

العنوان:	La jurisprudence et le pouvoir normatif du juge
المصدر:	مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية
الناشر:	المركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أقي أخموك لتامنغست - معهد الحقوق والعلوم السياسية
المؤلف الرئيسي:	Gorfti, Ilyass
المجلد/العدد:	ع14
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2018
الشهر:	يونيو / رمضان
الصفحات:	1 - 19
رقم MD:	928051
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	French
قواعد المعلومات:	EcoLink, IslamicInfo
مواضيع:	الفقه الإسلامي، التشريع الإسلامي، الأحكام الفقهية، الجزائر، المجتمع الجزائري، مستخلصات الأبحاث، الترجمة
رابط:	<a href="http://search.mandumah.com/Record/928051">http://search.mandumah.com/Record/928051</a>

تاريخ القبول: 2018/02/21

تاريخ الإرسال: 2018/01/29

## **La jurisprudence et le pouvoir normatif du juge (Jurisprudence and the normative power of the judge)**

ILYASS GORFTI

ilyass.gorfti@gmail.com

Docteur en Sciences Juridiques (Université du Sud Toulon-Var)  
Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras  
(CDPC)

Docteur en Sciences Politiques (Université de Perpignan Via  
Domitia)

Centre Francophone de Droit Comparé et de Droit Musulman  
(CFDCM)

### **Résumé :**

Le juge n'est plus vu comme un simple lecteur de la loi mais, comme une source du droit. Malgré qu'une partie de la doctrine dénie tout pouvoir créateur au juge, ce pouvoir est incontesté aujourd'hui. La tâche du juge ne consiste pas en une application mécanique de la loi, dans le règlement des litiges, il a la liberté de déterminer la norme à appliquer. La jurisprudence peut ainsi être considérée comme une source du droit à part entière.

Toutefois, si le juge possède un pouvoir normatif ou créateur, la norme juridique à appliquer semble rester l'apanage du législateur. Les excès de la jurisprudence font redécouvrir les vertus de la loi tant au niveau de la sécurité juridique que celui des droits des justiciables. Au-delà des problèmes liés à l'insécurité des revirements de jurisprudence, on évoque les questions de la légitimité de la jurisprudence, de l'irresponsabilité des magistrats et du « gouvernement des juges ».

**Mots clés:** Juge ; jurisprudence ; pouvoir normatif ; loi ; législateur.

**Abstract:**

The judge is no longer seen as a mere reader of the law but as a source of law. Although some of the doctrine denies any creative power to the judge, this power is undisputed today. The task of the judge is not a mechanical application of the law, in the settlement of disputes, he has the freedom to determine the standard to be applied. Case law can thus be considered as a source of the right in its own right.

However, if the judge has a normative or creative power, the legal norm to be applied seems to remain the prerogative of the legislator. The excesses of the case law rediscover the virtues of the law both in terms of legal certainty and the rights of litigants. Beyond the problems related to the insecurity of the reversals of jurisprudence, one evokes the questions of the legitimacy of the jurisprudence, the irresponsibility of the magistrates and the "government of the judges".

**Keywords:** Judge; jurisprudence; normative power; law; legislator.

Le juge joue le rôle de lien entre la règle de droit abstraite et les problèmes juridiques qui peuvent se produire dans une société donnée<sup>(1)</sup>. « La règle légale demeure une voix muette, bâillonnée par la généralité de sa formulation, si l'autorité judiciaire ne consent à la réaliser »<sup>(2)</sup>. La tâche du juge ne consiste pas en une application mécanique de la loi, dans le règlement des litiges, il a la liberté de déterminer la norme à appliquer<sup>(3)</sup>. Pour cela, il doit interpréter la loi. Mais « ce qu'on présente d'ordinaire comme l'interprétation de la loi, n'est-il pas, en réalité, l'œuvre créatrice de la jurisprudence ? »<sup>(4)</sup>.

Le mot jurisprudence a deux sens, dans un sens large, « la jurisprudence désigne l'ensemble des décisions rendues par les juridictions ». Ces décisions « fixent la solution des problèmes de droit. C'est l'œuvre de révélation du droit positif accomplie par les juges »<sup>(5)</sup>. Dans un sens plus étroit, la jurisprudence désigne « la façon dont telle ou telle difficulté est

habituellement tranchée par ces mêmes juridictions»<sup>(6)</sup>. C'est « l'interprétation d'une règle de droit définie telle qu'elle est admise par les juges. Il s'agit donc de la règle de droit vivante envisagée dans son exacte portée telle qu'elle ressort de l'interprétation qu'en donnent les magistrats à mesure qu'ils tranchent les litiges »<sup>(7)</sup>.

Le caractère normatif de la jurisprudence permet au juge de créer des normes et d'énoncer des règles générales et spéciales qui vont s'imposer aux sujets de droit<sup>(8)</sup>. La jurisprudence peut ainsi être considérée comme une source du droit à part entière. « Cela confirme d'ailleurs qu'une conception formaliste des sources du droit conduit nécessairement à exclure la jurisprudence, mais qu'une vue réaliste et pluraliste doit au contraire aboutir à la reconnaissance de son pouvoir normatif »<sup>(9)</sup>.

Malgré qu'une partie de la doctrine dénie tout pouvoir créateur au juge<sup>(10)</sup>, ce pouvoir est incontesté aujourd'hui. Comme le fait remarquer Nicolas Molfessis, « dans l'ensemble de ce débat, l'interrogation chronologiquement première [...] reste déterminante : considère-t-on que la jurisprudence crée des règles ? »<sup>(11)</sup>. Pour mieux appréhender cette question, il convient d'exposer les critères de la norme juridique (A), l'autorité de la jurisprudence (B) et enfin les manifestations du pouvoir normatif du juge (C).

### **A. Les critères de la norme juridique**

La question du statut de la décision juridictionnelle conduit à s'interroger sur les critères de la norme juridique. Comme l'écrit Jean-Bernard, « la norme, ce n'est pas l'énoncé lui-même, ce n'est pas le texte lui-même, c'est le sens que cet énoncé, que ce texte tire de l'interprétation qui est faite de lui »<sup>(12)</sup>. Elle est ce qui sert de « référent pour une infinité d'actions »<sup>(13)</sup>, et plus précisément, « l'idée ou le concept d'une situation ou d'un comportement ou d'une chose auxquels on veut rapporter une situation, un comportement ou une chose réels par

le biais d'une opération de jugement »<sup>(14)</sup>. La norme juridique doit être générale (1) et obligatoire (2), prévoir un commandement (3) et une sanction (4).

### 1. Une norme générale

La norme juridique est générale en ce sens qu'elle « a vocation à s'appliquer à un nombre indéterminé de personnes se trouvant dans telle situation déterminée » et abstraite, en ce qu'elle « vise des situations générales et non pas la situation précise dans laquelle se trouve telle ou telle personne »<sup>(15)</sup>. Elle ne prend en considération, ni les circonstances, ni les situations des personnes auxquelles elle s'applique<sup>(16)</sup>.

La norme juridique définit une « marge de possibilité ou latitude à l'intérieur de laquelle doit se tenir la conduite à suivre ou déjà effectivement suivie pour avoir valeur de ligne droite, régulière »<sup>(17)</sup>. Cette généralité transforme la norme en une référence dont le contenu est déterminé par un énoncé et non « d'un prétendu contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite »<sup>(18)</sup>. Dans ce sens, une proposition constitue une norme à partir du moment où elle s'assigne la fonction de modèle, au regard duquel les actions individuelles font l'objet d'une appréciation critique<sup>(19)</sup>. C'est un modèle pour les rapports entre les personnes, pour la qualification d'un sujet de droit, pour l'attribution de prérogatives à un sujet et pour les effets d'un acte, etc. « Une norme consiste à modéliser des actions par l'obligation, la permission ou l'interdiction. Elle décrit un monde idéal, non le monde réel »<sup>(20)</sup>.

La quasi-unanimité de la doctrine est favorable à la thèse de la nécessaire généralité de la norme juridique. Néanmoins, même si certains auteurs estiment que s'il est « sans doute vrai que la plupart des règles de Droit sont des règles générales et abstraites », ils se demandent « si on doit nier le caractère de règle de Droit à une règle de conduite sous prétexte qu'elle ne serait ni générale ni abstraite »<sup>(21)</sup>. Comme le relève Henri Dupeyroux, « l'idée de la généralité, inhérente à la nature de la

loi [est] si bien adaptée aux catégories généralisatrices et simplificatrices de notre esprit, que tous les juristes du XIX<sup>ème</sup> siècle se la transmirent sans examen les uns aux autres »<sup>(22)</sup>.

## 2. Une norme obligatoire

Le caractère obligatoire de la norme juridique se dégage de la notion d'impératif. Cette dernière est avant tout un « ordre », une injonction ou une prohibition. « Un arrière-plan autoritaire baigne ainsi le discours normatif, même lorsque les apparences n'en laissent rien transparaître. [...] En ce sens, l'assise du discours normatif juridique, c'est l'impératif »<sup>(23)</sup>. Ce n'est pas la nature du langage du droit qui donne à la norme juridique son caractère impératif, mais la position ou la situation institutionnelle dont jouit son auteur.

Les règles impératives ont un contenu d'ordre public. Est dite d'ordre public une « norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité, à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux »<sup>(24)</sup>. La norme d'ordre public se trouve ainsi au fondement de l'organisation sociale, et son non-respect met en péril le fonctionnement de la société tout entière.

Située au sommet de la hiérarchie judiciaire, la Cour de cassation impose ses décisions aux juridictions inférieures malgré qu'elles puissent ne pas les suivre. « La force obligatoire que possède la règle d'origine jurisprudentielle à l'égard des agissements des particuliers et des agents administratifs est conditionnée par son autorité à l'égard des juges qui l'appliquent et qui en sont directement les auteurs. Si les juges ne respectent pas la solution qu'ils ont créée, celle-ci perdra toute valeur aux yeux des intéressés »<sup>(25)</sup>. La non-adhésion des professionnels du droit (avocat, notaires et autres) à une jurisprudence peut engager leur responsabilité. L'adhésion des justiciables à la jurisprudence n'est pas volontaire, mais résulte des

conséquences de l'application de cette dernière sur leurs situations. Cette considération provient du fait qu'ils savent d'emblée qu'on pourra statuer en fonction des précédentes interprétations. « Il doit désormais être tenu pour probable et même, dans certains cas, pour certain, que, dans des affaires semblables, le juge appliquera la règle de droit de la même façon. Le jugement aura suscité un « préjugé », au sens étymologique du terme »<sup>(26)</sup>.

### 3. Une norme de commandement

La norme juridique sert de référence pour l'organisation des rapports sociaux en encadrant la conduite humaine. Elle constitue un instrument d'évaluation, de mesure ou de jugement, qui a pour but de régir la société<sup>(27)</sup>. « La norme juridique est faite pour régir le réel et pour se traduire dans les faits. (...). Si elle demeure dans l'empyrée, elle peut intéresser le philosophe et se prêter à la méditation du juriste, mais elle ne modifie en rien le destin des hommes, qui seul importe »<sup>(28)</sup>.

La plupart des définitions du droit sont d'accord sur ce critère de la norme juridique. Il existe une « communis opinio favorable à la définition des normes juridiques en termes de commandements »<sup>(29)</sup>. Dans « La théorie pure du droit » de Hans Kelsen, une norme désignerait un commandement, un ordre, une prescription ou « l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon. (...). Et l'on peut dire que des actes portent en intention sur la conduite d'autrui quand ils ont pour signification, soit d'ordonner (ou commander) cette conduite, soit également la permettre, et en particulier de l'habiliter, c'est-à-dire de conférer à l'autre un certain pouvoir, en particulier le pouvoir de poser lui-même des normes »<sup>(30)</sup>.

Le commandement vise à contrôler la conduite effective des destinataires, à obtenir qu'ils ne s'écartent pas de la marge de manœuvre que leur indique la loi<sup>(31)</sup>. Il y a « une variété possible de contenus : la prescription peut consister en une autorisation, une permission, une habilitation, une interdiction,

une obligation, etc. »<sup>(32)</sup>. Le commandement peut être impératif et contraignant pour le sujet auquel il s'adresse. Il peut être supplétif de volonté et constituer uniquement une faculté que la règle de droit accorde aux individus. Enfin, ce commandement peut être positif en imposant ou autorisant certains actes, comme il peut être négatif en formulant des interdictions.

#### 4. Une norme sanctionnable

Les normes juridiques se distinguent des autres règles sociales telles que les règles religieuses ou morales, par le fait qu'elles sont sanctionnées par l'État<sup>(33)</sup>. On admet ainsi que la sanction « a pour fonction d'assurer la réalisation de la règle juridique »<sup>(34)</sup>. Elle « constitue un des moyens les meilleurs et les plus simples d'assurer le respect effectif des obligations »<sup>(35)</sup>.

La règle juridique peut s'imposer sous peine de châtement corporel ou pécuniaire. C'est ce que l'on pourrait appeler la « sanction punition » qu'illustre la règle pénale. L'auteur d'une infraction sera puni, tantôt d'une amende, tantôt d'un emprisonnement. C'est le Code pénal qui donne la liste des infractions et leurs sanctions. Certaines règles civiles s'imposent sous peine de nullité absolue ou relative. Lorsque deux personnes passent un contrat en violation d'une des règles juridiques prévues par la loi, l'acte sera annulé<sup>(36)</sup>. Il disparaîtra non seulement pour l'avenir, mais ses effets seront rétroactivement effacés. C'est ce que l'on appelle la « sanction réparation »<sup>(37)</sup>.

La punition permet de prévoir la violation d'une norme, « soit a priori, par l'effet intimidant qu'elle produit, soit a posteriori, en réduisant les possibilités de la renouveler »<sup>(38)</sup>. Le droit n'est d'ailleurs pas « une idée logique, mais une idée de force ». Une règle de droit sans contrainte, « c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas »<sup>(39)</sup>. À ce titre, le système juridique constitue un instrument de pression sur la société par la sanction<sup>(40)</sup>. Tout comme la règle de droit, la norme jurisprudentielle peut faire l'objet de transgression. Et,



tout comme la règle de droit, sa transgression donnera lieu à une sanction.

## **B. L'autorité de la jurisprudence**

La jurisprudence résulte de l'interprétation que fait le juge de la règle écrite afin de trouver la solution d'un litige précis, mais dont la puissance normative dépasse de loin l'affaire considérée. Elle a pris aujourd'hui une importance considérable et « il est impossible de connaître le droit positif en la maintenant à l'écart »<sup>(41)</sup>. Elle est souple (1), néanmoins, il ne faut pas en déduire qu'il est possible de rendre des arrêts réglemements (2).

### **1) La souplesse de la jurisprudence.**

Dans certains cas la réitération dans le temps de la solution jurisprudentielle est nécessaire pour lui donner une valeur juridique alors que dans d'autres, un seul arrêt, voire plusieurs, rendus le même jour, suffisent. « On peut dire qu'une théorie constitue vraiment une « règle » quand, entièrement élaborée dans ses traits principaux par d'assez nombreux arrêts et jugements, elle est considérée par la pratique et la doctrine comme solidement établie et susceptible de recevoir de nouvelles applications »<sup>(42)</sup>. Si l'arrêt n'est pas démenti pendant un certain temps, il sera considéré comme une jurisprudence constante et la solution qu'il a proposée sera consacrée. Après avoir atteint le stade de la jurisprudence constante, la seconde étape est l'évolution en une jurisprudence « superconstante »<sup>(43)</sup>, lorsqu'on estimera qu'il est presque impossible qu'elle soit modifiée.

Lorsque la jurisprudence est constante, les arrêts intervenant postérieurement et confortant l'arrêt apériteur sont tout aussi importants. « Ainsi se constate le caractère collectif de l'élaboration jurisprudentielle du droit. Comme ces admirables cathédrales médiévales qui sous la direction d'architectes de génie [...] ont été édifiées par l'effort d'ouvriers qui ont exécuté,

parfois avec un amour d'autant plus fervent qu'il devait demeurer plus anonyme»<sup>(44)</sup>

Certains arrêts sont qualifiés d'arrêts de principe, car ils ne font pas qu'interpréter un texte de loi, mais créent une nouvelle règle qui échappe à la volonté du législateur. Les arrêts de principe sont « des décisions univoques, dénuées d'ambiguïté, tranchant nettement et solennellement, c'est-à-dire durablement, le débat entre deux opinions à valeur générale, soutenues ou soutenables »<sup>(45)</sup>. Ce type d'arrêt est différent des arrêts d'espèce ou des arrêts-prétérition, parce qu'il est porteur d'une constance probable<sup>(46)</sup>. Il est à distinguer également de l'arrêt de règlement, car il pose des règles à propos d'une cause particulière, ce qui « n'empêche nullement de les modifier lorsque se présentent d'autres espèces »<sup>(47)</sup>.

Le juge peut poser des principes généraux, qui « forment l'armature du droit »<sup>(48)</sup>, en s'inspirant de principes ou valeurs qui lui sont extérieurs. Il dégage souvent, aidé par la doctrine, un « esprit des lois » qu'il considère comme exprimant les principes fondamentaux de la société. « La jurisprudence ne maîtrise pas ses propres œuvres »<sup>(49)</sup>. Certains auteurs refusent de considérer ces principes comme des produits du pouvoir normatif du juge, estimant qu'ils existent à l'état latent dans l'ordre juridique national et que le juge ne fait que les mettre à jour<sup>(50)</sup>. Le juge les découvre littéralement, ce qui veut dire « qu'il ne les invente pas, nourris qu'ils sont d'une histoire que le juge ne saurait réécrire en toute liberté »<sup>(51)</sup>.

## 2. La prohibition des précédents judiciaires

Alors que dans les systèmes de droit civil, les tribunaux appliquent les règles de droit édictées par le législateur, dans les systèmes du Common Law, ces règles sont dégagées par les tribunaux eux-mêmes à partir de cas particuliers. Cela repose sur la notion de Stare decisis, qui provient de la phrase latine « Stare decisis et non quieta movere », traduite par « s'en tenir à ce qui a été décidé et ne pas bouleverser ce qui est établi »<sup>(52)</sup>. Certaines

décisions vont avoir « force de loi » et obligeront les juges, dans des affaires identiques, de suivre le précédent. « C'est une règle établie de se conformer aux précédents quand des points déjà jugés reviennent devant les juges. Il faut en effet que la balance de la justice soit fermement tenue et stable et non pas sujette à variations avec l'opinion de chaque nouveau juge»<sup>(53)</sup>.

Contrairement au Common Law, notre droit interdit les arrêts de règlement. Le juge n'est pas obligé d'adopter dans une affaire particulière la solution d'une affaire similaire précédemment jugée. Il est vrai qu'il pourra interpréter la loi à l'aide des jugements antérieurs, mais sans en être lié. Lier les juges aux précédents, c'est les empêcher de corriger des interprétations précédentes qui paraissent erronées. Comme l'écrit Jean-Louis Baudouin «une erreur maintes fois répétée ne suffit jamais à créer la vérité»<sup>(54)</sup>.

L'interdiction des précédents est renforcée par le principe de l'autorité relative de la chose jugée. «L'autorité relative de la chose jugée s'oppose à ce que la solution qui se dégage d'un jugement soit invoquée contre une personne qui n'a pas été partie au procès. Si un jugement pose un principe, ce principe ne peut être considéré comme contraignant pour les tiers»<sup>(55)</sup>.

Par ailleurs, il faut faire une distinction entre les motifs et le dispositif de la décision judiciaire. L'autorité relative de la chose jugée ne va pas produire d'effets identiques sur l'ensemble du contenu de la décision, elle ne concernera que le dispositif. « Les décisions concrètes par lesquelles le jugement a tranché le litige et fixé les droits des parties » sont revêtues de l'autorité relative de la chose jugée, à la différence des « propositions de droit sur lesquelles il se repose ou qui s'en dégagent »<sup>(56)</sup>.

### **C. Les manifestations du pouvoir normatif du juge**

Le juge n'est plus vu comme une simple bouche de la loi, mais comme une source de droit à part entière, qui veille à

pallier ses insuffisances. « Quiconque est investi de l'autorité absolue pour interpréter les lois écrites ou orales, celui-là est le véritable législateur et non celui qui le premier a écrit ou proclamé ces lois»<sup>(57)</sup>. Le juge « n'est plus seulement le gardien du temple. Il en est aussi l'un des architectes »<sup>(58)</sup>. Il faut s'arrêter sur sa mission dans un premier temps (1) pour ensuite envisager les limites qui encadrent cette dernière (2).

### 1. La mission normative du juge

Il est depuis longtemps admis que le texte législatif ne peut pas tout prévoir<sup>(59)</sup>. « Il existe de nombreux textes pour lesquels une intention n'existe pas »<sup>(60)</sup>. La tâche du juge ne consiste nullement en une application mécanique et syllogistique des volontés extérieures à lui. Dans le règlement d'un litige, il a la liberté de déterminer la norme et la règle à appliquer<sup>(61)</sup>. « Si la norme se définit comme la signification prescriptive d'un texte, le véritable auteur de la norme n'est pas l'auteur du texte, mais l'interprète »<sup>(62)</sup>.

Le juge ne fait pas que constater et déclarer le droit légal, il peut créer un nouveau, lorsque sur une question déterminée la loi ne prévoit rien ou qu'elle se révèle inadaptée, insuffisante ou obsolète<sup>(63)</sup>. Il est considéré par certains, comme un paralégislateur, chargé dans les limites fixées par la loi de parachever l'œuvre législative, en ajoutant en cas de besoin un principe étranger à l'esprit de la législation en vigueur<sup>(64)</sup>. Une « jurisprudence législative »<sup>(65)</sup> ou « législation jurisprudentielle »<sup>(66)</sup> est ainsi apparue.

Le juge peut utiliser l'analogie pour interpréter la loi. Cette technique consiste à résoudre un cas d'espèce non prévu par la loi, en s'inspirant de son esprit et en prenant pour point de départ la similitude avec un autre cas que la loi a défini ou prévu dans un texte, ou en recourant aux fondements de l'ordre juridique. L'analogie devient une source de créativité « logique »<sup>(67)</sup> pour le juge, lui permettant d'appliquer la loi à toutes les situations qu'elle prétend régir<sup>(68)</sup>. La jurisprudence obtient ainsi

« d'une manière indirecte, jusqu'à l'équivalent de dispositions qu'elle n'aurait pas le pouvoir de suppléer directement »<sup>(69)</sup>.

Si le législateur ne réalise pas les réformes nécessaires, le juge pourra aussi prendre le relais. La jurisprudence est alors « un aiguillon qui en appelle au législateur pour réformer le droit »<sup>(70)</sup>. Le juge peut corriger une loi s'il y découvre des imperfections<sup>(71)</sup>. Il ne s'agit pas comme en matière d'interprétation d'explicitier la loi, mais de rectifier ses défauts. «Les lacunes (de la loi) doivent être comblées par le juge, à l'occasion des litiges et aucun autre agent de l'ordonnancement juridique ne peut le faire à la place du juge »<sup>(72)</sup>.

## 2. Les limites de la mission normative du juge.

Dans la fonction qui est la sienne, le juge doit faire preuve de prudence. Lui reconnaître un pouvoir de contrôle sur la loi risquerait de créer un schisme qui ruinerait sa propre autorité. Il doit agir «en tremblant »<sup>(73)</sup>, en respectant le droit en vigueur, car si « la loi est de libre parcours »<sup>(74)</sup>, la jurisprudence est « plus ou moins douteuse »<sup>(75)</sup>.

Le juge ne crée la norme juridique que lorsque la loi n'apporte pas de réponse au litige<sup>(76)</sup>. La jurisprudence est « sous la tutelle des lois politiques »<sup>(77)</sup>. Le juge ne fait que participer à la production de la norme, dans le cadre tracé par son auteur. De même, comme le fait remarquer Dominique Rousseau, « si pour appliquer [un texte], il faut l'interpréter, c'est-à-dire lui prêter un sens, cela implique au minimum et au choix que [le texte] ne parle pas de [lui-même], qu'[il] n'est pas clair, qu'[il] contient plusieurs sens donc aucun en particulier »<sup>(78)</sup>.

Le juge dispose d'une grande liberté dans l'emploi des notions légales, mais ne peut dépasser leur substance au regard du droit. Il peut exploiter leur « flexibilité »<sup>(79)</sup> naturelle, mais ne peut les dénaturer. S'il va à l'encontre des caractères essentiels de ces notions, son apport sera rejeté, car ce serait prendre le risque de sombrer dans l'arbitraire du « gouvernement des juges

»<sup>(80)</sup>. Il doit veiller à l'adéquation de la solution jurisprudentielle avec les valeurs sociales. « La loi est faite pour la société et non la société pour la loi »<sup>(81)</sup>. Dans le cadre de cette mission, le juge est érigé « en gardien des valeurs dominantes »<sup>(82)</sup>.

### Conclusion

Le juge n'est plus vu comme un simple lecteur de la loi mais, comme une source du droit. Toutefois, si le juge possède un pouvoir normatif ou créateur, la norme juridique à appliquer semble rester l'apanage du législateur. La jurisprudence n'est pas une source principale du droit, elle est « une source du droit, tout en ne l'étant pas, bien qu'elle le soit »<sup>(83)</sup>. Elle est qualifiée de « source d'appoint »<sup>(84)</sup>, de « source secondaire », ou de « pouvoir subordonné »<sup>(85)</sup>.

Il est possible de dire, comme Paul Esmein, que « ce débat [de la jurisprudence source du droit ou non] est sans issue, car il faut répondre non et oui, suivant qu'on se place dans le champ des idées pures ou qu'on considère la réalité des faits »<sup>(86)</sup>. Le juge pourrait rester dans l'ombre, la question de la modulation dans le temps de ses décisions restera alors plus épineuse. La jurisprudence demeurera une source du droit « en quelque sorte honteuse, parce qu'officiellement inavouable et inavouée »<sup>(87)</sup>.

D'ailleurs, les excès de la jurisprudence font redécouvrir les vertus de la loi tant au niveau de la sécurité juridique que celui des droits des justiciables. Au-delà des problèmes liés à l'insécurité des revirements de jurisprudence, on évoque les questions de la légitimité de la jurisprudence, de l'irresponsabilité des magistrats et du « gouvernement des juges ». La politique jurisprudentielle est donc appelée à évoluer et à se transformer.

---

(1) عكاشة عبد العال، سامي منصور، المنهجية القانونية، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، 2003، ص 146 وما بعدها.

- (2)Patrick Morvan, « En droit, la jurisprudence est source de droit », *Revue de la Recherche Juridique*, 2001-1, p. 105.
- (3)حلمي الحجار، المنهجية في القانون، دون مكان ودار نشر، 2003، ص 22.
- (4)Jean Boulanger, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1961, p. 418.
- (5)*Jean-Luc Aubert*, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey, Paris, 2006, p. 120.
- (6) موسى عبود، "الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي"، مجلة المحاماة، عدد 3، يوليو 1969، ص 15.
- (7)*Jean-Luc Aubert*, *ibid*, p.125.
- (8) محمد الكشور، نظام التعاقد ونظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1993، ص 196-197.
- (9)*Alain Hervieu*, « Observation sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *Revue de la Recherche Juridique*, 1989-2, p. 285.
- (10) عنبر محمد عبد الرحيم، الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية: مدني، جنائي، دولي، دار الشعب، القاهرة، 1977، ص 248.
- (11)*Dominique Delon*, La jurisprudence source de droit, *Thèse Paris II*, 1980, p. 175.
- (12)*Jean-Bernard Auby*, « Prescription juridique et production juridique », *Revue du Droit Public*, 1988, p. 680.
- (13)*Suzanne Simha*, Dictionnaire des concepts philosophiques, Larousse & CNRS éditions, Paris, 2007, p. 568.
- (14)*Antoine Jeammaud*, « La règle de Droit comme modèle », *Dalloz*, n° 10, 1990, Chr., p. 203.
- (15)*Philippe Malinvaud*, Introduction à l'étude du droit, LexisNexis, Paris, 2013, pp. 32-33.
- (16) حيدر أدهم عبد الهادي، أصول الصياغة القانونية، المنهل، عمان، 2009، ص 20.

- (17) Paul Amselek, « La teneur indélicate du droit », *Revue du Droit Public*, 1991, p. 1200.
- (18) Antoine Jeammaud, *ibid*, p. 200.
- (19) محمد صبرى السعدى، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 39.
- (20) Otto Pfersmann, « Entrée « norme » », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Alland (D.), Rials (S.) (dir.), PUF, Paris, 2003, p. 1079.
- (21) Christian Larroumet, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, Paris, 2003, p. 16.
- (22) Henri Dupeyroux, « Sur la généralité de la loi », in *Mélanges De Malberg (C.)*, Sirey, Paris, 1933, p.137.
- (23) Denys de Béchillon, « Qu'est-ce qu'une règle de droit ? », *Droit et Société*, n° 39-1998, p. 175.
- (24) Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2005.
- (25) Maxime Chrétien, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle*, L. Danel, Lille, 1936, p. 129.
- (26) Jean Boulanger, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *op.cit*, p. 420.
- (27) نبيل إسماعيل عمر، الأوامر على عرائض ونظامها القانوني في المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 1987، ص 17.
- (28) Jean Rivero, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges Raynaud (P.)*, Dalloz, Paris, 1985, p. 675.
- (29) Noberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1998, p.141.
- (30) Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, Paris, 1997, p. 13.
- (31) عبد السلام فيغو، المدخل إلى العلوم القانونية، دار وليلي للطباعة والنشر، مراكش، 1997، ص 37.
- (32) Éric Millard, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 21, 2006, p. 61.



- (33) إدريس الفاخوري، "ترجيح الاتجاهات الأخلاقية في مجال العقود والالتزامات"،  
المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 46، 2002، ص 104 .
- (34)Louis-Augustin Barriere, « Propos introductifs », in La sanction, Mallet-Bricout (B.) (dir.), L'Harmattan, Paris, 2007, p. 13.
- (35)Michel Virally, La pensée juridique, LGDJ, Paris, 1960, p. 68.
- (36) إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب س ن، ص 11.
- (37)Xavier Labbé, Introduction générale au droit: Pour une approche éthique, Presses Univ. Septentrion, Paris, 2010, p.18.
- (38)Jacques Mourgeon, La répression administrative, Thèse Droit, LGDJ, Paris, 1967, p. 21.
- (39)Ibid, p.17.
- (40) نبيل إسماعيل عمر، نفس المرجع، ص18.
- (41)Boris Starck, *Henri Roland*, Laurent Boyer, Introduction au droit, Litec, Paris, 2000, p. 327.
- (42)Maxime Chrétien, Les règles de droit d'origine juridictionnelle », op.cit., p. 110.
- (43)Philippe Jestaz , « L'image doctrinale de la Cour de cassation », in Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La Documentation Française, Paris, 1994, pp. 207 et s.
- (44)Jean Boulanger, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », op.cit, p. 422.
- (45)Christian Atias, « L'ambiguïté des arrêts de principe en droit privé », La Semaine Juridique - Édition Générale, 1984, I, 3145, n° 1.
- (46)François Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, Paris, 2006, p. 278
- (47)Marianne Saluden , Le phénomène de la jurisprudence, Étude sociologique, Thèse Paris II, 1983, p. 666.

- (48) Adolphe Touffait, André Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1974, p. 492.
- (49) Christian Atias, *ibid.*
- (50) Pierre Lescot, « Les tribunaux face à la carence du législateur », La Semaine Juridique - Édition Générale, 1966, I, 2007.
- حامد زكي، "التوفيق بين القانون والواقع"، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 5-1997، 7، ص156.
- (51) Mireille Delmas-Marty, Pour un droit commun, Seuil, Paris, 1994, p. 85.
- (52) خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، دار الأمان، الرباط، 1980-1981، ص 169.
- (53) William Blackstone, Commentaires, XVIIIe siècle, Cujas, Paris, 1996-2001, p. 106.
- (54) Cité par Albert Mayrand, « L'autorité du précédent au Québec », La Revue Juridique Thémis, n° 2 et 3, 1994, p.774.
- (55) Frédéric Zénati, La jurisprudence, Dalloz, Paris, 1991, pp.122-123.
- (56) Hélène Sinay , « La résurgence des arrêts de règlement », Dalloz, 1958, p. 87.
- (57) Hans Kelsen, *op.cit.*, p. 207.
- (58) Yann Aguila , « Sur l'art de juger », Lettre « Recherche Droit & Justice », n° 24, automne 2006, p. 1.
- (59) Michel Villey, « L'interprétation dans le droit », Archives de Philosophie du Droit, n° 17, 1972, p. 4.
- (60) Michel Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in La théorie du Droit, le Droit, l'État, PUF, Paris, 2001, p. 72.
- (61) عبد الحي حجازي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول، المطبعة العالمية، القاهرة، 1972، ص 557.

- (62) Michel Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », Cahier du Conseil Constitutionnel, n° 22, 2007, p. 127.
- (63) سمير السيد تتاغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص483.
- (64) حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، ج1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2004، ص 88.
- (65) Frédéric Zénati, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », Dalloz, 2002, p. 15
- (66) Frédéric Zénati, « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », in La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1992, p. 359.
- (67) François Martineau, Petit traité d'argumentation judiciaire, Dalloz, Paris, 2012, p. 135.
- (68) عبد الواحد العلمي، المبادئ العامة للقانون الجنائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1998، ص100.
- (69) Yves Gaudemet , Les méthodes du juge administratif, Thèse Paris II, LGDJ, Paris, 1972, p. 61.
- (70) Antoine Mazeaud, « La jurisprudence sociale créatrice de droit : regard sur la Chambre sociale de la Cour de cassation », in Études offertes à Pélissier (J.), Dalloz, Paris, 2004, p. 397.
- (71) أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص247.
- (72) Sadok Belaïd, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, LGDJ, Paris, 1974, p. 315.
- (73) Jean Carbonnier, Droit civil, PUF, Paris, 2017, p. 274.
- (74) La formule est de Jean Carbonnier.
- (75) Maxime Chrétien, Les règles de droit d'origine juridictionnelle, op.cit, p. 110.

- (76) فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 709.
- (77) Philippe Malinvaud, « La loi dans ses rapports avec le droit naturel et la politique », in *Le discours et le Code*, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon, LexisNexis, Paris, 2004, p. 60.
- (78) Dominique Rousseau, « Interpréter ? J'entends déjà les commentaires ? », in *Interpréter et traduire*, Sueur (J-J.) (dir.), Actes du colloque international des 25-26 novembre 2005, Faculté de droit de Toulon, Bruylant, Paris, 2007, p.47.
- (79) Jean Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 2001.
- (80) Gabriel Marty, Pierre Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, Paris, 1972, p. 234.
- (81) Maxime Chrétien, *Les règles de droit d'origine juridictionnelle* », op.cit, p. 133.
- (82) Olivier Jouanjan, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1998, n°7, p. 44.
- (83) Philippe Malaurie, Patrick Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, Paris, 2009, p. 185.
- (84) Michelle Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante, mais menacée », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1992, p. 345.
- (85) Jean Boulanger, « Notation sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », op.cit, pp. 427 et s.
- (86) Paul Esmein, « La jurisprudence et la loi », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1952, p. 19.
- (87) Olivier Dupeyroux, « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source du droit », in *Mélanges Marty (G.)*, Dalloz, Paris, 1978, p. 475.