

La diffusion de la jurisprudence des Cours suprêmes :

enjeux théoriques et contraintes pratiques

Pascale Deumier

Professeur à l'Université Lyon 3

Equipe Louis Josserand

Intérêt du sujet. C'est un grand honneur pour moi d'intervenir dans le cadre votre Congrès, car je sais l'importance du rôle que sont appelées à jouer les Cours suprêmes francophones dans le monde contemporain. C'est une émotion particulière de participer à cette manifestation à Beyrouth, du fait des liens historiques entre l'Ecole de droit de Beyrouth et la Faculté de droit de Lyon à laquelle j'appartiens. C'est enfin un bonheur intellectuel d'avoir l'occasion de réfléchir avec vous à un thème aussi fondamental que celui de la diffusion de la jurisprudence. Pour en mesurer l'importance, il est possible de revenir à Portalis. Son nom est resté profondément attaché au Code civil ; mais il ne faut pas oublier que son Discours préliminaire marque aussi un « tournant décisif » dans la perception de la jurisprudence¹. Chacun se souvient qu'il voyait dans la jurisprudence le « vrai supplément de la législation ». En développant cette vue, il soulignait que « Tout cela suppose des compilations, des recueils, des traités, de nombreux volumes de recherches et de dissertations ». Et à ceux qui craignaient que le peuple ne se perde dans ce dédale, il répondait qu'« Il est trop heureux qu'il y ait des recueils et une tradition suivie d'usages, de maximes et de règles, pour qu'il y ait, en quelque sorte, nécessité de juger aujourd'hui, comme on a jugé hier ». Plus de deux siècles se sont écoulés. Dira-t-on aujourd'hui qu'il est trop heureux qu'il y ait des sites internet, pour qu'il y ait en quelque sorte nécessité de juger aujourd'hui comme on a jugé hier, mais aussi, ajoutera-t-on, de juger ici comme on a jugé ailleurs ? Peut-on conclure ce Congrès au moment même de son ouverture tant il semble évident qu'il est nécessaire de diffuser la jurisprudence et qu'internet facilite cette diffusion ? A l'évidence, non, car, passé ces constats d'évidence, tout se complique, et pas uniquement du fait de la diversité des moyens dont les Etats et les juridictions disposent et qui viennent d'être rappelés par Jean-Paul Jean. A cet égard, si la question des moyens humains, budgétaires et technologiques ne sera pas plus souvent évoquée lors de cette ouverture, ce n'est pas parce que cette question n'est pas cruciale, et

¹ V. J.-P. Andrieux, *Histoire de la jurisprudence. Les avatars du droit prétorien*, Vuibert, 2012, sp. p. 75 s.

souvent déterminante, pour la diffusion de la jurisprudence : c'est plus modestement parce que la science du droit a peu de réponses à y apporter. Cette science peut seulement tenter d'éclairer les enjeux théoriques de la diffusion et ses contraintes pratiques. Il existe en effet plusieurs raisons fondamentales justifiant de diffuser la jurisprudence et chacune n'appelle pas nécessairement les mêmes moyens de diffusion. La diffusion de la jurisprudence peut varier selon les arrêts que l'on cherche à diffuser mais aussi selon le public auquel on veut les diffuser. Internet donne l'illusion de répondre à tous ces besoins en permettant une diffusion instantanée, intégrale, ouverte. Mais il reste à se demander si une telle diffusion est opportune, si une trop grande diffusion des arrêts n'aboutit pas à affaiblir la diffusion de la jurisprudence, en la noyant dans un flot d'informations. Internet pourrait alors se révéler être bien plus qu'une modalité de diffusion supplémentaire : il est l'origine d'une mutation plus latente des méthodes de juristes et, peut-être, de la jurisprudence elle-même. A bien y réfléchir, au-delà des évidences, il y a donc beaucoup à interroger sur la diffusion de la jurisprudence au temps d'internet et il est heureux que l'AHJUCAF ait retenu ce sujet lourd en enjeux théoriques et en contraintes sur nos pratiques. Avant de les étudier plus avant, il importe au préalable de préciser en introduction de quoi l'on parle lorsque l'on évoque ici la jurisprudence des Cours suprêmes et la diffusion par internet.

De quoi parle-t-on ? La jurisprudence des Cours suprêmes. Même si la notion de « jurisprudence des Cours suprêmes » peut sembler tomber sous le sens, particulièrement dans cette enceinte, il n'est pas inutile de préciser comment elle sera entendue ici. Il ne s'agit pas de rouvrir le débat sur la nature et l'autorité de cette source du droit. Sur ce point, nous nous remettons à la deuxième recommandation adoptée lors de votre dernier Congrès consacré à *La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes* en 2016 à Cotonou, que je vous rappelle : « *Les Cours suprêmes assurent une mission unificatrice de la jurisprudence mais doivent aussi contribuer à l'adaptation du droit à l'évolution de la société* »². Ces missions étant ainsi clairement reconnues, il reste à préciser sous quelle forme elles s'exercent. Le thème étant limité à « la jurisprudence des Cours suprêmes », nous n'évoquerons pas ici les discussions actuelles importantes liées à la rencontre de l'open data des décisions des juges du

² V. également, Recommandations des Cours suprêmes du Sahel face au terrorisme : « Les Cours suprêmes sont ainsi appelées à occuper une place particulière dans la lutte contre le terrorisme de par leur mission première d'interpréter la loi, au regard des conventions internationales ratifiées, et de fixer la jurisprudence. Les Cours suprêmes, à travers leur jurisprudence, ont la responsabilité de guider les juridictions du fond » (Dakar, 2018, p. 1)

fond et de l'intelligence artificielle. Cependant, même limitée aux Cours suprêmes, la « jurisprudence » peut s'entendre de deux façons différentes : elle désigne soit l'ensemble des décisions rendues par vos juridictions soit seulement certaines d'entre elles, les plus importantes, celles ayant une portée normative. Cette question se pose pour les Cours suprêmes qui, outre leur mission normative, exercent un contrôle disciplinaire par des décisions dont la portée est souvent limitée à l'espèce. Pour ce modèle de Cour suprême, assez répandu dans les systèmes juridiques francophones, la portée d'un arrêt peut être fortement variable : le rejet d'un pourvoi irrecevable n'intéresse que les parties au pourvoi ; une cassation disciplinaire intéresse ces mêmes parties mais aussi les juges du fond, particulièrement ceux de renvoi ; une cassation pour violation de la loi assure l'unité de la jurisprudence mais ne modifie pas nécessairement la teneur du droit ; un arrêt de principe qui précise une loi, l'adapte à une situation inédite ou la fait évoluer fixe l'état du droit et fait jurisprudence. Autrement dit : tous les arrêts ne portent pas de jurisprudence ; mais toutes les jurisprudences sont portées par des arrêts. Si ces considérations banales ont été rappelées, c'est parce qu'elles constituent un enjeu particulier en matière de diffusion. En effet, si ces arrêts sont diffusés dans leur ensemble, et de façon indifférenciée, le risque est que les décisions les plus importantes, celles qui font jurisprudence, soient noyées dans les décisions d'espèce, souvent considérablement plus nombreuses. Il est à cet égard possible de relier le Congrès qui nous réunit aujourd'hui au Congrès de Cotonou déjà évoqué : c'est l'absence d'un filtrage des questions importantes en amont, permettant aux Cours suprêmes de ne se prononcer que sur les affaires importantes, qui rend nécessaire un filtrage en aval, au moment de la diffusion. Ainsi, plus une Cour suprême se prononce sur des questions d'intérêt variable, plus la diffusion de ses arrêts doit être maîtrisée pour atteindre son objectif. Encore faut-il rappeler l'objectif de la diffusion.

De quoi parle-t-on ? La diffusion au temps de l'internet. S'agissant d'un terme non juridique, il est possible de se tourner vers le dictionnaire de l'Académie française, qui définit la diffusion comme l' « *Action de propager une idée, des connaissances, des techniques ou de distribuer un bien dans un large public et résultat de cette action* ». Cette action de propagation de la part des juridictions est donc le pendant de l'accès au droit du justiciable : la diffusion désigne la démarche faite par l'auteur de la norme pour la rendre accessible, l'accès

désigne la démarche du justiciable pour chercher la norme ainsi mise à sa disposition³. La rencontre de la diffusion et de l'accès permet la connaissance du droit. Dans cette action de connaissance, la définition de la diffusion renvoie à sa distribution « dans un large public ». La précision est importante car elle permet d'exclure, comme étant une question distincte, « communication de la décision » aux parties. Au-delà de cette communication, la diffusion au grand public peut se faire par différents moyens, le plus important en matière de jurisprudence étant celui des recueils d'arrêts. Du moins ce moyen a-t-il longtemps dominé les pratiques des juristes car, dans des systèmes comme le système français dans lequel Légifrance met la jurisprudence de la Cour de cassation à disposition depuis 2002, le temps d'internet semble bien avoir supplanté le temps des recueils. Internet se présente en effet comme l'outil le plus adéquat pour atteindre ce large public. Généralement défini comme le réseau informatique mondial, il permet une diffusion de l'information temporellement instantanée, spatialement illimitée et quantitativement massive. Ce faisant, internet a modifié ce qu'il est classique en rhétorique d'appeler l'« auditoire » des Cours suprêmes, ce qui n'est pas sans incidences. Chaïm Perelman, père de la Nouvelle Rhétorique, a insisté sur le fait que, pour convaincre, il faut adapter son discours à son auditoire, « *ou plus exactement à l'image (que l'on) s'en fait* »⁴, en jouant sur l'univers des croyances de cet auditoire. Or, si internet élargit l'auditoire des Cours suprêmes vers un auditoire universel, réellement universel⁵, dans le même mouvement, il transforme un auditoire jusque là relativement homogène, celui des juristes du système, en un auditoire complexe.

Notre thème apparemment simple a révélé toute sa complexité : comment en effet articuler une réflexion qui doit intégrer la diversité des missions des Cours suprêmes, l'inégale importance jurisprudentielle de leurs arrêts, les différents moyens de diffusion de la jurisprudence et la nouvelle complexité de son auditoire ? Il nous semble qu'en dépit de toutes ces variantes, la diffusion de la jurisprudence procède toujours d'une démarche élémentaire commune et invariable. Dans tous les cas, la diffusion de la jurisprudence implique deux accès. Il faut d'abord donner un accès matériel aux arrêts des Cours suprêmes, sans quoi il n'y a tout simplement pas de connaissance possible de la jurisprudence. Il s'agit toutefois d'une condition nécessaire mais non suffisante pour la diffusion de la jurisprudence. En effet, une fois que l'on a accédé matériellement aux arrêts, il faut parvenir à accéder intellectuellement à

³ V. E. Lesueur de Givry, La diffusion de la jurisprudence, mission de service public, Rapport annuel 2003, p. 269

⁴ R. Amossy, « Argumentation et Analyse du discours : perspectives théoriques et découpages disciplinaires », Argumentation et Analyse du discours, revue en ligne, 2008/1, § 15

⁵ Par opposition à l'auditoire universel de Ch. Perelman, auditoire idéal et rationnel

la jurisprudence qu'ils portent, la trouver et la comprendre, sans quoi l' « action de propager une connaissance » n'aura été entreprise que partiellement, et inutilement, voire dangereusement. Diffuser la jurisprudence revient alors à rendre accessible le support matériel et intelligible la proposition intellectuelle⁶. Cette césure élémentaire prend tout son sens au temps d'internet. En effet, d'un côté, internet modifie directement et évidemment les possibilités d'accès matériel aux arrêts rendus par les Cours suprêmes. L'essentiel semble même être là. Et pourtant, d'un autre côté, en permettant cette plus large diffusion matérielle des arrêts, internet ne garantit pas forcément une meilleure diffusion intellectuelle de la jurisprudence – tout au contraire. Aussi, pour mieux saisir les enjeux et contraintes de notre sujet, nous verrons dans un premier temps comment internet facilite directement la diffusion matérielle de la jurisprudence avant de voir dans un second temps comment internet transforme indirectement la diffusion intellectuelle de la jurisprudence.

I. LA DIFFUSION MATERIELLE DES ARRETS DIRECTEMENT FACILITEE PAR INTERNET

Il existe un contraste saisissant entre la puissance de l'enjeu théorique et la difficulté de l'accès pratique, entre l'affirmation de la nécessité de l'accès matériel, que nous verrons dans un premier temps, et le choix des moyens de sa mise en œuvre, que nous étudierons dans un second temps.

A. AFFIRMER LA NECESSITE DE LA DIFFUSION

Il est utile de ne pas s'arrêter à une évidence, qui prendrait pour acquise la nécessité de diffuser la jurisprudence, et de prendre le temps d'en rappeler les raisons, car ce sont ces raisons théoriques qui déterminent le bon degré de diffusion pratique. La nécessité de diffuser les arrêts s'est d'abord imposée pour la jurisprudence elle-même ; elle a ensuite été appelée

⁶ Pour reprendre les exigences posées par les droit fondamentaux aux normes, quelle que soit leur source : elles doivent être accessibles mais aussi être intelligibles (pour le Conseil constitutionnel) ou prévisibles (pour la Cour européenne des droits de l'homme).

par le rôle des juges dans l'Etat de droit ; elle a enfin été exigée par la participation des Cours suprêmes à la mondialisation.

Une nécessité jurisprudentielle. Comment les Cours suprêmes pourraient-elles assurer l'unité de la jurisprudence, si leurs arrêts ne sont pas diffusés ? En cela, la diffusion est une question existentielle, au sens premier, pour la jurisprudence : une jurisprudence qui n'est pas connue est une jurisprudence qui n'existe pas⁷. L'absence de diffusion des arrêts est peut-être d'ailleurs le seul moyen d'empêcher la jurisprudence, qui sinon impose sa présence parmi les sources du droit du fait de sa nécessité. Michelle Gobert suggérait ainsi, « *Pour prendre la mesure de la place qu'occupe la jurisprudence* » « *d'imaginer que le silence se fasse* ». Et, « *pour que silence se fasse* », elle précisait qu'il était inutile de supprimer les hautes juridictions, il suffirait « *de suspendre le mouvement des rotatives sans lesquelles il n'y aurait ni bulletins, ni recueils, ni revues de jurisprudence* », ce qui suffirait « *pour que chacun se sente rapidement incommodé par le silence* »⁸. Il n'est pas difficile de décliner les différentes façons dont la diffusion des arrêts participe de l'existence de la jurisprudence. Portalis le rappelait : les recueils de décisions permettent de ne pas soumettre les questions au caprice du juge mais de faire juger aujourd'hui comme il fut jugé hier⁹. A défaut d'accès aux décisions rendues hier, cette stabilité, source de prévisibilité, est abandonnée à la mémoire des juges et disparaît avec eux¹⁰. La diffusion des arrêts est également une condition indispensable pour que les juges inférieurs suivent les interprétations de leur Cour suprême. Sans une telle diffusion, le juge est exposé à la tentation, pour sortir de son isolement, de s'en remettre à des analyses doctrinales ou à des jurisprudences étrangères¹¹ qui, les unes comme les autres, ne peuvent rivaliser en légitimité avec les Cours suprêmes. Au-delà des juges, l'ensemble des juristes a besoin que la jurisprudence soit diffusée pour se prémunir d'un droit variable au gré

⁷ V. les propos de L. Cadiet lors du rapport de synthèse du premier Congrès de l'AHJUCAF : « il ne peut y avoir de jurisprudence sans diffusion des jugements », *Le juge de cassation à l'aube du XXI^e siècle*, Marrakech, 2004 ; comp. J.-P. Andrieux, préc., p. 248 : « La publication valorise mais ne constitue pas un critère déterminant car toute décision, publiée ou non, fait jurisprudence »

⁸ M. Gobert, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTD civ.* 1992. 344

⁹ Déjà cité et « Il est trop heureux que la nécessité où est le juge, de s'instruire, de faire des recherches, d'approfondir les questions qui s'offrent à lui, ne lui permette jamais d'oublier que, s'il est des choses qui sont arbitraires à sa raison, il n'en est point qui le soient purement à son caprice ou à sa volonté. »

¹⁰ Ex. B. Perrin, cité par J. Léonnet, « Le service de documentation et d'études, mémoire de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La doc. fra., 1994, p. 63, sp. p. 66 : Un arrêt « non publié ou non fiché est vite oublié : quand la composition de la Chambre qui l'a rendu s'est entièrement renouvelée, soit en une dizaine d'années, il doit être considéré comme n'ayant jamais existé (...) le nombre de ces arrêts moralement anéantis est considérable »

¹¹ A. Togodoe et E.H.M. Ndiaye, « Les expériences africaines de la diffusion libre du droit sur le Web : bilan et perspectives », *Lex Electronica*, vol. 13, n° 1, printemps 2008

des cas et instiller une dose de prévisibilité dans l'art du droit. Quant aux universitaires, à défaut de connaissance de la jurisprudence, ils raisonnent sur un droit pur, abstrait, conceptuel mais coupé du droit vivant ; ils pensent un droit pour les livres, pas pour l'action. La nécessité de la diffusion pour la jurisprudence est donc l'affaire de tous les juristes mais essentiellement des juristes. Elle va prendre une autre ampleur avec la participation accrue des juges à l'Etat de droit.

Une nécessité dans un Etat de droit. Il ne faut pas mésestimer les enjeux de pouvoirs qui sous-tendent la diffusion des arrêts : rendre visible l'activité des Cours suprêmes sur le droit, c'est aussi lui permettre de déployer un pouvoir juridique qui ne peut exister en étant ignoré de tous. Longtemps, ce pouvoir a préféré la discrétion. Philippe Malaurie décrivait ainsi « *La Cour de cassation du XXe siècle* »¹² : « *L'activité considérable de la Cour et l'influence qu'elle a exercée sur notre société se sont presque toujours accomplies dans le silence et la discrétion. (...) sauf quelques rares exceptions, la Cour est demeurée étrangère aux médias qui, eux aussi, l'ignorent, ce qui est en général une condition de bonne justice* ». Tel n'est plus le cas de la Cour de cassation du XXIe siècle. Le juge est devenu l'un des acteurs les plus importants de la vie démocratique. Sollicités pour trancher des litiges touchant aux questions les plus sensibles, ils n'ont pas évité leurs responsabilités. Ils portent la réponse du droit face aux incertitudes des réponses politiques. Ils diffusent la culture du droit dans des sociétés souvent présentées comme en perte de repères et de valeurs. Ils garantissent la protection des libertés face aux craintes et aux excès ; ils réalisent les droits subjectifs dans un monde de multiplication de ces droits. Ils disent le droit, quand plus personne n'arrive à entendre la loi. Les textes de lois s'accumulent, les systèmes nationaux s'entremêlent aux systèmes régionaux et internationaux et l'ensemble est dominé par la complexité. Or, comme le souligne Paul Martens, « *on revient au juge quand les normes sont si nombreuses qu'elles se contredisent, de même, qu'on allait à lui avant qu'elles n'existassent* »¹³. En remplissant ces rôles, ils ont attiré une attention nouvelle, celle des médias et de la société. Perçus comme les nouveaux acteurs de la démocratie, ils doivent dès lors en accepter l'exigence contemporaine de

¹² Rapport annuel, 1999, p. 11 ; dans le même sens, B. Louvel rappelle la situation il y a encore quelques 50 années : « une communication externe limitée à la production de jurisprudence dans une société timidement médiatisée, formée au respect des autorités, peu critique envers l'institution judiciaire et son fonctionnement, et en retour une très forte réserve des juridictions à l'égard des formes d'expression publique », Texte rédigé par Monsieur Bertrand Louvel en vue de la proposition de nomination du premier président par le Conseil supérieur de la magistrature - 2014

¹³ « Qu'est-ce qu'une Cour suprême ? », Les Cahiers de la justice, 2010/2, p. 15

transparence. La justice est un pouvoir qui ne peut s'exercer dans le secret et le citoyen doit pouvoir connaître les normes qui lui sont applicables, seraient-elles d'origine jurisprudentielle. « *De fait, tout cloisonnement entre justice et information se révèle de plus en plus insoutenable face à la logique de transparence et de connaissance que véhicule l'ordre démocratique* »¹⁴. Dans ce nouveau monde, le fait pour les citoyens de ne pas pouvoir accéder aux décisions de justice ne peut qu'instiller le « *venin de la suspicion* », pour reprendre les termes utilisés hier par le Procureur général Molins. Il doit pouvoir les connaître et il doit pouvoir les comprendre, si le juge veut susciter la confiance des citoyens sans laquelle il ne pourra remplir les missions nouvelles et fondamentales pour la démocratie auxquelles il est désormais confronté. Cette évolution n'a pas été suscitée par internet mais internet l'a accompagnée et exerce aujourd'hui une pression importante sur la nécessité démocratique de la diffusion : dans un monde où l'on peut avoir accès en un clic au savoir universel, comment comprendre qu'il soit impossible d'accéder aux arrêts des Cours suprêmes sans susciter une suspicion qui est un rempart à la confiance des citoyens dans leur justice ? La diffusion de la jurisprudence est devenue une exigence démocratique et l'AHJUCAF y participe entièrement, avec la base JURICAF qui se présente comme « *la contribution des plus hauts magistrats francophones pour renforcer l'État de droit et la démocratie* »¹⁵. Cette contribution est d'autant plus importante qu'elle se situe à l'échelle de la mondialisation, échelle qui a elle aussi alimenté la nécessité de diffuser les arrêts.

Une nécessité dans la mondialisation. Longtemps, la jurisprudence d'une Cour suprême a essentiellement intéressé les juristes de son système. Cependant, cet auditoire s'est élargi sous une double considération. D'une part, le développement de règles à l'échelle internationale, ou régionale, comme le droit de l'UE ou de l'OHADA, appelle une interprétation uniforme à cette échelle. Celle-ci implique un « dialogue des juges », qui présuppose la diffusion des jurisprudences nationales vers les juridictions régionales, et réciproquement, mais aussi la diffusion entre Etats membres. D'autre part, certaines questions juridiques appellent désormais une réponse à l'échelle internationale à commencer par celle, déjà identifiée par l'AHJUCAF, du terrorisme, à laquelle il serait possible d'ajouter celle de l'environnement ou

¹⁴ S. Roure, « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public », RFDC 2006.737

¹⁵ La diffusion du droit est au cœur des politiques menées par les différents réseaux de la francophonie : sur ces actions mais aussi, en matière de diffusion de la jurisprudence, le mince bilan, v. Brou Olivier Saint-Omer Kassi, *Francophonie et justice : contribution de l'Organisation Internationale de la Francophonie à la construction de l'Etat de droit*, thèse, Bordeaux, 2015, dir. F. Hourquebie, accessible sur HAL, sp. p. 170 s.

encore des migrations : le dialogue appelé est alors un dialogue à l'échelle planétaire entre juges nationaux et, encore une fois, il passe au préalable par la connaissance réciproque de leurs jurisprudences. Comme le soulignait Guy Canivet il y a déjà 10 ans, « *une communauté internationale des juges est en voie de constitution. Sa dynamique est irréversible, elle conduit à la convergence, il en résultera une culture judiciaire universelle* »¹⁶. Là encore, internet n'a pas créé la nécessité de diffuser les arrêts entre juridictions de systèmes différents ; il lui a seulement donné une plus grande ampleur, puisque le réseau se joue des frontières. Il serait tentant d'estimer dès lors que, en tant que moyen de diffusion, internet ne sera finalement rien d'autre qu'un changement d'échelle, supposition qu'il reste toutefois à vérifier.

B. CHOISIR LE MOYEN DE DIFFUSION

S'il existe *une* nécessité de diffuser, il existe *des* moyens de diffusion, qui peuvent d'ailleurs se combiner. En effet, il n'est pas certain qu'un seul moyen de diffusion puisse à lui seul être adapté aux besoins des juristes, de trouver les précédents pour s'inscrire dans la prévisibilité et la stabilité de la jurisprudence, aux besoins des citoyens, qui cherchent à connaître la réponse du droit à une question de société, aux besoins des juridictions étrangères, qui doivent se prononcer sur un sujet de dimension internationale. Il est possible d'en offrir un panorama à partir de l'expérience historique française, avant d'étudier plus avant les enjeux spécifiquement liés à la diffusion sur internet.

Panorama des moyens de diffusion. La diffusion de la jurisprudence française est très loin d'avoir toujours relevé de la nécessité d'évidence que nous venons de rappeler. Les Parlements d'Ancien régime assuraient une large publication de leurs arrêts de règlement¹⁷ mais soumettaient l'impression de leurs autres décisions à des autorisations, qu'ils accordaient avec parcimonie. Leur diffusion fut surtout assurée par les recueils d'arrêts confectionnés par des magistrats ou des avocats, ce qui n'allait pas sans susciter des doutes réguliers sur leur

¹⁶ « Dialogue trans-judiciaire dans un monde international », in Les Cahiers de la justice 2010/2 p. 31

¹⁷ V. Ph. Payen, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIIIe siècle, Dimension et doctrine*, PUF, 1997 et *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIIIe siècle*, PUF, 1999

fidélité aux décisions rendues¹⁸. Après la Révolution, les jugements du Tribunal de cassation furent à partir de 1790 affichés sur les murs de Paris, à une centaine d'exemplaires¹⁹ « pour l'instruction des juges du fond »²⁰. En 1796, un arrêté prescrivit de réunir ces feuillets dans un Bulletin officiel, qui prendra à partir de 1798 le Bulletin officiel des arrêts de la Cour de cassation²¹. Le choix fait est ainsi celui d'un support officiel dédié aux arrêts, quand d'autres systèmes préférèrent utiliser le Journal officiel. L'existence officielle d'un recueil n'est pas pour autant gage de la bonne diffusion de la jurisprudence : il est ainsi possible que le recueil soit très incomplet ou très irrégulièrement publié²². A défaut d'une diffusion officielle, ou lorsque celle-ci se révèle lacunaire, ce sont à nouveau des voies privées qui prennent le relais²³. Notamment, les revues juridiques peuvent suppléer l'absence de diffusion officielle ou leur caractère trop confidentiel²⁴. Si ce fut longtemps le cas en France, les critiques n'ont pas manqué de s'inquiéter de la sélection des décisions ainsi faite par un éditeur privé, aboutissant à une publication « partielle », « incomplète » et « peu fiable ». Les choix faits reposent sur des causes scientifiques, mais aussi économiques et psychologiques²⁵ : ainsi le rédacteur en chef des éditions Dalloz pouvait-il écrire en 1985 que « la rentabilité est donc la cause première d'une publication limitée de la jurisprudence »²⁶. En outre, bulletins officiels ou revues privées, ces moyens de diffusion partageaient d'autres défauts liés à leur support papier. Au coût important de l'édition s'ajoute un délai irréductible pour la confection des ouvrages. Le temps passant, l'archivage des recueils devenait une préoccupation importante et la recherche des décisions pertinentes ne devait qu'aux efforts louables de classifications et index des éditeurs et à la patience et au travail des juristes. L'évolution va venir des progrès de l'informatique mais elle ne va pas être immédiatement révolution. A partir des années

¹⁸ V. B. Bernabé, « De la prudence à la jurisprudence dans les préfaces des recueils d'arrêts (XVIe-XVIIe siècles) », in *Les sources du droit à l'aune de la pratique judiciaire*, dir. O. Descamps, éd. Panthéon-Assas, 2018, p. 165

¹⁹ J.-P. Andrieux, préc., p. 221

²⁰ J. Léonnet, préc.

²¹ J.-P. Andrieux, préc. p. 221

²² Sur le caractère lacunaire de plusieurs Bulletins de diffusion de la jurisprudence dans des Etats africains et les différents sites web ayant permis une meilleure diffusion, v. A. Togodoe et E.H.M. Ndiaye, préc.

²³ V. sur cette répartition entre diffusion publique et marché, J.-P. Jean, in *La jurisprudence dans le mouvement de l'open data*, colloque organisé par la Cour de cassation et l'ADII, JCP 27 fév. 2017, suppl. au n° 9, sp. p. 10 ; rappelant de façon originale l'histoire des relations entre éditeurs juridiques et pouvoirs publics dans la diffusion de la jurisprudence avant Légifrance, v. D. Lennon, « Méthodes comparées de mise en ligne de la jurisprudence », LPA 29 sept. 2005, n° 194, p. 25 ; pour une critique de la sélection et diffusion par une société d'Etat (SOQUIJ) au Québec, C. Lemieux, « Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste », RDUS (1998-1999) 29, p. 223, sp. pp. 239-240

²⁴ Comme ce fut le cas en France au 19^e siècle, v. J. Léonnet, préc.

²⁵ Sur ces critiques et ces réponses, V. l'article du rédacteur en chef des éditions Dalloz, A. Dunes, « La non-publication des décisions de justice », RIDC 1986/2, p. 757. Ces mêmes arguments vont être utilisés pour les décisions du fond pendant longtemps, E. Lesueur de Givry, préc.

²⁶ Ibid., p. 759

1970, des bases de données permettent de stocker un bien plus grand nombre de décisions que les recueils ne pourront jamais en accueillir. Pour autant, la diffusion ainsi faite restait limitée à ceux ayant accès à ces bases payantes, c'est-à-dire aux juristes, et plus précisément encore aux juristes familiarisés à ce type d'outils ; pour les plus nombreux, la documentation traditionnelle demeurait principale²⁷. La véritable mutation est dès lors celle opérée par l'ouverture du site officiel du droit français, accessible à tous par un moyen d'usage courant, internet. Cette révolution est marquée par Légifrance, qui a fait cette fois-ci le choix d'un site unique pour « la diffusion du droit », qu'il soit constitutionnel, législatif, réglementaire ou jurisprudentiel – contrairement à la Belgique par exemple qui dissocie Justel pour la législation belge et Juridat pour le pouvoir judiciaire²⁸. A sa suite, les Hautes juridictions allaient rapidement rendre leur jurisprudence accessible sur leur site et les éditeurs juridiques mettre leurs bases de données en ligne. Internet pourrait ainsi se présenter comme l'aboutissement de la longue histoire de la diffusion de la jurisprudence, en permettant une diffusion ouverte, rapide, élargie²⁹. Cette diffusion n'est pas sans risques juridiques. Surtout, elle n'est pas sans modifier les méthodes des juristes.

Les risques juridiques. Les risques juridiques sont ceux liés à la vie privée et à l'égalité. Les risques d'atteinte à la vie privée par la diffusion des arrêts existent avec les publications papier mais ils changent d'échelle avec internet. Comme le soulignait Emmanuel Lesueur de Givry, responsable du service de documentation de la Cour de cassation au moment de ce basculement, « la possibilité offerte par le réseau internet et les performances des moteurs de recherche d'accéder en permanence et pour une durée illimitée aux noms des parties est sans commune mesure avec la publicité de la décision de justice »³⁰. Si la solution passe par l'anonymisation des décisions, celle-ci ne peut être parfaite et cette étape alourdit encore les moyens nécessaires à une diffusion de la jurisprudence. La diffusion numérique crée

²⁷ Dunes, préc. p. 768

²⁸ Sur son alimentation aléatoire et les propositions d'améliorations, v. le (dernier) rapport de la Commission de modernisation de l'ordre judiciaire « consacré à la question de la publication des décisions judiciaires, La plume, le Pélikan et le nuage », 30 juin 2014

²⁹ Pour reprendre l'une des considérations précédant la recommandation n° R(95)11 du Conseil de l'Europe relative à la sélection, au traitement, à la présentation et à l'archivage des décisions judiciaires dans les systèmes de documentation juridique automatisés, qui récapitulait, dès 1995, les avantages des systèmes automatisés de diffusion de la jurisprudence : fournir des « renseignements prompts, complets et à jour », « renseigner toute personne intéressée », « rendre publique plus rapidement des décisions nouvelles » et « un plus grand nombre de décisions »

³⁰ E. Lesueur de Givry, La question de l'anonymisation des décisions de justice, *Rapport annuel de la Cour de cassation*, Doc. fr., 2000, p. 98

également un risque pour l'égal accès aux arrêts : il faut que tous les justiciables aient accès à cette mise en ligne, ce qui implique un accès à un ordinateur, connecté au réseau, et une connaissance minimale de son usage, ce qui avait mené la Cour d'arbitrage belge, en 2004, à s'opposer au basculement total du Journal officiel papier au Journal officiel numérique³¹. Ces enjeux juridiques ne doivent pas être négligés mais ils peuvent être maîtrisés. Les changements de méthodes des juristes au temps d'internet, parce qu'ils sont plus insidieux, semblent plus redoutables.

Les méthodes des juristes. Il est possible d'illustrer ces changements en reprenant les différentes vertus prêtées à internet : une diffusion instantanée, qui rend accessible dans le monde entier une quantité massive d'arrêts. La diffusion instantanée mérite que l'on s'y attarde car elle va modifier le temps de la jurisprudence, qui était traditionnellement un temps long : avant internet, le temps était dicté par le rythme de parution des recueils et revues et il pouvait s'écouler un certain temps entre la date à laquelle un arrêt était rendu et la date à laquelle il faisait jurisprudence. Il est possible de citer ici la position de la Cour européenne des droits de l'homme : après avoir rappelé que « *la publication officielle des lois* » est différente « *d'une évolution jurisprudentielle* », elle rappelle que, pour la jurisprudence, « *l'équité commande de prendre en compte un laps de temps raisonnable, nécessaire aux justiciables pour avoir effectivement connaissance de la décision interne qui la consacre. La durée de ce délai varie en fonction des circonstances, en particulier de la publicité dont ladite décision a fait l'objet* ». La Cour va ensuite patiemment recenser les différentes publications et les commentaires d'un arrêt du Conseil d'Etat français, pour conclure qu'il avait « *acquis un degré de certitude juridique suffisant (...) environ six mois après sa lecture* ». La CEDH a adopté cette position en 2003 et a souvent repris ce délai de six mois depuis³². Seulement, 2003, c'était un autre monde. Certes, Internet existait déjà. Il est d'ailleurs relevé par la CEDH que l'arrêt avait été mis en ligne sur le site du Conseil d'Etat trois jours après sa lecture mais la précision est surtout faite pour compenser le fait qu'il n'avait pas encore été publié au Recueil Lebon³³. Dès lors, ce qui a changé depuis 2003, ce sont les pratiques des

³¹ Arrêt 106/2004 du 16 juin 2004, obligeant à adopter des mesures complémentaires (ex. documents papier disponibles au greffe).

³² CEDH, 21 oct. 2003, Broca et Texier-Micault c/ France, n° 27928/02 et 31694/02, § 20, LPA 15 septembre 2005, n° 184, p. 15, note Mauléon, § 20

³³ § 20 : « il semble qu'à ce jour, il n'a pas encore été publié au « Recueil Lebon », qui est le recueil « officiel » des arrêts du Conseil d'Etat, du Tribunal des conflits et des juridictions administratives ; le Gouvernement

juristes, qui ont progressivement adopté le réflexe de prendre connaissance de la jurisprudence sur internet. En 2017, la CEDH a tenu compte de ces changements et, appréciant la diffusion d'une jurisprudence de la Cour de cassation française, elle relève que « *l'arrêt du 16 décembre 2014 a été diffusé le jour même sur le site internet de la Cour de cassation, avant d'être commenté par la doctrine dès le mois de janvier 2015 (...). La Cour juge dès lors raisonnable de retenir que cet arrêt ne pouvait plus être ignoré du public après le mois de janvier 2015* »³⁴. De six mois, le temps de connaissance de la jurisprudence est passé à un mois et demi. Et ce n'est pas la seule différence : quand la CEDH attendait en 2003 la publication des différents commentaires doctrinaux, seules deux observations d'actualités sont suffisantes en 2017. En 2003, le site de la Cour de cassation était un élément de diffusion parmi d'autres, servant à donner une publicité à coloration officielle plus qu'à permettre une connaissance effective ; en 2017, il est bien devenu le moment principal de cette connaissance et les premières observations publiées semblent surtout utiles pour confirmer que la jurisprudence a été remarquée.

Et ce n'est pas la seule mutation dans les méthodes des juristes. Internet permet également une diffusion des arrêts qui fait fi des frontières. La jurisprudence de l'autre bout du monde est désormais très exactement aussi accessible que la jurisprudence de son Etat. Cette facilité expose à un double risque méthodologique, déjà bien connu du droit comparé et des juridictions familières du dialogue des juges, particulièrement dans les systèmes de *common law*. Le premier est de traiter une jurisprudence étrangère comme un fait jurisprudentiel, sans prendre en compte le contexte national dans lequel elle a été rendue. Le second est tout à l'inverse de traiter une jurisprudence étrangère comme un précédent devant être suivi. Le fait d'avoir accès aux décisions des jurisprudences des autres Cours suprêmes appelle leur prise en considération par une réflexion méthodologique sur le degré de valeur persuasive de ces décisions et sur les raisons justifiant qu'une jurisprudence étrangère puisse être un modèle plus pertinent qu'un autre, du fait de l'appartenance à une même tradition ou du fait de la similitude des contextes économiques et sociaux dans lesquels une même question se pose. Guy Canivet, traitant du « dialogue trans-judiciaire dans un monde international », reconnaît que « *la technique judiciaire comparative ne va pas de soi (...) elle ne joue que par inspiration, « coloration », contre-vérification, confortation, dans l'espace d'interprétation*

indique cependant qu'il figure sur le site Internet du Conseil d'Etat depuis le 1er juillet 2002 et a été publié et commenté (énumération des différentes publications) »

³⁴ CEDH, décision, 21 mars 2017, Poulain c. France, n° 16470/15, § 29

laissé au juge » et il souligne combien cette technique est éloignée de la méthode déductive classique des juridictions de droit civil³⁵.

Internet a donc réduit le temps de la jurisprudence et élargi le spectre de l'argumentation. Ces premières modifications des méthodes des juristes sont toutefois sans commune mesure avec celles qui ont découlé de la diffusion massive et accessible en permanence des arrêts par internet. En effet, nous avons vu que la jurisprudence ne pouvait exister dans le silence, c'est-à-dire sans diffusion. Or, elle ne peut pas plus exister dans le bruit, c'est-à-dire dans un trop plein de diffusion. Du fait de ce bruit, les juristes peuvent confondre l'accès à une masse de décision et la connaissance de la jurisprudence. Avec la diffusion massive et permanente des arrêts, internet crée des risques pour l'accès intellectuel à la jurisprudence et, paradoxalement, est même susceptible de lui nuire³⁶. C'est sur cette transformation plus fondamentale que toutes les autres que nous allons maintenant nous concentrer.

II. LA DIFFUSION INTELLECTUELLE DE LA JURISPRUDENCE INDIRECTEMENT TRANSFORMÉE PAR INTERNET

Parce qu'internet permet de diffuser une masse d'arrêts, il renouvelle la façon de trouver la jurisprudence ; parce qu'internet permet de diffuser auprès d'un public élargi, il modifie les besoins de compréhension de la jurisprudence.

A. TROUVER LA JURISPRUDENCE.

Il existe, parmi les arrêts rendus par beaucoup de Cours suprêmes, des arrêts faisant jurisprudence et des arrêts n'ayant aucun intérêt au-delà du pourvoi, en ce qu'ils exercent un contrôle formel de procédure ou appliquent et répètent des solutions constantes³⁷. La diffusion matérielle de l'ensemble de ces arrêts fait courir le risque d'une indifférenciation entre ces

³⁵ G. Canivet, préc. ; E. Benvenisti et G. Downs, « Les Cours suprêmes nationales face aux défis de notre temps », in Les Cahiers de la justice 2010/2 p. 51 : « *En d'autres termes, les décisions d'une cour fonctionnent comme des signaux envers les autres cours* »

³⁶ Nous n'aborderons pas ici cette même question qui a également été posée dans les systèmes de *common law* avec l'explosion des décisions accessibles par les banques de données, v. sur ce phénomène et les différentes réactions des systèmes juridiques, dont l'absence de portée obligatoire reconnue par certains Etats américains aux décisions non publiées, et sur l'exception que constitue alors le droit canadien, M. Devinat, *La règle prétorienne en droit civil français et dans la common law canadienne*, PUAM, 2005 p. 338 s.

³⁷ Ce qui serait le cas de 90 % des décisions lues lors d'une expérience déjà ancienne relatée par A. Dunes, faite par un juriste ayant lu l'intégralité des arrêts rendus en une année par la Cour de cassation française et les Cours d'appel de Versailles et de Paris, préc. sp. p. 762

décisions et l'expérience a montré que ce risque se réalisait, les plaideurs n'hésitant pas à invoquer des décisions dépourvues du moindre intérêt normatif. Dès lors, selon Jacques-Henri Stahl, « *Pour la bonne compréhension et l'intelligibilité de la jurisprudence, ce qui compte n'est pas l'exhaustivité, mais au contraire la sélection* »³⁸. Il est possible d'envisager différentes façons de procéder à cette hiérarchisation des arrêts, avant de se demander si ce projet est compatible avec internet.

Hiérarchiser les arrêts. Pour hiérarchiser leurs arrêts, les Cours doivent au préalable de se doter de critères clairs, en assurant un maximum d'objectivité dans la sélection et une véritable représentativité de la jurisprudence réelle. A cette fin, une recommandation du Conseil de l'Europe propose différents critères, dont il est possible de donner quelques exemples. Se trouvent par exemple écartées les décisions qui recourent à une motivation standardisée ou de pure forme ; à l'inverse, sont retenues les décisions qui aboutissent à « *une application inusitée d'une règle de droit* », avancent « *une argumentation inédite* » ou mettent en cause « *des faits d'intérêt général* ». Il reste toutefois à savoir comment cette hiérarchisation des arrêts peut se traduire au moment de leur diffusion. Deux grandes options sont envisageables : soit une diffusion limitée aux seuls arrêts importants ; soit une diffusion élargie à tous les arrêts mais en assurant une identification spécifique des arrêts les plus importants.

La diffusion limitée aux arrêts les plus importants s'est longtemps pratiquée par une heureuse conjonction de sa nécessité intellectuelle et des modalités pratiques de diffusion : les contraintes matérielles de l'édition papier imposaient de ne retenir que les décisions les plus importantes³⁹. Cette diffusion non intégrale de la jurisprudence a pu être perçue par des auteurs aussi importants que Jean Rivero⁴⁰ ou Jacques Héron comme « *la faiblesse principale de la technique jurisprudentielle* » ou son « *infériorité technique* »⁴¹. Aujourd'hui encore, la dernière édition du Traité de Ghestin refuse de voir dans la diffusion un indice formel

³⁸ J.-H. Stahl, « « Open data » et jurisprudence », Droit administratif, nov. 2016 repère 10

³⁹ Ex. P. Bellet et A. Tunc, « La Cour judiciaire suprême. Une enquête comparative », RIDC 1978, vol 30 n° 1, sp. p. 76, qui citaient Québec, Japon, France, Allemagne, Suisse, Suède.

⁴⁰ « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA 1968. 15

⁴¹ J. Héron, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », RRJ 1993/4, p. 1083 sp. 1087 : « Il reste que tout cela est plus empirique que rigoureux et qu'il est difficile de choisir parmi les arrêts rendus, et plus encore d'indiquer les critères qui font la norme jurisprudentielle » ; également, P. Durand, « La connaissance du phénomène judiciaire et les tâches de la doctrine moderne du droit privé, D. 1955, chr. XV : la sélection « dépend des préoccupations intellectuelles, tournées vers un phénomène juridique déterminé, ou par le désir, plus ou moins conscient, d'orienter la formation du droit », p. 74

d'identification de la jurisprudence⁴². Bien que d'horizons et de générations différentes, ces différents auteurs se rejoignent pour critiquer la subjectivité de la sélection ainsi faite et y voir un biais incompatible avec la publicité qui doit être celle d'une source du droit. A cet égard, la diffusion élargie présente un net avantage : elle permet à chacun de juger de la bonne application des critères de hiérarchisation, en confrontant les décisions importantes aux décisions inutiles, apportant ainsi de la sécurité aux analyses produites⁴³ ; elle interdit de suspecter une censure ou une occultation opportune de certaines positions. L'élargissement de la diffusion est donc vertueux. Pour certains, il permet « *une connaissance complète du droit* » ; pour d'autres toutefois, le droit est « *malade de son information* »⁴⁴. Comme remède, Emmanuel Lesueur de Givry propose d'élaborer « *une doctrine du bon emploi de l'abondance pour qu'elle ne soit pas un leurre mais un atout de développement de la citoyenneté* ».

Il serait ainsi possible de cumuler les avantages : pour la transparence de la jurisprudence, une diffusion large des décisions ; pour l'efficacité de la jurisprudence, une identification spécifique des arrêts importants. Cette identification est possible par différents moyens. Par exemple, il est possible de différencier les arrêts par leur mode de diffusion. Ainsi, en France, les arrêts de la Cour de cassation se distinguent entre ceux qui ne sont publiés qu'au Bulletin des arrêts et ceux qui ont l'honneur du Rapport annuel. Un tel message, généralement parfaitement connu des juristes du système, demeure toutefois relativement secret pour les autres auditoires, non juristes et juristes étrangers – et souvent invisible sur internet, particulièrement s'il s'appuie sur une distinction entre les supports papier. Une autre possibilité consiste à cibler les sites de diffusion selon les arrêts : par exemple, le site de l'AHJUCAF distingue « *l'approche quantitative par la base de données JURICAF* » d'une approche « *plus qualitative, permettant aux Cours suprêmes judiciaires d'échanger et de diffuser les arrêts leurs paraissant les plus importants* », diffusés dans la rubrique « *sélections d'arrêts* ». Si l'on combine cette gradation avec les sites publics de diffusion de la jurisprudence française, il serait possible d'estimer que pour trouver les décisions les plus importantes de la Cour de cassation, il faut utiliser la rubrique Jurisprudence de son site ; pour faire une recherche sur l'ensemble de ses décisions, il faut utiliser Légifrance ; pour faire une recherche sur la jurisprudence francophone, le site JURICAF ; pour une recherche ciblée sur

⁴² Amenant à contester ce critère formel d'identification de la jurisprudence, v. J. Ghestin et H. Barbier, *Introduction générale*, LGDJ, 5^e éd., 2018, n°833 s.

⁴³ Soulignant cette vertu de l'ouverture de la jurisprudence, qui permet désormais au juge de ne plus se contenter des informations sélectionnées par les revues ou de vérifier les interprétations doctrinales de la jurisprudence, v. M. Clément, « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on rester maîtres ? », AJDA 2017.243

⁴⁴ H. Croze, « Le droit malade de son information », *Droits* 1986, p. 81

les questions à dimension internationale ayant donné lieu de grandes décisions, le site AHJUCAF. Il est possible de continuer à décliner les différentes façons par lesquelles les Cours suprêmes peuvent signaler l'importance de leurs arrêts. Encore faut-il que ces hiérarchisations soient adaptées à internet.

Hiérarchiser les arrêts sur internet ? – Selon un rapport d'un groupe de réflexion, « *La jurisprudence souffre d'une dé-hiérarchisation, qui constitue un mal profond contre lequel la sélection opérée par la Cour de cassation ne peut lutter* »⁴⁵. Si les auteurs mettent principalement en cause le système de hiérarchisation retenu par la Cour suprême française, il est possible que le mal soit plus profond : l'accès libre à l'information que permet internet est-il compatible avec une hiérarchisation de cette information ? Il est désormais connu, notamment dans les sciences de l'information, que la « société de la connaissance » construite par internet a entraîné une absence de hiérarchie entre les informations. Michel Serres y voyait la « *fin de l'ère du savoir* »⁴⁶. Cette disparition de la hiérarchie des informations est également, par contre coup, celle de la hiérarchie de ceux qui délivrent l'information. Sur Wikipedia, nul besoin d'être un expert reconnu d'un sujet pour en faire l'analyse encyclopédique, tout contributeur anonyme peut y collaborer. Michel Serres y voyait peut-être la « *fin de l'ère des experts* »⁴⁷. La communauté des juristes étant plus structurée autour d'une pensée hiérarchique, et les juridictions délivrant des indices de hiérarchie de leurs arrêts, la jurisprudence échappe-t-elle à ce « *nivellement des informations, renforcé par leur massification* »⁴⁸ ?

Il ne faudrait peut-être pas nourrir des espoirs trop importants. Car ce que les juristes perçoivent, avant même les signaux d'importance émis par les Cours, ou par la doctrine, c'est leur accès direct, simple et gratuit à la matière brute des arrêts et l'illusion qu'ils trouvent dans cette matière brute des arguments. Dans l'espace ouvert d'internet, ce n'est pas le site le plus prestigieux qui est privilégié pour rechercher dans cette matière brute : c'est celui disposant du moteur de recherche le plus performant. La diffusion par internet a attiré l'attention sur la masse d'arrêts accessibles ; on a négligé d'anticiper ce que l'utilisation des moteurs de

⁴⁵ Le Club des juristes, Sécurité juridique et initiative économique, dir. H. de Castries et N. Molfessis, 2015, n° 113, qui suggère de privilégier une mise en avant du type de contrôle opéré (disciplinaire, normatif, de fondamentalité) et du degré de la formation l'ayant rendue.

⁴⁶ *Petite Poucette*, éd. Le Pommier, 2012, p. 36

⁴⁷ *Ibid.*, p. 37, cette fin étant cette fois sous forme interrogative.

⁴⁸ J.-P. Jean, « La diffusion de la jurisprudence comme sources du droit : approche contemporaine », in *Les sources du droit à l'aune de la pratique judiciaire*, dir. O. Descamps, éd. Panthéon-Assas, 2018, p. 179, sp. 180

recherche modifiait dans les méthodes des juristes et la jurisprudence. Du temps des recueils, les décisions étaient reliées par le patient travail d'indexation et de titrage rendant visible la cohérence de la jurisprudence⁴⁹ ; du temps d'internet, et bien que la recherche sur ces titrages soit possible, les décisions sont uniquement reliées par le fait qu'elles contiennent le même terme, choisi librement par le lecteur, quand bien même il répondrait mal à une série de qualifications, peu important son rôle dans la décision, peu important l'importance de la décision. Avec la recherche par mots clés, et pour réduire le nombre de résultats produits par la masse, l'interrogation va ajouter des termes ciblant au plus près la situation du litige⁵⁰, favorisant une recherche par analogie des cas au détriment d'une recherche par portée normative. Avec internet, ce n'est plus la mémorisation de la jurisprudence qui est centrale dans la connaissance, c'est la capacité à retrouver l'information par les moteurs de recherche. Cette perte de la mémoire au profit d'une information cherchée pour un cas et oubliée pour le cas suivant aboutit à priver de « *vision synthétique de l'information* », ce qui conduit « à une *parcellisation de la connaissance* »⁵¹. Ces mêmes moteurs de recherche ne classent pas les décisions selon leur portée normative mais par ordre chronologique, donnant une prime aux décisions les plus récentes sur les décisions les plus importantes⁵². Qui ne voit alors que la promesse de transparence et de connaissance complète du droit grâce à internet est souvent une illusion. L'utilisation d'internet a seulement remplacé la subjectivité des sélections que faisaient les recueils par la subjectivité des interrogations par mots clés : à cet égard, on ne voit toujours qu'une part de la jurisprudence, qui n'est pas forcément la plus intéressante ni la plus importante mais qui est celle que l'on a soi-même appelée, nous faisant croire que l'on contrôle son accès au droit. La juste mesure de la révolution induite par la diffusion numérique de la jurisprudence n'a peut-être pas été prise. Elle ne peut se concevoir comme un simple changement de support : elle est un passage du monde clos des recueils papier au monde ouvert d'internet. Ce monde ouvert n'est pas structuré autour de hiérarchisations ; en revanche, il est impossible de s'y orienter sans les moteurs de recherche et ce sont ces moteurs de recherche qui doivent pouvoir être utilisés pour isoler la jurisprudence dans la masse, avant qu'ils ne soient remplacés par des algorithmes capables d'analyser cette masse. Ces changements ne sont donc pas encore parfaitement mesurés, puisqu'ils se déroulent sous nos

⁴⁹ M.-A. Trapet, « Les tables analytiques des arrêts de la Cour de cassation », Rapport annuel 2002, qui soulevait déjà la question de l'avenir de ces tables à l'heure de la possibilité de recherche en full text.

⁵⁰ V. M. Clément, préc.

⁵¹ H. Croze, préc.

⁵² M. Clément, préc., sur les effets de la présentation chronologique des résultats sur ArianeWeb sur la façon d'effectuer ses recherches

yeux. Il en est de même des méthodes permettant de comprendre cette jurisprudence, alors qu'internet a élargi considérablement l'auditoire des Cours suprêmes.

B. COMPRENDRE LA JURISPRUDENCE.

La question de la clarté et l'intelligibilité de vos arrêts est une question ancienne et vouée à être éternellement discutée : ici, les juristes critiquent l'obscurité d'une rédaction qui, à être trop concise et autoritaire, ne permet pas de comprendre la jurisprudence ; là, ils se plaignent d'une rédaction qui, à force d'être trop longue et explicative, ne permet plus de comprendre la jurisprudence. Il ne s'agira pas ici de reprendre cette question bien connue mais de se concentrer sur ce qu'internet a apporté à ce débat : il ne s'agit plus seulement d'être compris par les juristes de son système mais aussi par les juristes d'autres systèmes et par les non juristes. Cet élargissement de l'auditoire tend à modifier l'expression de la jurisprudence, ce qui, encore une fois, est porteur d'implications plus importantes qu'on ne le croit.

Motivation et explication. Les Cours suprêmes sont de plus en plus soucieuses d'améliorer la clarté de la rédaction de leurs arrêts. En France, les évolutions ont toujours correspondu à des changements d'auditoires : le Conseil d'Etat est devenu pédagogue au début des années 2000 quand il est devenu juge de cassation et a voulu être bien compris des juges du fond ; il a ensuite modernisé sa motivation à partir de 2012 dans le souci d'être mieux compris par les justiciables ; la Cour de cassation a entrepris cette modernisation à compter de 2014, pour être mieux comprise par les justiciables mais aussi par les juges européens et étrangers. La diffusion par internet n'est pas la seule responsable de ces évolutions ; elle n'y est pas non plus étrangère.

D'une part, le « dialogue des juges » à l'échelle internationale est facilité par internet, qui offre un mode de diffusion accessible partout dans le monde. Cependant, cet accès sera d'une faible utilité si les Cours ne comprennent pas leurs arrêts respectifs. Le style de rédaction n'est pas seul en cause dans ces échanges internationaux. La question du rôle de la langue ne doit pas être sous-estimée, tant elle accompagne souvent une tournure de pensée. L'AHJUCAF incarne cette capacité à œuvrer collectivement à partir d'expériences juridiques nationales différentes mais unies par une même langue. Cependant, en ouvrant au monde le champ du dialogue, internet a rendue plus importante la question de la traduction et certaines

juridictions mettent désormais en ligne des traductions à l'attention des systèmes étrangers⁵³. Il est possible d'aller plus loin et de se demander si, pour ces décisions pouvant intéresser les juridictions étrangères, la communication en dehors de l'arrêt d'éléments liés à la structure du droit national ou au contexte dans lequel la position a été adoptée n'aiderait pas à évaluer la transposabilité de la solution retenue.

D'autre part, avec la diffusion de la jurisprudence par internet, les citoyens et les médias ont facilement accès à des décisions et risquent tout aussi facilement de mal les comprendre. Pour se rapprocher du langage courant, de nombreuses juridictions qui pratiquaient la phrase unique ont fait le choix de passer au style direct. La clarification profitera à tous les juristes mais permettra-t-elle aux citoyens de comprendre les arrêts ? Il est possible d'estimer que le droit demeurera toujours une technique impliquant une maîtrise de certains savoirs ; et plus encore que ce qui est exprimé dans un arrêt est foncièrement déterminé par la procédure ayant porté l'affaire : le fait que les Cours de cassation répondent aux moyens soulevés devant elles implique un minimum d'acculturation à ce qu'est la justice. Ces dimensions n'ayant pas été modifiées par internet, il est possible d'estimer que des relais, avocats ou maisons du droit, demeurent indispensables. Si ce n'est qu'il ne faut pas sous-estimer le fait qu'internet crée un rapport direct entre la jurisprudence et le citoyen et que tous les citoyens ne seront pas en position de recourir à un relais pour dissiper les malentendus, spécialement lorsque leur démarche est mue par une simple recherche d'information ou de connaissance. Afin d'éviter que ce rapport sans intermédiation ne nourrisse des incompréhensions, de nombreuses Cours suprêmes déploient une politique de communication. A cet endroit, il faut rappeler que la diffusion des décisions poursuit plusieurs objectifs. Une chose est de disposer d'un site regroupant l'ensemble des décisions et permettant aux juristes, par les moteurs de recherche, de trouver la jurisprudence pertinente pour leur cas ; une autre est, pour une Cour, de communiquer autour de son activité afin de la faire mieux connaître, des juristes mais aussi du grand public. Or, seules les Cours suprêmes sont légitimes pour communiquer autour de leur propre activité. Dans cette communication, plusieurs Cours suprêmes accompagnent désormais les décisions les plus médiatiques de communiqués de presse à vocation pédagogique, d'autres organisent des conférences de presse pour lever les incompréhensions sur ces mêmes décisions. La Cour suprême du Canada a ainsi inauguré en 2018 « Les causes

⁵³ Il est ainsi possible de trouver sur le site de la Cour de cassation française des décisions significatives traduites en 6 langues (anglais, espagnol, arabe, chinois, japonais, russe)

en bref », qui présente l'essentiel de la décision « *dans un langage accessible* »⁵⁴. Les causes en bref sont très franchement inscrites dans une logique de pédagogie et de langage courant, quand d'autres communiqués, comme ceux de la Cour de cassation française, sont explicatifs mais demeurent souvent dans le registre du langage technique du droit. Par exemple, la dernière « Cause en bref » explique une décision de la Cour suprême du Canada estimant qu'une action collective pouvait être exercée et conclut « *La présente décision ne signifie pas que JJ a obtenu gain de cause dans l'action collective. Elle signifie simplement qu'un tribunal peut maintenant entendre tous les arguments et rendre une décision à cet égard* »⁵⁵.

Du changement d'auditoire à la dilution de la communauté des juristes. Avec la diffusion sur internet, on voit ainsi progressivement les juridictions prendre en charge la hiérarchisation de leurs décisions, leur sélection mais aussi leur connaissance à l'étranger et leur explication pour les citoyens – et parfois pour les juristes. Les juridictions assument ainsi un rôle traditionnellement joué par la doctrine dans les traditions de droit civil. Ce glissement n'a pas été recherché par les Cours suprêmes ; il a été imposé par les changements de pratiques liées internet. En effet, la jurisprudence était antérieurement largement diffusée par les revues juridiques et dès lors les arrêts étaient trouvés avec leur analyse doctrinale ; l'accès élargi par internet rompt ce compagnonnage de longue date, puisqu'il est plus facile, et désormais plus courant, de rechercher les arrêts sur internet et de les trouver sans l'analyse doctrinale. Il ne s'agit pas ici de s'inquiéter pour la doctrine, qui pourra utilement se concentrer sur ses autres missions : critiquer la jurisprudence mais aussi s'atteler à penser les mutations dont il est ici question et à former les juristes de ce nouveau monde. Il s'agit plutôt ici de s'interroger sur le rapport à la communauté juridique, qui fonde le système juridique. En 1992, Carbonnier décrivait un état largement partagé dans les systèmes de droit civil : « *c'est nous, doctrine, pratique, qui faisons la jurisprudence, en la recevant comme source ou comme autorité* ». Cette réception est, toujours selon Carbonnier, un « *phénomène de psychologie de groupe, d'un groupe dispersé, (par têtes plutôt que par écoles), mais mis en communication par les recueils* »⁵⁶. A une mise en communication de la communauté des juristes par des recueils se substitue une jurisprudence ouverte à l'ensemble de la société, et dont l'autorité ne repose

⁵⁴ « Ces résumés sont rédigés dans un langage accessible par le personnel des communications de la Cour suprême, afin de permettre à toutes les personnes qui le désirent de se renseigner sur les règles de droit qui ont une incidence sur elles. Ils ne font pas partie des motifs de jugement de la Cour et ils ne doivent pas être utilisés lors d'une procédure judiciaire »

⁵⁵ L'Oratoire Saint Joseph du Mont Royal c. J.J., 2019 CSC 35

⁵⁶ « Mon cher Collègue », RTD civ. 1992. 341

plus guère sur sa réception collective mais sur l'autonomie individuelle. Ce n'est pas internet qui nous liera au droit à la place des recueils car Internet rompt toutes les frontières : celles des Etats, celles du savoir et des experts, celles des limites de la mémoire humaine qui apprennent le droit, celles des murs de la bibliothèque qui enferment les livres, celle des recueils qui enferment la jurisprudence. Dans cet univers décloisonné, qui ne voit la place charnière que doit assurer le juge, de longue date interlocuteur du législateur, des avocats et de la doctrine et désormais mis en contact direct avec la société et le monde ? Ce nouveau rôle de charnière entre le droit et la société n'annonce pas une jurisprudence assurément meilleure ou à l'évidence pire mais une jurisprudence autre, que les travaux menés dans le cadre de ce Congrès permettront de préparer. Pour toutes ces raisons, je forme le vœu que vos travaux soient riches et constructifs.