

# **LES JUGES ET LE DROIT SOCIAL**

**Contributions à une approche comparative**

**ACTES DU SÉMINAIRE INTERNATIONAL  
DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL,  
DES RELATIONS PROFESSIONNELLES  
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE**

**Sous la direction de Ph. AUVERGNON**

**COMPTRASEC UMR CNRS UNIVERSITÉ MONTESQUIEU - BORDEAUX IV**

## **POLITIQUES JURISPRUDENTIELLES EN DROIT DU TRAVAIL ?**

### **UN POINT DE VUE ALLEMAND**

Indéniablement la jurisprudence tient un rôle créateur de règles (I), la Cour fédérale du travail et la Cour constitutionnelle en constituant les principaux « ateliers » (II). On doit cependant souligner la méthodologie utilisée qui passe moins souvent ouvertement par l'affichage d'une création que par des créations « clandestines » (III). Il faut aussi s'interroger sur la politique poursuivie par les tribunaux (IV), essayer d'expliquer son contenu comme plus généralement le phénomène jurisprudentiel (V). Enfin, on ne peut éviter de questionner un possible « gouvernement des juges » au regard de la démocratie (VI).

#### **I. LE RÔLE CRÉATEUR DE RÈGLES DE LA JURISPRUDENCE**

Dans la conception traditionnelle, la fonction des tribunaux est simplement d'appliquer la loi en toute objectivité. A cette fin, pour les protéger des influences du pouvoir exécutif et des forces économiques et sociales, les juges sont dotés d'un statut assurant leur indépendance.

Un premier examen montre que l'expression « application » ne décrit pas de façon correcte les activités réelles des tribunaux. En matière sociale, on peut citer de nombreux exemples dans lesquels la loi ne donne que des directives très générales dont la concrétisation est confiée aux juges. Il suffit d'évoquer le régime de protection contre le licenciement. Les lois nationales se bornent normalement à fixer un niveau très abstrait de conditions : une « cause juste » ou une « raison économique », par exemple. En Allemagne, la loi de protection contre le licenciement requiert qu'il soit « socialement justifié » ce qui implique l'existence d'une raison inhérente à la personne, d'un comportement fautif du travailleur ou de besoins économiques d'exploitation.<sup>1</sup> Est-ce qu'une maladie est

<sup>1</sup> § 1 al.2 Kündigungsschutzgesetz (loi de protection contre le licenciement)

une raison inhérente à la personne? La jurisprudence répond par l'affirmative mais elle se voit obligé de développer des règles concrètes relative à la durée de la maladie ou à la répétition de l'absence pour raison de santé. La Cour Fédérale du Travail<sup>2</sup> retient ainsi trois conditions pouvant justifier dans leur ensemble le licenciement en cas de maladie ; la première est un pronostic médical négatif c'est-à-dire que l'on sait que l'état de santé ne s'améliora pas dans les prochains mois ; la deuxième concerne les difficultés de fonctionnement que l'absence du travailleur entraîne ; la troisième se réfère au balancement des intérêts de l'employeur et du travailleur qui doit justifier le licenciement. Ce sont des règles d'un niveau d'abstraction moyen qui imposent encore une concrétisation supplémentaire quand un tribunal doit décider à propos d'un cas précis.

On peut facilement trouver d'autres exemples : est-ce que la décision de l'employeur de réduire ses activités ou de poursuivre la même activité avec un nombre réduit de travailleurs constitue un « besoin urgent d'exploitation »?<sup>3</sup> Quelles sont les « fautes graves » qui justifient un licenciement sans préavis?<sup>4</sup>

Dans certains domaines, il n'y a même pas l'équivalent des règles générales qu'on trouve en matière de protection contre le licenciement. Ainsi, faute de disposition dans la législation et dans la Constitution, c'est la jurisprudence de la Cour Fédérale du Travail et celle de la Cour Constitutionnelle qui indiquent si une grève ou un lock-out sont licites ou non.

C'est donc le juge qui définit beaucoup des règles auxquelles le citoyen doit se conformer. Ce « droit jurisprudentiel » qui se retrouve dans pratiquement tous les domaines du droit<sup>5</sup> n'a pas la qualité d'une source formelle du droit. Sur la base de son indépendance, tout tribunal peut développer sa propre « interprétation » des normes existantes sans être lié par la jurisprudence de la Cour Fédérale du Travail. Même les arrêts de la Cour Constitutionnelle ne lie que dans certains cas les autres tribunaux. C'est là une différence de conception fondamentale avec le « judge-made law » du droit anglo-saxon. Mais les réalités se rapprochent : aujourd'hui dans la majorité écrasante des cas, les tribunaux d'instance se conforment aux arrêts de la Cour Fédérale ; comme les citoyens le savent ils respectent normalement les règles établies par la jurisprudence. De fait, les effets de la « jurisprudence constante » de la Cour Fédérale sont les mêmes que ceux de la jurisprudence d'une « Hight Court » ou d'une « Supreme Court » au Royaume-Uni ou aux Etats-Unis. Une perspective purement normativiste méconnaît souvent ce phénomène qui est pourtant d'une certaine banalité pour un sociologue de droit.

<sup>2</sup> Bundesarbeitsgericht

<sup>3</sup> La Cour Fédérale l'accepte dans les deux cas ce qui est critiqué par la doctrine ; voir B. Preis DB (Der Betrieb) 2000, 1122.

<sup>4</sup> Cf. Description et évaluation de la jurisprudence in. Kittner-Däubler-Zwanziger, « Kommentar zum Kündigungsschutzrecht » (Commentaire au droit sur la protection contre le licenciement), 5. Aufl., Frankfurt/Main 2001, § 626 BGB.

<sup>5</sup> Cf. Th. Raiser ZRP (Zeitschrift für Rechtspolitik - Revue de Politique du Droit) 1985, p. 115 et s.

## II. LES « ATELIERS »: LA COUR FÉDÉRALE DU TRAVAIL ET LA COUR CONSTITUTIONNELLE.

En principe, tous les tribunaux ont la compétence de développer les règles décrites. Leur devoir est de rendre une décision même dans les cas d'obscurité de la loi ou lorsque cette dernière du fait d'une généralité excessive, ne peut même pas donner d'orientation.

En pratique, cette tâche est surtout remplie par la jurisprudence émanant d'une plus haute juridiction ou de dernière instance. En matière du travail, la Cour Fédérale du Travail rend plus de 1000 arrêts chaque année. Ainsi, au bout de presque 50 ans de jurisprudence, le réseau des normes jurisprudentielles est devenu de plus en plus dense. Pour les acteurs collectifs (syndicats, comités d'établissements, associations patronales) comme pour les acteurs individuels (travailleurs, employeurs) il est indispensable de se renseigner ne serait-ce qu'au travers d'un commentaire ou d'un manuel sur le « cadre juridique » qui a « force obligatoire » pour un conflit concret. L'observateur étranger est souvent surpris par la quantité de livres qu'il trouve dans un bureau de comité d'établissement ou auprès d'une direction du personnel.

Si une nouvelle loi est promulguée ce sont d'abord les juges d'instance qui ont la parole. La pratique se conforme provisoirement à leurs jugements. Dans une telle situation, la doctrine tient un rôle relativement important car une « opinion dominante » partagée par beaucoup de juristes d'un certain prestige social sera suivie par la Cour Fédérale avec une très forte probabilité.

Dans de rares cas, la Cour Fédérale n'est pas compétente. Ainsi en matière de référé (de procédure d'urgence) c'est l'instance de second degré<sup>6</sup> qui prendra la décision définitive. A titre d'exemple, on peut indiquer comment sur une question précise le « droit » peut être « divisé » entre nord et sud du pays : si un employeur veut réaliser un changement profond dans son établissement et prendre des mesures de licenciements collectifs, il est obligé de négocier avec le comité d'établissement sur un « compromis d'intérêts » ; si les négociations échouent, l'employeur reste libre de prendre les mesures qu'il juge adéquates. Les négociations qui impliquent la tentative d'une conciliation perdent toute signification pratique si l'employeur réalise déjà ses plans avant la fin de cette procédure. La jurisprudence des tribunaux de deuxième instance de Hambourg, de Brême, de Hamm, de Düsseldorf et de Francfort interdit à l'employeur, par voie de jugement en référé, de licencier dans une telle situation alors que les tribunaux de deuxième instance de Bade-Wurtemberg, de Bavière et de Rhénanie-Palatinat refusent d'aller en ce sens.<sup>7</sup>

Un rôle particulier est attribué à la Cour Constitutionnelle. Bien que le texte de la Loi Fondamentale ne contienne que peu de normes qui se réfèrent au

<sup>6</sup> Landesarbeitsgericht (Cour Regionale du Travail)

<sup>7</sup> Cf. Däubler-Kittner-Klebe (éd.), Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl., Frankfurt 2000, §112, 112a Rn 23. Le problème est analogue à celui de l'affaire Renault-Vilvoorde, où la Cour d'appel de Versailles a décidé dans le même sens que les tribunaux de Hambourg, Brême etc.

sociaux<sup>8</sup> La Cour a développé un système de normes jurisprudentielles essentiellement à propos des principes généraux du droit collectif du travail. La garantie de conclure des conventions collectives est accordée aux partenaires sociaux, le droit de déclencher une grève et le droit des employeurs de répondre par un lock-out, le droit du syndicat de distribuer des informations dans les locaux de travail,... tout cela est « déduit » d'une règle constitutionnelle qui ne garantit que la liberté individuelle de se syndiquer.<sup>9</sup> Dans environ 30 arrêts, la Cour a concrétisé ces principes qui sont respectés par la jurisprudence de travail et par les acteurs dans la pratique. Des discussions scientifiques portent souvent sur l'interprétation de cette jurisprudence qui - comme tout « droit jurisprudentiel » - ne suit pas un plan précis d'une logique incontestable.

### III. LA MÉTHODOLOGIE : CRÉATION CLANDESTINE ET CRÉATION OUVERTE

Dans la pratique allemande, les tribunaux n'expriment que rarement le rôle réel qu'ils jouent. La création de règles est normalement déguisée, cachée derrière l'apparence d'une application pure et simple de la loi. Ainsi, un arrêt traitant d'un licenciement pour raison de maladie citera l'article 1 de la loi de protection contre le licenciement et les arrêts antérieurs sur le sujet. Si un aspect spécifique est ajouté on le ferait probablement en évaluant les arguments déjà existants dans la jurisprudence et la doctrine. Les mots « création de règles » ou « adaptation du droit » ne seront en aucun cas utilisés.

Il y a pourtant des exceptions. Si la loi est, de façon évidente, défailante alors que la question est importante, la Cour Fédérale du Travail a ouvertement déclaré qu'elle était amenée à développer et transformer le droit (« Rechtsfortbildung »). Le fondement juridique d'une telle attitude est l'article 132 alinéa 4 de la loi sur la Constitution des Tribunaux (« Gerichtsverfassungsgesetz ») ; celle-ci confie de façon expresse la fonction de développer et de transformer le droit aux chambres réunies de la Cour Fédérale et aussi à une chambre seule si cette dernière se trouve devant une situation patente de vide juridique. La Cour Fédérale du Travail a donc créé, par exemple, des règles très concrètes en matière des primes payées par l'employeur en fin d'année : dans le contrat de travail, les parties peuvent stipuler que le travailleur doit restituer la prime s'il quitte l'entreprise avant le 1er avril de l'année suivante. Ce délai a été créé par la Cour qui a, par ailleurs, précisé que des primes très modestes étaient exclues de l'application de cette règle et donc en aucun cas susceptibles de restitution. Au début, la « modestie » a été définie comme équivalente au plus à 100 DM, puis à 200 DM (102,26 euros). La

<sup>8</sup> Voir le rapport allemand dans: Iliopoulos-Strangas (éd.), La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne, Etude de droit comparé, Athènes - Bruxelles - Baden-Baden 2000

<sup>9</sup> Art. 9 al. 3 de la Constitution: « Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet » (le droit de former des associations pour défendre et améliorer les conditions de travail et les conditions économiques est garanti pour tout le monde et pour toute profession)

complémentarité entre droit légal et jurisprudentiel va ici sans poser problème. Il n'en va pas toujours de même ; on peut en ce sens indiquer l'exemple de l'arrêt de la Cour de Cassation qui a attribué la personnalité juridique à la société civile en contradiction avec le texte de la loi, la volonté historique du législateur et une pratique de plus de cent ans.<sup>10</sup>

Comment justifier le fait de créer ouvertement de nouvelles règles ? Aucun catalogue d'arguments ou de situations ne peut être véritablement invoqué dans un tel cas. La réponse est moins difficile quand la loi est silencieuse ou même obscure. On fait alors surtout appel aux nécessités de la pratique et aux conséquences peu acceptables qui d'autres solutions pourraient provoquer. Le tribunal évalue la situation des parties, les intérêts mis en cause et aussi les effets que telle ou telle décision pourrait avoir en termes d'intérêt public. Dans les cas (rares) de franche contradiction avec les mots de la loi, le tribunal essaiera de mettre en valeur une nécessité spécialement urgente ou les effets désastreux que l'application fidèle du texte pourrait engendrer.

Dans ce domaine, le pouvoir du juge est considérable dès lors que c'est lui qui définit si la loi est ambiguë ou contient des lacunes à remplir. C'est lui qui décide s'il existe ou non une norme applicable dans le cas concret. Il peut donc lui-même facilement restreindre le nombre des cas où il doit développer un raisonnement approfondi afin de justifier une application relativement libre des normes en vigueur.

#### IV. LA POLITIQUE POURSUIVIE PAR LES TRIBUNAUX

La question d'une « politique » de la jurisprudence ne se rapporte pas à l'existence d'un programme intellectuel que les juges tenteraient de réaliser. Dans des cas rares, une telle orientation peut exister même s'il est difficile d'en rapporter sérieusement la preuve. « Politique » veut dire que la jurisprudence en tant que force créatrice des normes provoque certains effets dans la vie sociale. C'est uniquement l'effet objectif des arrêts qui mérite d'être examiné. La fameuse étude d'Otto Kahn-Freund sur « l'idéal social » du Tribunal du Travail du Reich<sup>11</sup> ne contient pas de « soupçons » vis-à-vis de l'attitude subjective des juges ; il constate simplement que les effets des arrêts et les jugements de valeur qu'on y trouve sont d'une proximité surprenante avec la « Carta del Lavoro » de Mussolini et peuvent donc être qualifiés de « fascistes ».<sup>12</sup>

La jurisprudence du travail est conservatrice dans le sens où elle veille à ne pas mettre en question le bon fonctionnement des institutions politiques et les mécanismes de l'économie de marché. On peut citer, à titre d'exemple, l'interdiction de la grève politique qui comprend, en Allemagne, y compris la

<sup>10</sup> BGH NJW 2001, p. 1056

<sup>11</sup> Kahn-Freund, « Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts », Mannheim/Berlin/Leipzig 1931, réédité chez Ramm (éd.), Arbeitsrecht und Politik, Neuwied 1966, p. 149 et s.

<sup>12</sup> Sur les conséquences de cette étude dans la biographie de Kahn-Freund voir Däubler, in « Kritische Justiz », Ed. Streitbare Juristen. Eine andere Tradition, Baden-Baden 1988.

grève de protestation contre des projets législatifs en matière sociale.<sup>13</sup> L'économie de marché est surtout respectée en matière de licenciements. Ainsi, la décision de l'employeur de réduire le personnel est acceptée sans réserve puisqu'elle constitue une raison suffisante justifiant des licenciements pour raison économique.<sup>14</sup> L'exception faite en cas de décision « arbitraire »<sup>15</sup> n'a, en pratique, guère d'importance.

On peut estimer que de 1968 à 1975, les tribunaux ont freiné les revendications des syndicats et de leurs alliés de la doctrine, qui demandaient une interprétation « alternative » prenant en compte l'intérêt des travailleurs. Ce conservatisme a été clairement critiqué et qualifié de « politique » menée dans l'intérêt des employeurs, rendant les structures capitalistes encore plus rigides et plus injustes.<sup>16</sup> Dans les années suivantes, la Cour Fédérale du Travail a modifié beaucoup d'éléments de sa jurisprudence sans toutefois se référer à la critique doctrinale.

Dans la deuxième moitié des années 80 et au cours des années 90, la jurisprudence a témoigné d'une sorte de conservatisme plutôt « progressiste ». Elle n'a pas pris part à la vague néolibérale, refusant de contribuer à la dérégulation. Pour ne citer qu'un exemple, en 1985, le législateur avait « libéralisé » le travail à durée déterminée en donnant la possibilité de conclure de tels contrats pour une durée de 18 mois sans justification particulière comme la jurisprudence l'avait toujours exigée. Dans les conventions collectives du service public et de la métallurgie, des dispositions demandaient une « cause juste » et le problème se posait de savoir si la loi nouvelle s'imposait à ces accords. Le texte légal contenait une « clause de renvoi » à la négociation collective pour tous ses articles sauf celui relatif aux contrats à durée déterminée. Malgré ce fait, la Cour Fédérale de Travail a donné une interprétation de la loi permettant de considérer comme valides les dispositions conventionnelles en cause<sup>17</sup>, réduisant par là même de façon considérable la portée de la nouvelle législation. Un autre exemple peut être pris : en 1996, le législateur a réduit la protection contre le licenciement. Une des mesures excluait toutes les exploitations de moins de 10 personnes de la loi de protection contre le licenciement. Selon la jurisprudence antérieure de la Cour Fédérale de Travail le licenciement était libre hors application de la loi de protection contre le licenciement<sup>18</sup>. La Cour Constitutionnelle a pourtant décidé en 1998 que la liberté professionnelle garantie à l'article 12 de la Constitution requiert une protection minimum de la stabilité dans l'emploi hors dispositions particulières de la loi de protection contre le licenciement<sup>19</sup>. Ce principe implique une justification de sa décision par l'employeur qui doit par ailleurs avoir pris en considération

<sup>13</sup> BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, ständige Rechtsprechung.

<sup>14</sup> Voir supra note 3.

<sup>15</sup> BAG GS (chambres réunies) AP Nr. 20 zu § 1 KSchG. Détails chez Däubler, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1994, p. 661 et s.

<sup>16</sup> Voir Däubler, "Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts", 2. Aufl., Frankfurt/Main 1975.

<sup>17</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 1 BeschFG 1985 = DB 1988 p. 1022.

<sup>18</sup> BAG DB 1980 p. 1701; BAG DB 1984 p. 407.

<sup>19</sup> BVerfG NZA 1998, p. 470 et s.

l'ancienneté du travailleur concerné et la situation des autres travailleurs remplissant de fonctions analogues.

## V. ESSAIS D'EXPLICATION

Deux phénomènes semblent en réalité devoir être expliqués : d'une part l'existence, en tant que tel, du droit jurisprudentiel, d'autre part les raisons du contenu décrit précédemment des politiques des tribunaux.

Quant au premier point, il est relativement facile d'identifier certains facteurs d'existence ou de développement du phénomène « jurisprudentiel ». On pense bien évidemment au niveau très fort d'abstraction et à l'ambiguïté des normes législatives qui résultent souvent de la nécessité de trouver des compromis au cours du processus politique d'élaboration du droit. Dans d'autres cas, c'est l'absence pure et simple de législation qui conduit les tribunaux à développer leurs propres règles.

Les ambiguïtés ou les lacunes de la législation ne sont pas uniquement le résultat de compromis politiques ou d'une mauvaise rédaction du texte législatif. La situation sociale et les problèmes à résoudre peuvent changer ; une loi qui date des années 50 ne peut plus forcément donner des réponses adéquates aux défis de l'actualité. Dans une telle situation, la jurisprudence a la fonction précieuse d'adapter les règles à la réalité, d'empêcher une séparation totale entre le droit écrit et la pratique. Le droit jurisprudentiel est un élément central pour donner une nécessaire flexibilité aux règles juridiques. Cela ne veut pas dire qu'il y ait là un moyen idéal, les tribunaux ne traitant que d'une partie des conflits existants. Mais, c'est un instrument indispensable car la complexité de la société ne permet plus au législateur d'intégrer tous les problèmes émergents ou - quelle utopie ! - de les résoudre par ses propres forces. L'exemple fort simple du licenciement sans préavis le montre : pour « codifier » toute situation qui pourrait constituer une « faute grave » il faudrait au moins 200 articles et on ne pourrait pas encore être sûr d'avoir prévu une règle pour tout conflit possible.

La « politique » poursuivie au travers de la jurisprudence est plus difficile à expliquer. On doit laisser de l'espace à la spéculation. Il faut alors observer que ce sont surtout des juristes atypiques ayant un engagement social qui choisissent de faire carrière dans les juridictions du travail. Le prestige social un peu réduit de cette branche des tribunaux a probablement comme effet que le juriste « moyen » cherche une autre place. Par ailleurs, des cas concrets conduisent à voir d'une façon beaucoup plus précise la situation réelle des individus ; la nécessité d'apporter des « compensations » à certains cas est beaucoup plus accentué que lorsqu'il s'agit d'élaborer des travaux législatifs concernant au mieux des individus « abstraits ».

Une recherche comparative, fort utile, serait à entreprendre pour voir dans quelle mesure la « politique » des juges varie en cas de juridiction de travail « à part » ou de matière « travail » intégrée dans la juridiction ordinaire. En

Allemagne, une étude plus particulière pourrait concerner une comparaison entre les tribunaux de travail, compétents en matière de droits des conseils d'établissement, et les tribunaux administratifs compétents en matière de droits de la représentation du personnel du service public, ces compétences étant fixées dans des lois au contenu très proche<sup>20</sup>.

## VI. GOUVERNEMENT DES JUGES ET DÉMOCRATIE

La description et l'explication de la fonction créatrice de normes de la juridiction du travail pose d'une façon évidente un problème de légitimation démocratique. Est-ce que nous devons vivre dans un Etat où une grande partie du droit est fixé par des instances extraparlimentaires composés de spécialistes qui ne sont jamais exposés aux problèmes de réélection ? A l'époque où les tribunaux de travail n'ont pas adopté la proposition d'interprétation « alternative », favorable aux travailleurs,<sup>21</sup> cet argument a été fort répandu singulièrement dans le milieu syndical.

Il est incontestable que la légitimité du juge est beaucoup plus réduite que celle d'un parlementaire. Elle n'est pourtant pas complètement absente ; en Allemagne, les juges fédéraux sont élus par une commission composée de 16 membres élus par le Parlement et des 16 ministres de travail des Länder. Le présidium de la Cour Fédérale est entendu avant l'élection mais son avis a une valeur purement consultative. Lors de l'élection, la qualité de juriste et l'expérience professionnelle des candidats jouent un rôle primordial ; cependant, en cas de qualification équivalente, l'attitude personnelle vis-à-vis de problèmes de politique sociale peut jouer un certain rôle.

La légitimation par l'élection n'est pourtant pas la même que celle d'un député. Ce ne sont que des juristes âgés de plus de 35 ans qui peuvent être élus et la population n'est pas directement associée. C'est donc une légitimation très indirecte. De plus, les juges fédéraux sont, comme les autres, nommés une fois pour toutes, c'est-à-dire jusqu'à 65 ans. Il se peut qu'une personne soit élue à l'âge de 43 ans avec des convictions politiques et sociales qui, après 20 ans, peuvent être considérés comme complètement dépassés. Une destitution du fait de divergence entre opinions de la grande majorité de la population et celles du juge, est exclue; elle pourrait se produire uniquement en cas de faute grave ou du fait d'une application intentionnellement fautive du droit, situation qui ne se produit pratiquement pas où, si elle se produit, ne peut être prouvée.

Les juges ne sont quand même pas en dehors du système démocratique. D'abord, ils se contrôlent mutuellement au sein des chambres des tribunaux et au travers de la hiérarchie des instances. Plus important reste le contrôle de l'opinion publique : des jugements « d'intérêt général » sont souvent discutés dans la presse et même à la télévision. Les juges tiennent beaucoup à

<sup>20</sup> Cf les « Betriebsverfassungsgesetz », les « Bundespersonalvertretungsgesetz » et les « Personalvertretungsgesetze » des Länder.

<sup>21</sup> Cf. supra IV.

l'acceptation de leurs arrêts par l'opinion publique ce qui n'exclut pas que des critiques émanant de la presse soient souvent attribuées à la mauvaise volonté du journaliste ou à son ignorance totale des problèmes juridiques (ce qui n'est pas toujours faux). Une influence plus grande incombe à l'opinion « publique » des juristes, qui s'exprime dans les revues juridiques. Si la critique d'un arrêt de la Cour Fédérale du Travail est unanime ou quasi unanime, il n'est pas complètement exclu que la Cour modifie sa position à la prochaine occasion. Un revirement clair de la jurisprudence est rare. La Cour profite plutôt du fait que les cas ne posent souvent pas des problèmes complètement identiques; on peut alors changer de « direction » sans le dire ouvertement.

Si le droit jurisprudentiel est à long terme en contradiction avec les jugements de valeurs qui existent dans la grande majorité de la population ou parmi ceux qui gouvernent, le législateur peut intervenir et « corriger » le juge. Le « judge-made law » est un droit qui peut toujours être remis en cause. C'est sa faiblesse mais également sa force.