976). Aux yeux de la Cour suprême le septième amendement octroie un droit à un jury en matière civile au niveau fédéral seulement⁴⁹. En Angleterre, le jury a pratiquement disparu en matière civile, mais continue d'exister en droit pénal (HANLY, 2005). Les jurys populaires existent aussi en dehors de la *common law*. En Europe, c'est à partir du XVIII^e siècle, et sous l'influence des lumières, que l'institution du jury apparaît comme un moyen de limiter les erreurs judiciaires (ROSANVALLON, 2006, p. 218). Les jurys existent ainsi aussi en France, en Belgique, au Danemark et ont existé pendant longtemps en Allemagne et aux Pays-Bas (MALSCH, 2016, p. 33-58).

[29] Les jurys et la démocratie participative. – Les liens entre le jury populaire et la démocratie participative sont étroits. Le jury a en effet été défendu d'un point de vue délibératif et participatif par les révolutionnaires américains (ROSANVALLON, 2006, p. 219-222). Cette défense est parfois reprise dans les débats relatifs à la légitimité des jurys (SAINT-PIERRE, 2013, p. 65; MALSCH, 2016, p. 25-26). Avec le jury, les citoyens sont en effet amenés à participer directement à la prise des décisions et ne délèguent pas leurs fonctions à un représentant. Il est vrai toutefois que l'ensemble des citoyens ne délibère pas, ce qui nous éloigne de la démocratie directe. Le jury a même parfois été pensé comme une instance représentant le peuple (MALSCH, 2016, p. 21-23) : il serait « à la représentation du peuple pour la justice ce que le Corps législatif était à la représentation du peuple pour la loi » (ROSANVALLON, 2006, p. 221). Il n'en reste pas moins que, par le biais du jury populaire, des citoyens ordinaires participent directement à la prise de décision. Il est toutefois difficile de dire que les jurés contribuent à l'élaboration de la jurisprudence puisqu'ils ne tranchent que des points de fait, et non des points de droit⁵⁰. Nous verrons, dans la Section 3, comment il est possible de remédier à cela. Pour l'heure, il suffit de souligner le potentiel participatif de cette institution qui inclut directement les citoyens au sein de l'institution judiciaire, même si les jurys populaires n'exercent pas d'influence sur l'élaboration de la jurisprudence.

2. LA JURISPRUDENCE DANS SON ÉTAT ACTUEL : UNE DIMENSION PARTICIPATIVE LIMITÉE

[30] Deux limites. – Nous avons vu que la jurisprudence était une œuvre collective. Non seulement les juges participent conjointement à la formation de la jurisprudence, mais ils doivent, de plus, prendre en compte l'action de certains citoyens ordinaires qui interviennent comme parties, comme tiers, ou comme jurés. Dans cette section, nous nuancerons le constat précédent en montrant que d'importantes limites fragilisent la dimension participative de la jurisprudence, qu'il s'agisse de la formation de la jurisprudence par les juges (2.1) ou de la participation des citoyens ordinaires (2.2).

⁴⁹ *Minneapolis et St. Louis R. Co. V. Bombolis*, 241 U.S. 211 (1916).

⁵⁰ Voir Section 2.2.

2.1 LA PARTICIPATION LIMITÉE DES JUGES DU FOND

[31] La question de la hiérarchie judiciaire. – Au sein d’une même juridiction, la participation de plusieurs générations de juges à la construction des règles jurisprudentielles paraît relativement égale. Toutefois, si on élargit la perspective en prenant en compte différents niveaux de juridiction, la participation des juges à l’élaboration de la jurisprudence paraît inégale. Dans l’ordre juridique français, les précédents de la Cour de cassation sont ainsi suivis par les juridictions inférieures, que ce soit par peur de la cassation (LARROUMET et AYNÈS, 2013, p. 205), par imitation (LEQUETTE, TERRÉ, CAPITANT, CHÉNEDÉ, 2015, p. 84) ou parce qu’ils reconnaissent à ces précédents une force obligatoire, fondée, par exemple, sur la mission d’unification de la jurisprudence poursuivie par la Cour de cassation. Cette mission peut en effet être déduite de l’article L411-1 du *Code de l’organisation judiciaire*, mais aussi du principe d’égalité qui découle de l’article 6 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789, ainsi que de l’article 1^{er} de la *Constitution* du 4 octobre 1958. On voit mal comment les citoyens pourraient être égaux sans une institution chargée d’unifier les jurisprudences locales (BORÉ et BORÉ, 2023, p. 702; BELAÏD, 1974 p. 300). Ces dispositions expliquent sans doute pourquoi les juges du fond se sentent liés par les précédents de la Cour de cassation, même si aucune disposition ne le prévoit expressément⁵¹. En tout état de cause, les précédents de la Cour de cassation tendent, en pratique, à être suivis par les juges du fond. Cela ne signifie pas qu’il n’y a pas des exceptions (après tout, la règle du précédent connaît des exceptions outre-manche aussi, comme la *House of Lords* l’a précisé, dans son *Practice Statement*⁵² de 1966). Mais cela veut dire que les précédents de la Cour de cassation agissent comme des contraintes argumentatives au niveau des cours d’appel et des tribunaux judiciaires et que l’élaboration de la jurisprudence est, par conséquent, un processus dans lequel les magistrats de la Cour de cassation jouent un rôle de premier plan. Il peut donc paraître inopportun de s’inspirer de l’institution judiciaire pour imaginer une démocratie participative : l’élaboration des règles jurisprudentielles y est collective, mais certains juges auraient plus de pouvoir que d’autres. Cela fragilise la dimension collective de la production des règles jurisprudentielles. Mais, nous montrerons que ce constat ne la remet pas complètement en cause.

[32] Les résistances des juges du fond. – Tout d’abord, en raison de l’absence d’une règle formelle du précédent, il est en théorie toujours possible pour les juges du fond de s’opposer à la jurisprudence de la Cour de cassation et de tenter de la faire évoluer. En pratique, l’arrêt risque toutefois la cassation. Néanmoins, la Cour d’appel se prononçant sur renvoi peut refuser, après cassation, de se conformer à la solution adoptée par la Cour de cassation. Le terme couramment utilisé pour décrire cette opposition est celui de « résistance ». Contrairement à une simple erreur ou méconnaissance, la résistance « évoque une liberté consciente et assumée : les juges ne sont pas convaincus par l’interprétation retenue par l’arrêt de cassation » (DEUMIER, 2017, para. 100). Cela reste toutefois rare, puisque comme nous l’avons vu, l’argument de précédent est un argument contraignant, surtout lorsqu’un précédent est constamment appliqué par la

51 Officiellement la force obligatoire des précédents de la Cour de cassation n’est pas reconnue par le droit positif. Il y a toutefois une exception. L’article L431-4 du *Code de l’organisation judiciaire* dispose en effet que : « Lorsque le renvoi est ordonné par l’assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci ».

52 [1966] 1 W.L.R 1234.

Cour de cassation et constitue une « jurisprudence constante ». Toutefois, il est toujours possible de s'opposer à cette jurisprudence⁵³, même si ultimement la Cour de cassation aura le dernier mot, en vertu de l'article L431-4 du *Code de l'organisation judiciaire*. Il n'en reste pas moins que les résistances des cours d'appel sont parfois prises en compte par la Cour de cassation et font évoluer sa jurisprudence. Cela relativise la verticalité de la jurisprudence.

[33] L'exemple de l'arrêt *Franck*. – En droit de la responsabilité civile, l'arrêt *Franck*⁵⁴ constitue un bon exemple de dialogue entre les juges du fond et la Cour de cassation. Après les arrêts *Teffaine*⁵⁵ et *Jand'heur*⁵⁶ qui posent conjointement le principe général d'une responsabilité du fait des choses, il n'allait pas de soi que le vol d'une chose transférerait la garde de la chose, du gardien, souvent le propriétaire, au voleur. La Cour de cassation avait même jugé le contraire dans un arrêt du 3 mars 1936⁵⁷ (LEQUETTE, TERRÉ, CAPITANT, CHÉNEDÉ, p. 373). Elle s'était en ce sens opposée à une partie de la doctrine et à la jurisprudence des juges du fond (JOSSEMAND, 1936, p. 37). Toutefois, la Cour d'appel de Besançon, se prononçant sur renvoi, a retenu le transfert de la garde, dans une décision du 22 février 1937⁵⁸. Elle estime que « par définition, la garde d'une chose consiste dans le fait de la conserver et de la surveiller; que cesse donc, d'avoir la qualité de gardien d'une chose celui pour lequel la surveillance de ladite chose est devenue une impossibilité absolue ». L'arrêt *Franck* fait suite à cette résistance. La Cour de cassation revient en Chambres réunies sur son arrêt de 1936, et confirme une appréhension matérielle de la garde (LEQUETTE, TERRÉ, CAPITANT, CHÉNEDÉ, 2015, p. 374). La résistance de la Cour d'appel de Besançon a ainsi permis à la Cour de cassation de revenir sur sa jurisprudence et de s'aligner sur la jurisprudence des juges du fond. Un « dialogue des juges » (COMBEXELLE, 2021, p. 2500) est à l'œuvre.

[34] La préséance du juge du fond. – Une autre limite à la verticalité du pouvoir exercé par la Cour de cassation réside dans l'office du juge de cassation. En vertu de l'article L411-2 du *Code de l'organisation judiciaire*, la Cour de cassation « statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire ». Cela signifie que si la Cour de cassation exerce une *autorité* sur les juges du fond, elle ne peut l'exercer que si des requérants forment un pourvoi contre le jugement d'une Cour d'appel. Dès lors, les juges du fond peuvent développer leur jurisprudence librement, tant que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question. Évidemment, lorsqu'une question de droit fait débat, un pourvoi en cassation est très probable. Néanmoins, l'office du juge de cassation fait qu'une jurisprudence autonome des juges du fond reste possible. De surcroît, en cas de question nouvelle, comme celle que posaient les arrêts qui précédaient l'arrêt *Franck*, la Cour de cassation se prononce dans un second temps et

53 D'un point de vue réaliste, on pourrait arguer que cela est toujours possible aussi en droit anglais. D'ailleurs certaines résistances peuvent être constatées. Voir, par exemple, *Miliangos v. George Franck (Textiles) Ltd* [1976] A.C. 487.

54 Cass. Ch. réun. 2 décembre 1941, *DC*. 1942. 25, note George Ripert, *S.* 1941. 1. 217, note Henri Mazeaud.

55 Cass. Civ., 16 juin 1896, *Teffaine*; *S.* 1897, 1, 17, note Paul Esmein, *D.* 1897, 1, 433, note Raymond Saleilles.

56 Cass. Ch. réun. 13 février 1930 *DP*. 1930. 1. 57, note George Ripert, *S.* 1930, 1. 121, note Paul Esmein.

57 Civ., 3 mars 1936, *DP*. 1936. I. 81.

58 Cour d'appel de Besançon, 22 février 1937, *DH*. 1937. 182.

reste attentive à la jurisprudence qui s'est développée au niveau des juges du fond : cela a d'ailleurs été constaté au sujet du Conseil d'État (COMBREXELLE, 2021, p. 2500). Comme l'écrivait Jean Cruet : « l'action novatrice de la jurisprudence commence toujours à se faire sentir dans les tribunaux inférieurs, parce qu'ils voient de plus près les intérêts et les désirs des justiciables » (CRUET, 1908, p. 74).

[35] Le dialogue des juges. – Les éléments qui précèdent suggèrent qu'il existe un dialogue entre les juridictions du fond et la Cour de cassation et que la verticalité de la création jurisprudentielle est donc tempérée par un esprit délibératif. Cette idée est corroborée par la création en juin 2022 (COUR DE CASSATION, 2023) d'un Observatoire des litiges judiciaires, conformément aux recommandations formulées par la Commission de réflexion du service de documentation des études et du rapport (SDER) de la Cour de cassation dans son rapport « Cour de cassation 2030 » (COUR DE CASSATION, 2021). L'Observatoire est piloté par le SDER, mais rattaché à trois Cours d'appel (Versailles, Rennes et Nancy). L'objectif est d'instituer une « coopération entre la Cour de cassation et les juridictions du fond, ce qui permettra de s'assurer d'une interprétation cohérente, harmonieuse et acceptée de la règle de droit ». Les magistrats et juristes assistants qui travaillent au sein de ces observatoires ont donc la charge d'identifier les divergences de jurisprudence et l'apparition de questions nouvelles, et de mettre en place des plateformes pour qu'un dialogue entre les juges puissent se faire. L'observatoire est aussi destiné à associer des professionnels du droit comme les avocats, les notaires, mais aussi des enseignants-chercheurs en droit. En conclusion, si l'existence d'une hiérarchie verticale limite la dimension participative de la jurisprudence, elle ne la supprime pas complètement. Cette verticalité n'en reste pas moins réelle et une réforme du fonctionnement de l'institution judiciaire nous paraît nécessaire pour que la jurisprudence puisse inspirer le projet d'une démocratie participative (voir Section 3.1).

2.2 LA PARTICIPATION LIMITÉE DES CITOYENS

[36] L'action limitée des parties. – Nous avons vu, dans la Section 1.2, que l'objet du litige était déterminé par les parties en droit civil français, ce qui limite considérablement la possibilité pour les juges de faire évoluer la jurisprudence. Les règles jurisprudentielles sont en effet formulées par des juges, mais ils ne peuvent se prononcer que sur les demandes des parties. Cette contrainte est toutefois tempérée par l'existence des *obiter dicta*. Un *obiter dictum* désigne une « opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif » et qui « ne tend pas à justifier une décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une question autre » (CORNU, 2022, p. 701). Dès lors que l'*obiter dictum* est une opinion qui ne vient pas justifier la décision, il constitue une exception au principe exposé plus haut selon lequel le juge doit se prononcer uniquement sur les demandes des parties : « la règle posée par *obiter dictum* s'écarte du résultat judiciaire auquel les parties aspirent, elle ne permet pas de répondre à leurs prétentions » (TOURNAUX, 2011). L'*obiter dictum* contredit aussi l'article 5 du *Code civil* qui prohibe les arrêts de règlement, c'est-à-dire le fait pour un juge de poser une règle générale et impersonnelle, même si ce constat s'applique plus généralement aux règles jurisprudentielles posées par les juges dans leurs jugements et, notamment, par la Cour de cassation dans ses attendus de principe. Malgré tout, l'*obiter dictum* reste pratiqué

par la Cour de cassation⁵⁹ (HÉBRAUD, 1969; TOURNAUX, 2011). Il est utilisé à la fois pour rappeler, de façon incidente, une jurisprudence connexe, c'est-à-dire pour faire œuvre de pédagogie, mais aussi pour annoncer, ou procéder, à un revirement de jurisprudence au sujet d'une question liée à celle qui est traitée dans la décision (TOURNAUX, 2011). L'*obiter dictum* peut également servir à poser une règle nouvelle constituant « un complément logique et utile à la cohérence de la solution » (TOURNAUX, 2011). Dans la mesure où, à travers l'*obiter dictum*, la Cour de cassation dévoile son opinion sur une question de droit, il est évident qu'il fait « autorité » (TOURNAUX, 2011), c'est-à-dire que les juges du fond se sentiront liés par cette opinion, et n'oseront pas s'y opposer, même si l'*obiter dictum* n'est pas nécessaire à la décision. Toutefois, aucun texte ne prévoit expressément l'obligation pour eux de suivre les *obiter dicta*. Cela est d'ailleurs vrai pour les règles jurisprudentielles en général, en dehors du cas particulier de l'article L431-4 du *Code de l'organisation judiciaire*. Il n'en reste pas moins qu'en pratique les *obiter dicta* de la Cour de cassation limitent l'influence qu'exercent les parties sur l'élaboration de la jurisprudence. Ils permettent aux juges de se prononcer sur des questions qui ne sont pas soulevées par les demandes des parties.

[37] Limites de l'*obiter dictum*. – Cette limite à l'influence des parties sur l'élaboration de la jurisprudence est toutefois, elle-même, à nuancer. Seule la Cour de cassation paraît en effet pouvoir procéder à des *obiter dicta*. Dans l'hypothèse où le juge du fond formulerait un *obiter dictum*, il pourrait lui être reproché de dénaturer les termes du litige en se prononçant sur des « choses non demandées » (article 5 du *Code de procédure civile*). On parle dans ce cas d'*ultra petita*. Dans cette hypothèse, les parties pourraient introduire un recours en rectification, conformément aux articles 463 et 464 du *Code de procédure civile*, ou se pourvoir en cassation. Cela n'a pas toujours été le cas, mais une modification, par le décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014, de l'article 616 du *Code de procédure civile* a ouvert la voie du pourvoi en cassation en cas d'*ultra petita*. La possibilité pour les juges du fond de formuler des *obiter dicta* est donc fortement limitée. Cela est d'autant plus le cas que la Cour de cassation casse aussi les arrêts dans lesquels les juges violent l'article 5 du *Code civil*, c'est-à-dire lorsqu'ils se prononcent par voie de disposition générale et réglementaire⁶⁰. Cela limite considérablement la possibilité pour les juges du fond de procéder à un *obiter dictum*. On peut estimer que tel est aussi le cas de la Cour de cassation, mais en l'absence de juridiction supérieure, force est de constater qu'elle n'hésite pas à formuler des propositions générales pour motiver ses arrêts, dans un attendu de principe, ou plus généralement, dans les motifs de ses arrêts. On peut en déduire que l'*obiter dictum* est pratiqué par la Cour de cassation, mais peut difficilement l'être par les juges du fond. Si la possibilité de poser des *obiter dicta* limite l'influence que peuvent exercer les parties sur la jurisprudence, elle ne la remet donc pas totalement en cause. Cette possibilité est cantonnée à la Cour de cassation.

[38] L'action limitée des jurés dans l'élaboration de la jurisprudence. – Nous avons montré que les citoyens étaient amenés à participer à la décision judiciaire par le biais de l'institution du jury populaire. Toutefois, cela ne leur confère pas d'influence sur

⁵⁹ Voir, par exemple, le premier cas dans lequel la Cour de cassation a posé un *obiter dictum* : Cass. 1ère Civ., 20 mai 1969, *RTD Civ.*, 1969, 608, obs. Pierre Hébraud.

⁶⁰ Voir par exemple Cass. Soc., 4 avril 1991, n°89-44.626.

l'élaboration de la jurisprudence. Le jury populaire ne tranche en effet que des points de faits et non des points de droit. C'est vrai en France, mais aussi dans tous les États concernés par les jurys populaires. Les questions de droit sont tranchées par les juges professionnels. Il est, certes, difficile de bien distinguer les deux, en particulier lorsque le jury doit appliquer un standard vague comme celui de « *reasonableness* » (SCHEFLIN et VAN DYKE, 1980, p. 68). Mais, il n'en reste pas moins que le jury ne peut pas fixer de précédents (SCHEFLIN et VAN DYKE, 1980, p. 72), ce qui lui enlève tout pouvoir d'influencer l'élaboration de la jurisprudence.

[39] La compétence limitée des cours d'assises. – Les cours d'assises, dans lesquelles siègent les jurys populaires, ne jugent que des affaires criminelles dans lesquelles l'accusé risque au moins dix ans de réclusion⁶¹. La compétence des cours d'assises a, de plus, été limitée par la Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire qui a généralisé les cours criminelles, expérimentées auparavant dans certains départements, conformément à la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019. En vertu de ces lois, les cours criminelles sont compétentes pour juger des crimes punis de quinze à vingt ans de réclusion. La généralisation des cours criminelles a donc limité la compétence des cours d'assises et la place du jury populaire dans la justice pénale. Néanmoins, en cas d'appel, l'affaire est rejugée par une cour d'assises d'appel. Il n'en reste pas moins que la compétence des cours d'assises est très limitée. De telles limitations existent dans la plupart des États dans lesquels les jurys populaires existent (MALSCH, 2016, p. 33-58). Elles nous empêchent de voir dans le jury populaire, une institution dans laquelle les citoyens participent à l'élaboration de la jurisprudence. Ils ne font que trancher des points de fait, dans un nombre (de plus en plus) limité de cas.

3. LA JURISPRUDENCE RÉFORMÉE : VERS UNE DÉMOCRATIE PARTICIPATIVE

[40] De la jurisprudence à la démocratie participative. – L'objectif de cet article est de montrer que la jurisprudence peut inspirer les projets de démocratie participative en donnant à voir un processus collectif de production de règles juridiques. Pour ce faire, nous avons étudié la jurisprudence telle qu'elle est, et montré que sa dimension participative était aussi réelle que limitée. Pour que la jurisprudence puisse inspirer le projet d'une démocratie participative, il nous faut donc envisager certaines réformes. En partant de ce que l'institution judiciaire est, nous espérons formuler des propositions qui ne sont pas utopiques, conformément à notre approche normative non idéale. Il nous semble que deux réformes sont possibles et enviables, pour faire de la jurisprudence un laboratoire de la démocratie participative : un filtrage plus important des pourvois en cassation, qui viendrait limiter la dynamique verticale qui fragilise l'horizontalité de la production des règles jurisprudentielles (3.1), ainsi que la généralisation et l'affirmation des pouvoirs des jurys populaires (3.2).

⁶¹ Articles 111-1 et 131-1 du *Code pénal*.

3.1 LA RÉFORME DU FILTRAGE DES POURVOIS EN CASSATION

[41] Pour un filtrage plus important ? – La question de l'introduction d'un mécanisme de filtrage des pourvois fait débat depuis longtemps. Qualifiée de « sensible » par le SDER (COUR DE CASSATION, 2017, p. 11), la question a été posée par de nombreux observateurs qui ont mis en lumière la nécessité de diminuer le nombre de pourvois, en écartant notamment ceux qui sont dilatoires (TUNC, 1978; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2019, p. 2-3; COUR DE CASSATION, 2017, p. 11-18). Dans son rapport de 2017, le SDER préconisait l'instauration d'un filtrage des pourvois effectué par les cours d'appel et par la Cour de cassation. L'objectif était notamment de diminuer l'activité « disciplinaire » de la Cour de cassation, c'est-à-dire les cas dans lesquels elle ne fait que veiller au respect de la procédure, à l'existence d'une motivation suffisante et cohérente, ainsi qu'au respect des termes du litige. Cette action s'oppose à l'activité *normative* de la Cour de cassation. À travers celle-ci, la Cour de cassation assure l'unification et l'évolution de la jurisprudence. Le SDER estimait qu'un contrôle disciplinaire léger pouvait être assuré par les Cours d'appel elles-mêmes avec la possibilité de régulariser certaines décisions en cas de vices de procédure, comme c'est déjà le cas, comme nous l'avons vu, pour les situations *d'ultra petita* et *d'infra petita*⁶². Outre l'instauration d'un système de filtrage, le SDER préconisait, dans son rapport de 2017, la mise en place de différents circuits permettant à la Cour de cassation de concentrer son activité sur la création jurisprudentielle et l'unification du droit. Cette proposition a été mise en œuvre puisque depuis le décret n° 2021-1341 du 13 octobre 2021 relatif au traitement des pourvois formés devant la Cour de cassation, trois circuits existent, dont un circuit court concernant les pourvois dont la solution est évidente, un circuit long, concernant des questions plus difficiles, ou nouvelles, et un circuit intermédiaire. La Cour de cassation a donc préféré mettre en place différents circuits de traitement des pourvois, plutôt qu'un mécanisme de filtrage. Le problème principal que pose un mécanisme de filtrage est lié à l'égalité des citoyens devant la loi et devant la justice. Le filtrage a en effet vocation à diminuer le nombre d'arrêts rendus par la Cour de cassation et donc aussi à laisser potentiellement perdurer des divergences de jurisprudence, ou des solutions jugées contraires au droit (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2019, p. 8). Cette critique est légitime lorsque la réforme du traitement des pourvois est envisagée au regard des impératifs d'efficacité et de rapidité du traitement des pourvois, ainsi qu'au regard de l'objectif d'assurer, par l'unification de la jurisprudence, l'égalité devant la loi. Mais la critique est autre lorsqu'elle est lue au regard de l'objectif poursuivi dans cet article : imaginer, à partir de la jurisprudence, une démocratie participative. De ce point de vue, le risque de laisser perdurer des divergences de jurisprudence est moins grave, puisque le filtrage est un moyen de limiter la verticalité de la jurisprudence, c'est-à-dire qu'il est conçu comme un outil pour donner plus de liberté aux juges du fond.

[42] Pistes d'implémentation. – Ce changement d'objectif fait qu'il est difficile de se calquer sur les projets déjà existants qui veulent, au contraire, concentrer l'activité de la Cour de cassation sur la création, l'évolution, et l'unification de la jurisprudence. Il nous semble, au contraire, que la création jurisprudentielle devrait venir « d'en bas », comme l'écrivait Jean Cruet (CRUET, 1908, p. 74), du moins si nous souhaitons faire de la jurisprudence un laboratoire de la démocratie participative. Dès lors, une réforme du

⁶² Voir Section 1.2.

filtrage des pourvois devrait, au contraire, concentrer l'activité de la Cour de cassation sur sa fonction disciplinaire. Pour ce faire, il serait par exemple possible de resserrer les cas d'ouverture à la cassation autour des vices de procédure, du défaut de motivation, du défaut de base légale, et de la dénaturation des termes du litige. En ce qui concerne, le grief de violation de la loi, un filtrage serait opéré entre les pourvois qui font état de l'existence d'une divergence de jurisprudence entre les juges du fond, et ceux qui posent une question nouvelle ou sur laquelle existe déjà une jurisprudence harmonieuse. Les premiers seraient recevables, mais pas les seconds. Ainsi, l'activité normative de la Cour de cassation ne concernerait que les cas dans lesquels une divergence de jurisprudence existe. L'*open data* des décisions judiciaires, ainsi que l'Observatoire des litiges judiciaires favoriseraient, de plus, le dialogue entre les juges du fond et éviteraient, en pratique, de trop nombreuses divergences de jurisprudence. Le filtrage pourrait être opéré par une autre juridiction, comme le tribunal des conflits, afin de veiller au bon respect de l'office ainsi réformé des juges du fond et de la Cour de cassation. Il nous paraît, en effet, délicat de laisser les cours d'appel effectuer directement ce filtrage, comme c'est le cas, par exemple, en Allemagne, dans la mesure où les juges du fond seraient amenés à critiquer leurs propres décisions, ce qui pose à l'évidence un problème d'impartialité (LAMENT; BACHELLIER; JOBARD-BACHELLIER, 2018, p. 20). En Allemagne, un recours est néanmoins possible devant la haute juridiction, ce qui, répond à cette objection, mais ce qui est, dans ce cas, un « facteur de complexification de la procédure devant la juridiction suprême » (LAMENT; BACHELLIER; JOBARD-BACHELLIER, 2018, p. 20).

[43] Une réforme possible. – Notre proposition peut paraître radicale, en ce qu'elle prend le contrepied de la tendance actuelle à resserrer l'activité de la Cour de cassation autour de sa fonction normative, et non autour de sa fonction disciplinaire. Après tout, l'objectif de cet article est bien de *renouveler* l'imagination politique en montrant comment la jurisprudence pourrait inspirer un projet de démocratie participative. Il est, dès lors, normal de proposer des changements qui peuvent paraître importants. Néanmoins, cette proposition n'est pas utopique dans la mesure où elle s'appuie bien sur une distinction entre la fonction disciplinaire et la fonction normative de la Cour de cassation qui nous paraît opérationnelle. Celle-ci est d'ailleurs reprise dans les projets actuels de filtrage des pourvois. Elle est, de surcroît, fondée sur des distinctions entre les différents cas d'ouverture à la cassation, qui nous paraissent bien établies.

3.2 LA RÉFORME DES JURYS POPULAIRES

[44] Réformer les jurys populaires dans deux directions. – Dans la Section 1 de cet article, nous avons montré que la jurisprudence donnait à voir un processus collectif d'élaboration du droit. Nous avons formulé dans la Section 3.1 des propositions pour accentuer cette dimension collective. Mais pour que la jurisprudence puisse inspirer un projet de démocratie participative, qui est l'objet de cette contribution, il faut que les citoyens soient davantage inclus dans son élaboration. Elle est, en quelque sorte, une technologie de production collective de règles juridiques qui doit être mise à la disposition, non seulement des juges et des citoyens qui saisissent la justice, mais de tous les citoyens plus généralement. C'est dans cette perspective que nous nous sommes intéressés aux jurys populaires. Deux obstacles empêchent actuellement la participation des citoyens à la prise de décisions judiciaires : ils ne tranchent que des points de droit; ils ne se réunissent que dans certaines affaires criminelles. Ce sont ces

obstacles qu'il faut surmonter pour faire de la jurisprudence un laboratoire de démocratie participative.

[45] Les questions de droit et les jurys populaires. – Pour faire de la jurisprudence un embryon de démocratie participative, il faudrait donc élargir l'office du jury populaire en lui permettant de contribuer à l'élaboration de la jurisprudence, en décidant aussi des points de droit. Cela peut paraître surprenant. Cependant, cette idée n'est pas sans précédent puisque c'est ce que permet déjà la *nullification* aux États-Unis. Ce terme désigne le fait pour un jury d'écarter l'application du droit au nom de l'équité. On parle aussi de « *jury justice* », « *jury equity* », « *jury independance* » ou de « *jury mercy* » (CONRAD, 2014, p. 6). Cette possibilité fut formellement établie dans l'affaire *Bushel*⁶³, puis dans *Georgia v. Brailsford*⁶⁴ (JONAKAIT, 2003, p. 246). Dans ces affaires, les juges reconnaissent expressément le droit pour un jury de ne pas appliquer le droit. Cependant, cette possibilité fut ensuite limitée par les tribunaux américains au XIX^e siècle (JONAKAIT, 2003, p. 247; SCHEFLIN et VAN DYKE, 1980, p. 59-63), notamment sous l'influence du juge Story (SCHEFLIN et VAN DYKE, p. 59). Dans *Sparf and Hansen v. United States*⁶⁵, la Cour Suprême affirma, dans un jugement rédigé par John Harlan, que les jurés étaient forcés d'appliquer le droit. Cependant, un jury a toujours la possibilité *de fait* d'écarter l'application du droit dans un cas (JONAKAIT, 2003, p. 248). Il n'est en effet pas tenu de suivre les instructions des juges professionnels et, en cas de relaxe, la décision du jury est finale, en vertu du cinquième amendement de la Constitution des États-Unis. Dès lors, cette possibilité a fait l'objet d'intenses débats aux États-Unis (SCHEFLIN et VAN DYKE, p. 51-115). Certains juristes éminents, comme Roscoe Pound ou John Henry Wigmore, ont d'ailleurs défendu l'institution du jury comme un facteur de flexibilité dans le droit : le jury adapterait le droit aux circonstances de l'espèce en écartant son application lorsque cela serait injuste (POUND, 2016, para. 23; WIGMORE, 1929).

[46] Les jurys et la possibilité de poser des précédents. – Toutefois, même lorsque le jury tranche une question de droit, il ne pose pas un précédent (FRANCK, 2009, p. 187). De même, lorsqu'un jury interprète un standard comme celui de l'homme raisonnable en droit civil, il crée du droit mais ne pose pas de précédents. Il ne semble donc pas contribuer à l'élaboration de la jurisprudence, mais simplement à son application. Pourtant, cette possibilité fut implicitement reconnue par le juge Oliver Wendell Holmes. Dans *Commonwealth v. Sullivan*⁶⁶, il se fonda sur la décision d'un jury précédent pour trancher une question d'interprétation du droit. Il s'agissait de savoir si un jeu bien précis pouvait être compris comme une loterie au sens de la loi (SCHEFLIN et VAN DYKE, 1980, p. 72). Holmes estima qu'un jury avait précédemment tranché cette question et qu'il convenait de suivre sa décision. Selon Alan Schefflin et Jon Van Dyke, c'est le seul cas dans lequel la décision d'un jury fut reconnue comme un précédent (SCHEFLIN et VAN DYKE, 1980, p. 72). Cet exemple montre à quel point il serait aisé d'inclure les citoyens dans l'élaboration de la jurisprudence. Les décisions des jurys populaires pourraient être considérées comme ayant un caractère obligatoire,

63 6 How. St. Tr. 999 (1670).

64 3 U.S.S (3 Dall.) 1 (1974).

65 156 U.S. 51 (1895).

66 146 Mass. 142, 15 N.E. 491 (1888).

c'est-à-dire comme posant des précédents. Évidemment, les juges suivants, professionnels ou non, conserveraient une marge de manœuvre : ils pourraient, comme c'est le cas aujourd'hui, distinguer les cas, ou ajouter une exception à l'application du précédent. Cela implique que les jurys populaires aient l'obligation de motiver leur jugement. C'est sans doute ici que le concours de magistrats professionnels serait nécessaire, en plus du travail d'encadrement et de conseil qu'ils continueraient d'assurer auprès des jurys populaires.

[47] La généralisation du jury. – Ensuite, nous avons vu que les jurys populaires n'étaient amenés à trancher un litige que dans certaines affaires pénales. Cela limite considérablement la possibilité d'imaginer une démocratie participative à partir du fonctionnement de la jurisprudence. Mais cet obstacle peut être surmonté en généralisant l'institution du jury. Après tout, le jury civil fut une institution de *common law* pendant longtemps (SAINT-PIERRE, 2013, p. 63; ROSANVALLON, 2006, p. 217). On pourrait objecter à cela que la généralisation du jury fait mine d'ignorer la technicité de certaines matières. La technicité peut être juridique, comme en droit des assurances, ou provenir de disciplines nécessaires à l'application du droit, comme l'économie. Un citoyen ignorant tout de la discipline économique pourrait-il comprendre le droit de la concurrence ? Cela paraît douteux. Une telle objection est toutefois fondée sur deux erreurs. Elle ignore, en premier lieu, que le jury constitue une façon de lutter contre l'incompétence. Il fut d'ailleurs défendu sur le terrain épistémique avant de l'être sur le terrain politique (ROSANVALLON, 2006, p. 217-219). Une douzaine d'hommes en colère, réfléchissent mieux qu'un seul (SUROWIECKI, 2004). D'ailleurs, les conventions citoyennes, comme la convention citoyenne pour le climat en France, ou la convention sur l'euthanasie, formulent des propositions qui ne sont pas si éloignées de celles qui sont défendues par les experts. Dans un rapport de 2010, réalisé par le professeur Cheryl Thomas pour le ministère de la Justice britannique, et consacré aux décisions des jurys, il a été démontré, à partir d'une large étude conduite sur 551 669 décisions rendues par des *Crown Courts*, que les jurys n'étaient pas forcément plus sévères, ou plus laxistes que les juges professionnels (THOMAS, 2010). On peut toutefois estimer que la matière pénale est moins technique que d'autres branches du droit et l'extension du jury à celles-ci serait problématique. Il nous faut donc nous attarder sur la seconde erreur sur laquelle est fondée l'objection technocrate mentionnée plus haut : elle ignore les effets qu'auraient l'extension du jury sur les citoyens. L'implication du citoyen dans l'institution judiciaire ne peut le laisser inchangé. Ce constat est ancien. Alexis de Tocqueville écrivait par exemple :

Le jury sert incroyablement à former le jugement et à augmenter les lumières naturelles du peuple. C'est là, à mon avis, son plus grand avantage. On doit le considérer comme une école gratuite et toujours ouverte, où chaque juré vient s'instruire de ses droits, où il entre en communication journalière avec les membres les plus instruits et les plus éclairés des classes élevées, où les lois sont enseignées d'une manière pratique, et sont mises à la portée de son intelligence par les efforts des avocats, les avis du juge et les passions mêmes des partis. (TOCQUEVILLE, 1850, p. 331-332).

[48] Ce constat est souvent repris par les partisans du jury (WIGMORE, 1929, p. 171; FORSYTH, 1878, p. 355-356). Outre l'effet du jury sur les citoyens, il faut aussi

souligner les possibilités de s'organiser collectivement pour lutter contre l'ignorance des citoyens. Il serait illusoire de penser que les citoyens seraient forcément tous éclairés par la grâce du jury, ni que celle-ci soit suffisante. Mais il serait tout aussi déraisonnable de présumer l'impossibilité d'assurer, par l'école, ou par d'autres moyens, l'éducation juridique des citoyens. Ainsi, l'ignorance du citoyen ne paraît pas être un bon argument contre la généralisation des jurys populaires, y compris au plus haut niveau juridictionnel.

[49] Le problème de la tyrannie de la majorité : une objection à nuancer. – Il nous faut conclure en abordant une dernière objection à la généralisation des jurys populaires. On peut estimer qu'en confiant la fonction de juger à des citoyens ordinaires, les droits des individus, et notamment des minorités, ne seraient pas forcément respectés. Cela est d'autant plus le cas qu'en France les jurés ont, tout au long du XIX^e siècle, eu tendance à appliquer une justice biaisée en acquittant, même lorsque l'accusé avait reconnu les faits, ceux qui étaient accusés de crimes passionnels, outrages, rebellions, mais à condamner systématiquement en cas de vols, incendies ou escroqueries (CHRISTIN, 2004, p. 140). Cela s'expliquait principalement par la composition des jurys populaires : « [c]'est parce que les jurés sont des hommes d'un certain âge, souvent propriétaires terriens, professions libérales ayant du bien, rentiers qu'ils jugent sévèrement ce qui les concerne » (CHRISTIN, p. 141). Toutefois, l'élargissement de la composition des jurys populaires, l'inclusion de magistrats dans les délibérés des jurys, la possibilité de déterminer la peine et non seulement la culpabilité ont contribué à mettre fin à cette situation (CHRISTIN, 2004, p. 142). L'enquête réalisée par le ministère britannique confirme qu'au Royaume-Uni, les peines prononcées par les jurys sont similaires à celles qui sont prononcées par les juges professionnels (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, 2019). On peut donc émettre un doute quant au plus grand laxisme ou, au contraire, la plus grande sévérité des citoyens ordinaires. Il est néanmoins possible que les minorités soient sous-représentées au sein des jurys populaires, du fait de leur proportion dans la population. De plus, la sélection des jurés inclut un biais puisqu'ils doivent, en outre, savoir lire et écrire, et ne pas avoir été condamné pour un crime ou un délit (articles 255 et 256 du *Code de procédure pénale*). On est loin du juré propriétaire du XIX^e siècle, mais on est tout aussi loin d'un jury qui serait représentatif et impartial, sans biais de jugement ou de sélection⁶⁷. Certains garde-fous paraissent donc nécessaires.

[50] La nécessité de majorités qualifiées. – Une grande pluralité de garde-fous peut être pensée pour s'assurer que les jurés ne portent pas atteinte aux droits des individus. Pour ce faire, il suffit de se tourner du côté du droit existant qui encadre déjà la fonction de juger, qu'il s'agisse de jurés ou de juges professionnels, et qui prévoit déjà des recours possibles lorsque ceux-ci ont méconnu les droits fondamentaux des individus. En ce qui concerne les jurys populaires, la loi prévoit une majorité qualifiée, voire super-qualifiée, lorsque la décision est défavorable à l'accusé, et encore plus si celui-ci fait appel. En vertu de l'article 359 du *Code de procédure pénale* : « [t]oute décision défavorable à l'accusé se forme à la majorité de sept voix au moins lorsque la cour d'assises statue en premier ressort et à la majorité de huit voix au moins lorsque la cour d'assises statue en appel ». Rappelons que le jury populaire en France est

⁶⁷ On pourrait objecter ici que c'est encore plus le cas des juges professionnels qui sont sélectionnés sur concours.

composé de six jurés et trois juges professionnels en premier ressort. Un premier moyen de limiter la tyrannie de la majorité est donc de prévoir des majorités qualifiées.

[51] La nécessaire protection des droits et libertés des individus. – Ensuite, dans l'éventualité où les jurés se prononceraient sur des questions de droit, comme nous le proposons dans cet article pour accentuer la dimension participative de la jurisprudence, ils deviendraient, en quelque sorte, des juges professionnels. Les garde-fous existants nous paraissent adéquats pour éviter le risque d'arbitraire ou d'atteinte aux droits fondamentaux des individus. On peut songer à une cour chargée de veiller à la bonne application par les juges nationaux des droits fondamentaux, comme c'est le cas de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Tout citoyen estimant avoir été personnellement et directement victime d'une violation de la Convention, et ayant épuisé les voies de recours interne (qui sont aussi des garde-fous), peut saisir dans les six mois suivant la dernière décision de justice la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁸. Une autre garantie peut être offerte par le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En France, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a institué la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui permet à tout justiciable de contester, au cours d'un litige, la constitutionnalité d'une disposition législative applicable à son affaire⁶⁹. Or, le « bloc de constitutionnalité » est constitué de nombreux textes qui énoncent des droits et des libertés, comme la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, ou le préambule de la *Constitution* du 27 octobre 1946. Cela offre de nombreuses garanties aux citoyens qui peuvent écarter l'application d'une disposition lorsque celle-ci porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'un de ces textes. Mais on peut estimer que le problème ne réside pas toujours dans la constitutionnalité de la disposition dont la constitutionnalité est contestée. Parfois, c'est l'interprétation qu'en donnent les juges qui pose problème. Or, le dispositif QPC prend justement cette réalité en compte, dès lors que le Conseil constitutionnel examine la constitutionnalité des dispositions litigieuses au regard de l'interprétation constante qui en est donnée par la Cour de cassation ou le Conseil d'État⁷⁰. On peut évidemment s'interroger quant à la composition des organes mentionnés ici, à savoir le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. La question est importante. Faute de place, il nous faut nous contenter, pour l'heure, d'affirmer que la possibilité pour les citoyens de saisir une autre institution, ou juridiction, pour protéger les droits et libertés qui leur sont conférés, est une garantie contre les excès éventuels d'une justice populaire, si tant est que ceux-ci diffèrent de ceux qui existent dans une justice assurée par des juges professionnels.

CONCLUSION

[52] Bilan. – L'objectif de cet article était de contribuer, en juriste, à l'imagination d'une démocratie participative. Plus précisément, nous nous sommes appuyés sur la jurisprudence qui donne à voir une élaboration collective et relativement décentralisée de règles juridiques. Pour éviter de formuler des propositions irréalistes, nous avons fait le choix de partir de ce que la jurisprudence était en droit français, pour ensuite formuler des propositions de réforme capables d'approfondir et de réaliser son potentiel

⁶⁸ Art. 34 et 35 de la *Convention européenne des droits de l'homme* (CEDH).

⁶⁹ Art. 61-1 de la *Constitution* du 4 octobre 1958.

⁷⁰ Cons. Const., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, *AJDA* 2011. 705, tribune Eric Sagalovitch, *D.* 2010. 2744, note François Chénéde, obs. Inès Gallmeister.

participatif. Nous avons vu que la jurisprudence était une institution dans laquelle les juges élaboraient ensemble les règles jurisprudentielles. Cette logique horizontale est toutefois limitée par l'existence d'une hiérarchie judiciaire. Nous avons vu que cette hiérarchie judiciaire ne faisait néanmoins pas obstacle à un dialogue des juges et avons proposé l'introduction d'un mécanisme de filtrage des pourvois qui diminuerait la verticalité de la création jurisprudentielle. Mais, pour que la jurisprudence puisse inspirer un projet de démocratie participative, il faut que les citoyens participent également à son élaboration. En d'autres termes, la jurisprudence est une institution de production collective de règles de justice qui doit être mise à la disposition de tous. La participation des citoyens existe déjà, dans la mesure où ils peuvent, en tant que parties, forcer les juges à se prononcer sur une question susceptible de modifier la jurisprudence. Ils sont à l'initiative. Mais cette participation est insuffisante. Nous avons donc proposé la généralisation des jurys populaires, ainsi qu'un renforcement de ses pouvoirs décisionnels. À l'évidence, beaucoup d'éléments restent à éclaircir : quelles devraient être les places respectives de la jurisprudence et de la législation ? Comment inclure davantage le citoyen dans l'élaboration des lois ? Comment encadrer les délibérations des jurys ? Comment mettre en place une éducation juridique qui permettrait aux citoyens de prendre part de façon satisfaisante aux débats judiciaires ? Comment contraindre les jurys populaires à motiver leurs jugements ? Quel rôle pourrait assurer les magistrats professionnels dans cette motivation ? Ces questions sont importantes. Pour l'heure, nous nous sommes contentés de souligner les potentialités de la jurisprudence du point de vue de la théorie de la démocratie participative. Sa dimension participative mérite selon nous d'être connue, tant par ceux qui prônent seulement l'incorporation au sein des démocraties représentatives d'éléments plus participatifs, que de ceux qui entendent réaliser au sens fort l'autonomie politique au sein d'une démocratie directe (BOOKCHIN, 2018).

BIBLIOGRAPHIE

ABRAMSON, « Four Models of Jury Democracy », 2015, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 90, n° 3, p. 861-898.

ANCEL, P., M.-C. RIVIER, *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003.

BACHELLIER, X., J. LAMENT, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2018.

BACQUÉ, M.-H., Y. SINTOMER, *La démocratie participative*, Paris, La Découverte, 2011.

BELAÏD, S., *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974.

BESSON S., J. MARTÍ, « From Equal State Consent to Equal Public Participation in International Organizations: Institutionalizing Multiple International Representation » dans S. BESSON (dir.), *Consenting to International Law, avec le concours de HILL, L.*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023.

BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Law of England*, Philadelphie, J. B. Lippincott Company, 1893.

BLONDIAUX, L., *Le nouvel esprit de la démocratie : Actualité de la démocratie participative*, Paris, Seuil, 2008.

BONNEAU, C., M. GANN HALL, *In Defense of Judicial Elections*, Abingdon, Routledge, 2009.

BOOKCHIN, M., *Pour un municipalisme libertaire*, Lyon, Atelier de création libertaire, 2018.

BORÉ J., L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2023.

BRONDEL, S., N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Éditions La Sorbonne/OpenBookEdition, 2001.

CARDOZO, B., *La nature de la décision judiciaire*, Paris, Dalloz, 2011.

CARTER, J. C., *The Provinces of the Written and The Unwritten Law : An Address*, New York, Banks et Brothers, Law Publishers, 1889.

CEVIPOF, « En qu(o)i les français ont-ils confiance aujourd'hui », Sciences Po, février 2023, en ligne : <[https://www.sciencespo.fr/cevipofof/sites/sciencespo.fr/cevipofof/files/Barometre%20de%20la%20confiance%20en%20politique%20-%20vague%2014%20-%20Fevrier%202023%20-%20vFR.pdf%20\(1\).pdf](https://www.sciencespo.fr/cevipofof/sites/sciencespo.fr/cevipofof/files/Barometre%20de%20la%20confiance%20en%20politique%20-%20vague%2014%20-%20Fevrier%202023%20-%20vFR.pdf%20(1).pdf)>.

CHRISTIN, A., « Jurys populaires et juges professionnels en France : ou comment approcher le jugement pénal », *Genèses*, 2006, vol. 4, n° 65, p. 138-151.

COKE, E., *Systematic Arrangement of Lord Coke's First Institute of the Laws of England*, Philadelphia, J.H. Thomas edition, 1836.

COMBREXELLE, J.-D., « La jurisprudence locale », *AJDA*. 2021. 2500.

CONRAD, C. S., *Jury Nullification : The Evolution of a Doctrine*, 2^e éd., Washington D.C, Cato Institute, 2014.

CONSEIL D'ÉTAT, « Simplification et qualité du droit : étude annuelle », 2016, *Les rapports du Conseil d'État*, n°67.

COQ, V., « Qu'est-ce que la jurisprudence constante », *RFDA*. 2014. 223.

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2022.

COUR DE CASSATION, « Rapport de la Commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030 », 2021, en ligne : <<https://www.courdecassation.fr/files/files/Cc2030/Rapport%20de%20la%20Commission%20%27Cour%20de%20cassation%202030%27.pdf>>.

COUR DE CASSATION, « Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation : synthèse introductive et propositions », avril 2017, en ligne : <<https://www.courdecassation.fr/files/files/R%C3%A9forme/Synth%C3%A8se%20introductive%20Commission%20de%20r%C3%A9flexion.pdf>>.

COUR DE CASSATION, « Vers la mise en œuvre de l'Observatoire des litiges judiciaires », 26 juin 2023, en ligne : <<https://www.courdecassation.fr/print/pdf/node/16323>>.

CROSS, R., *Precedent in English Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 1977.

CRUET, J., *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908.

DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002.

DEMOGUE, R., *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, Paris, Arthur Rousseau, 1911.

DEUMIER, P., « Jurisprudence », *Répertoire Dalloz droit civil*, 2017.

DUXBURY, N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1986.
- DZUR, A., *Participatory Democracy and the Jury*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, R., S. HENNETTE-VAUCHEZ, C. MIGUEL HERRERA, O. LECLERC, *L'analyse juridique de (x)*, Paris, Éditions Kimé, 2016.
- ESMEIN, A., « La jurisprudence et la doctrine », *RTD Civ.*, 1902, 5.
- FORSYTH, W., *History of Trial by Jury*, 2^e éd., New York, Cockcroft et Company, 1878.
- FOUSSARD, D., « La jurisprudence constante de la Cour de cassation », dans COUR DE CASSATION (dir.), *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation Française, 1994, p. 225-235.
- FRANCK, J., *Law and the Modern Mind*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2009.
- FRISON-ROCHE, M.-A., « Arrêt du 29 mars 1991, Blicq », *MAFR*, 2014, en ligne : <https://mafr.fr/fr/article/cour-de-cassation-assemblee-pleniere-2/>.
- GAUDIN, J-P., *La démocratie participative*, Paris, Armand Collin, 2013.
- GENY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Tome 2, Paris, LGDJ, 1919.
- HANLY, C. H., « The Decline of Civil Jury Trial in Nineteenth-century England », 2005, *Journal of Legal History*, vol. 26, n° 3, p. 253-278.
- HAURIOU, M., « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », *Cahiers de la nouvelle journée*, vol. 15, Paris, Librairie Gould et Gray, 1929, p. 109-115.
- HAYEK, F. A., *Droit, législation et liberté*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2013.
- HÉBRAUD, P., « Le juge et la jurisprudence », dans Université des sciences sociales de Toulouse (dir.), *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, 1974, p. 329-372.
- JESTAZ, P., « La jurisprudence constante de la Cour de cassation », dans COUR DE CASSATION (dir.), *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation Française, 1994, p. 207-216.
- JESTAZ, P., *Les sources du droit*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2022.
- JONAKAIT, R. N., *The American Jury System*, New Haven, Yale University Press, 2003.

JOSSERAND, L., « Le gardien de l'automobile, le voleur et la victime d'un accident », *DH.* 1936. 37.

JOSSERAND, L., *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, Arthur Rousseau, 1897.

KRAMER, D., *Participatory Democracy : Developing Ideals of the Political Left*, Cambridge MA, Schenkman Publishing Company, 1972.

KRYNEN, J. (dir.), *L'élection des juges : étude historique française et contemporaine*, Paris, Presses universitaires de France, 1999.

LAHAV, A., « The Jury and Participatory Democracy », 2014, *William et Mary Law Review*, vol. 55, n° 3, p. 1029-1059.

LAMBERT, E., « Une réforme nécessaire des études de droit civil », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 40, juillet-décembre 1900, p. 216-243.

LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921.

LANZARA, D., *Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle*, LGDJ, 2017.

LARROUMET, C., « Reconnaissance d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui fondé sur l'alinéa 1^{er} de l'art. 1384 c. civ », *D.* 1991. 324.

LARROUMET, C., AYNÈS, A., *Traité de droit civil*, 6^e éd., tome 1, Paris, Economica, 2013.

LEGRAND, P., G. SAMUEL, *Introduction au common law*, Paris, La Découverte, 2008.

LÉONI, B., *La liberté et le droit*, Paris, Les Belles Lettres, 2006.

LEQUETTE, Y., F. TERRÉ, H. CAPITANT, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2015.

LEROY, G., *La pratique du précédent en droit français : étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, Thèse présentée et soutenue le 29 novembre 2021 pour l'obtention du grade de docteur à l'Université Aix-Marseille.

LEVER, A., « Democracy, Epistemology and the Problem of All-White Juries », 2017, *Journal of Applied Philosophy*, vol. 34, n° 4, p. 541-556.

LLEWELLYN, *The Common law Tradition : Deciding Appeals*, Boston, Quid Pro Books, 2016.

MACCORMICK, N., R. SUMMERS, *Interpreting Precedents*, Abingdon, Routledge, 1997.

MALAURIE, P., P. MORVAN, *Introduction générale*, 3^e éd., Paris, Defrénois-Lextenso, 2009.

MALSCH, M., *Democracy in the Courts : Lay Participation in European Criminal Justice Systems*, 2^e éd., Abingdon, Routledge, 2016.

MANIN, B., *Principes du gouvernement représentatif*, 3^e éd., Paris, Flammarion, 2019.

MENDÈS-FRANCE, P., *La République moderne*, Paris, Gallimard, 1962.

MICHEL, H., WILLEMEZ, L. (dir.), *La justice au risque des profanes*, Paris, Presses universitaires de France, 2008.

MILLER, K., *Direct Democracy and the Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Juges non professionnels », 2023, en ligne : <<https://lajusticerecrute.fr/metiers/juges-non-professionnels>>.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Pour une réforme du pourvoi en cassation en matière civile », 30 septembre 2019, en ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2019/11/hallet.pdf>>.

MOLFESSIS, N., « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD Civ.* 2003. 567.

MOLFESSIS, N., « Les revirements de jurisprudence », dans N. MOLFESSIS (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004, p. 135-160.

MONÉGER, F., « Le rapprochement de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation en matière de responsabilité du fait des personnes soumises à la surveillance d'autrui », *RDSS.* 1991. 401.

MOTULSKY, H., « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », dans H. MOTULSKY, *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2010, p. 38-60.

MUNROE SMITH, E., *Jurisprudence [a Lecture Delivered at Columbia University in the Series on Science, Philosophy and art]*, New York, Columbia University Press, 1906.

PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, avec la collaboration de RIPERT, G., 11^e éd., tome 1, Paris, LGDJ, 1928.

POUND, R., « Le droit des livres et le droit en pratique », traduit de l'anglais par Prune Decoux, 2016, *Clio Thémis*, vol. 11, en ligne : <<https://journals.openedition.org/cliothemis/1124#tocto1n2>>.

POUND, R., *The Spirit of the Common Law*, FrancesTown NH, Marshall Jones Company, 1921.

PROS-PHALIPPON, C., « La référence aux précédents de la juridiction », dans P. DEUMIER, *Le raisonnement juridique*, Paris, Dalloz, p. 37-58.

RASKIN, J., *Overruling Democracy : The Supreme Court Versus the American People*, Abingdon, Routledge, 2004.

RECLUS, E., « Voter, c'est abdiquer : agissez ! », dans E. RECLUS, *Les Grands Textes*, Flammarion, Paris, 2014, p. 363-367.

REDISH, M., « Seventh Amendment Right to Jury Trial : A Study in the Irrationality of Rational Decision Making », 1975-1976, *Northwestern University Law Review*, vol. 70, n° 3, p. 486-532.

ROSANVALLON, P., *La contre-démocratie : la politique à l'âge de la défiance*, Paris, Éditions du Seuil, 2006.

ROSSOPOULOS, D., G. BENELLO (dir.), *Participatory Democracy : Prospects for Democratizing Democracy*, Montréal, Black Rose Books, 2005.

ROUVIÈRE, F., *Argumentation juridique*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2023.

SAINT-PIERRE, F., *Au nom du peuple français : jury populaire ou juges professionnels ?*, Paris, Odile Jacob, 2013.

SALEILLES, R., « Le code civil et la méthode historique », dans J.-L. HALPÉRIN (dir.), *Livre du centenaire*, tome 1, Paris, Dalloz, 2004, p. 97-129.

SAMUEL, G., *Rethinking Legal Reasoning*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018.

SAVIGNY, F. C., *Traité de droit romain*, tome 1, traduit de l'allemand par C. Guenoux, Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, 1855.

SCHEFLIN, A., J. VAN DYKE, « Jury Nullification: The Contours of a Controversy », 1980, *Law and Contemporary Problems*, vol. 43, n° 4, p. 51-115.

SERVERIN, E., « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond », *D.* 2009, 2882.

SINTOMER, Y., TALPIN, J. (dir.), *La démocratie participative au-delà de la proximité*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011).

SUROWIECKI, J., *The Wisdom of Crowds : Why the Many Are Smarter Than the Frew*, New York, Doubleday/Anchor, 2004.

TAP, F., *Recherche sur le précédent juridictionnel en France*, Paris, mare et martin, 2021.

THOMAS, C., « Are Juries Fair ? », Ministry of Justice Research Series 1/10, 2010, en ligne : <<https://www.justice.gov.uk/downloads/publications/research-and-analysis/moj-research/are-juries-fair-research.pdf>>.

TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, tome 1, 13^e éd., Paris, Pagnerre, 1850.

TOURNAUX, S., « L'obiter dictum de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2011. 45.

TUNC, A., « Conclusions : la Cour suprême idéale », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n° 1, janvier-mars 1978, p. 433-471.

VINEY, G., « Vers un élargissement de la catégorie des “personnes dont on doit répondre” : la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil », *D.* 1991. 157.

WIGMORE, J. H., « A Program for the Trial of Jury Trial », 1929, *Journal of the American Judacature Society*, vol. 12, n° 6, p. 166-171.

ZENATI, F., *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1997.