

Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre

Philippe Jestaz

Volume 27, Number 1, March 1996

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1035838ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1035838ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Jestaz, P. (1996). Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre. *Revue générale de droit*, 27(1), 5–19. <https://doi.org/10.7202/1035838ar>

Article abstract

A static presentation of the sources of law is unlikely to produce either any degree of consensus, or any understanding of how a legal system operates. A dynamic approach is therefore to be preferred, based on the premise that the predominance of a given source of law (customary law, case law or legislation) will vary over time within a legal system. A historical study of the movement between these sources is proposed, as a key to the present situation. The author examines the dynamics of source-shifts before the industrial revolution, then in contemporary times, and suggests a theory of the movement of legal sources.

The author engages in a search of our legal roots before the industrial revolution by examining three models: the law of Rome (from praetorian law to legislation), the law of pre-revolutionary France (from custom to legislation), and the law of England, during the same historical period (from custom to judge-made law); the latter system is substantially different from the two former ones.

After the industrial revolution, the need for juridical security gives rise to a proliferation of legislation. However, judge-made law remains the principal source of law in England, even as the judge acquires considerable law-making powers in France. The two countries, one resolutely attached to legislation, the other to judge-made law, have nonetheless evolved, at least in practice, if not in theory, towards a more similar position.

The author finally formulates a theory of the evolution of sources of law which relates the main historical developments to the present views. The development of legislation, the disappearance of custom, and, finally, the persistence of judge-made law are in conformity with the present views on the chronology of legal evolution. In the future, legislation and case-law will likely interact to produce law. However, alternation between these two poles will take the form of shifts in emphasis rather than dramatic upheavals.

Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre¹

PHILIPPE JESTAZ

Professeur à l'Université de Paris XII
Membre de l'Institut universitaire de France

RÉSUMÉ

La présentation statique des sources du droit non seulement ne suscite aucun accord général, mais ne permet guère de comprendre le fonctionnement, même théorique, du système. L'auteur préfère donc une étude dynamique. Constatant que chaque système a une dominante (coutumière, jurisprudentielle, légale) et que cette dominante varie dans le temps à l'intérieur d'un même système, il propose d'étudier historiquement ces déplacements d'un pôle à un autre pour mieux comprendre la situation actuelle. Il envisage cette dynamique des sources avant la révolution industrielle, puis à l'époque contemporaine, et il esquisse enfin une théorie du déplacement. Avant la révolution industrielle, l'auteur cherche nos racines dans trois modèles : celui de Rome (du droit prétorien à la loi), celui de l'ancienne France (de la coutume à la

ABSTRACT

A static presentation of the sources of law is unlikely to produce either any degree of consensus, or any understanding of how a legal system operates. A dynamic approach is therefore to be preferred, based on the premise that the predominance of a given source of law (customary law, case law or legislation) will vary over time within a legal system. A historical study of the movement between these sources is proposed, as a key to the present situation. The author examines the dynamics of source-shifts before the industrial revolution, then in contemporary times, and suggests a theory of the movement of legal sources. The author engages in a search of our legal roots before the industrial revolution by examining three models : the law of Rome (from praetorian law to legislation), the law of pre-revolutionary France (from

1. Ce texte est celui d'une conférence prononcée en septembre-octobre 1995 aux Universités d'Ottawa, de Montréal et McGill. Conformément à un accord conclu sur place, il fait l'objet d'une publication simultanée au Canada, dans la *Revue générale de droit*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, et en France, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, Sirey. La nature même de l'exercice lui assignait ses limites : il s'agissait de lancer des idées et non de prétendre à l'exhaustivité ! Ainsi les emprunts à l'histoire et au droit comparé (dont l'auteur n'est notoirement pas spécialiste) sont de seconde main. Il n'y a ici de personnel que le regard porté sur des phénomènes déjà connus.

loi) et celui de l'Angleterre à la même époque (de la coutume au droit jurisprudentiel), lequel diffère sensiblement des deux autres.

Après la révolution industrielle, le besoin de sécurité juridique entraîne la prolifération et même l'inflation du droit légiféré. Mais le juge, qui conquiert un grand pouvoir créateur en France, reste la source principale du droit en Angleterre. Ainsi les deux pays, l'un fondamentalement légaliste et l'autre très attaché au précédent jurisprudentiel, ont tout de même rapproché leurs positions en pratique, sinon en théorie.

Enfin l'auteur modèle une théorie du déplacement rapportant les grandes lignes historiques en perspectives actuelles. Le développement de la loi, l'effacement de la coutume et finalement la persistance du juge tracent les grands mouvements chronologiques du droit tel que reconnu actuellement. Pour l'avenir, deux pôles semblent destinés à émettre le droit de façon interactive : la loi et le juge. Mais le déplacement entre ces deux pôles prend désormais la forme de simples oscillations et non plus de grands bouleversements.

custom to legislation), and the law of England, during the same historical period (from custom to judge-made law); the latter system is substantially different from the two former ones.

After the industrial revolution, the need for juridical security gives rise to a proliferation of legislation.

However, judge-made law remains the principal source of law in England, even as the judge acquires considerable law-making powers in France. The two countries, one resolutely attached to legislation, the other to judge-made law, have nonetheless evolved, at least in practice, if not in theory, towards a more similar position.

The author finally formulates a theory of the evolution of sources of law which relates the main historical developments to the present views.

The development of legislation, the disappearance of custom, and, finally, the persistence of judge-made law are in conformity with the present views on the chronology of legal evolution.

In the future, legislation and case-law will likely interact to produce law.

However, alternation between these two poles will take the form of shifts in emphasis rather than dramatic upheavals.

SOMMAIRE

Introduction	7
I. Le déplacement avant la révolution industrielle	8
A. Rome : du droit prétorien à la loi	8
B. L'Ancien Droit français : de la coutume à la loi	9
C. La Grande-Bretagne : de la coutume du précédent	10
II. Le déplacement après la révolution industrielle	12
A. Une constante : l'inflation législative	12
B. L'avènement de la jurisprudence en France	12
C. Le maintien du précédent en Grande-Bretagne	14

III. Essai d'une théorie du déplacement	15
A. Les grandes lignes historiques.....	15
1. Le développement de la loi	15
2. L'effacement de la coutume	16
3. La persistance du juge.....	16
B. Les perspectives actuelles.....	17
1. Les deux pôles interactifs.....	17
2. L'oscillation d'un pôle à un autre.....	18
Conclusion.....	18

INTRODUCTION

Ce titre exige une explication. Je suis parti de cette constatation banale que le classement des sources du droit ne suscite aucun accord général. En France, chaque auteur y va de sa présentation qui a plus de détracteurs que de partisans et qui souvent ne le satisfait pas lui-même. Or cette présentation, qui d'ailleurs ne s'attache qu'au statut juridique de chaque source ou à sa validité propre, ne renseigne guère sur le fonctionnement, même théorique, du système et pas du tout sur la vie réelle du droit. Tout comme, en économie, les chiffres du produit national ventilés par catégories — et encore ce sont des chiffres! — ne donnent du pays qu'une vision abstraite.

Le point faible de ce genre d'instantané, c'est qu'il n'indique pas le mouvement, l'oscillation, l'interaction perpétuelle entre loi, jurisprudence, doctrine, pratique, etc. Toutefois je pense que pour y voir plus clair, il faut non pas entrer tout de suite dans les détails, mais paradoxalement prendre de la hauteur. On constate alors que les divers systèmes juridiques ont à l'heure actuelle une dominante ou légale ou jurisprudentielle, mais qu'ils ont pu jadis être exclusivement l'un ou l'autre (ou encore être purement coutumiers) avant que la source du droit ne se déplace, en tout ou en partie, d'un pôle à un autre. Or l'étude de ces déplacements paraît nécessaire pour comprendre la situation d'aujourd'hui, pour mieux recenser les pôles émetteurs du droit et pour mesurer leur influence réciproque. L'idée de base de cette dynamique des sources, c'est que les lentes évolutions du passé aideront à expliquer les convulsions actuelles, bref que la connaissance du court terme suppose l'étude du long terme².

2. La bibliographie est, sur le sujet, positivement colossale. Pour l'élaboration immédiate de cette conférence, on a rappelé à soi une foule de souvenirs, relu R. DAVID, *infra*, note 9, et plus particulièrement consulté les ouvrages de F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991 et JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », in *Archives de Philosophie du Droit*, tome 30, Paris, Sirey, 1985, p. 105. Certaines idées ont déjà été développées dans un précédent article, Ph. JESTAZ, « Source délicateuse... Remarques en cascades sur les sources du droit », [1993] *Rev. trim. dr. civ.*, p. 73 et très finement critiquées dans un article en réponse (J. VANDERLINDEN, « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicateuse », [1995] *Rev. trim. dr. civ.*, p. 69). Pour une synthèse et des références récentes, on citera encore M.-A. FRISON-ROCHE, « Application de la loi par le juge », *J. Cl. civil*, article 5, Paris, Éditions du Jurisclasseur, 1995.

Il est à peu près avéré que les premiers hominidés ne se sont jamais réunis dans la grotte de l'un d'eux pour édicter un corps de lois! Dans les sociétés primitives, l'expérience juridique a commencé par le juge. Le droit est à l'origine une intuition, un sentiment commun que traduit et exprime un personnage occupant le milieu entre le juge et le sorcier.

De nos jours au contraire, beaucoup de juristes, en tout cas en France, identifient le droit à la loi *lato sensu*, au droit légiféré. Et force est de reconnaître que le volume des codes, recueils et journaux officiels paraît bien leur donner raison.

Dès lors, on sera tenté de considérer que les sociétés humaines obéissent à un déterminisme scientifique, qu'elles vont nécessairement du juge à la loi. Dans l'ensemble ce n'est pas faux, mais il faut y regarder de plus près. Sans remonter aux époques obscures dont nous ne savons presque rien, je me propose d'étudier le déplacement des sources avant la révolution industrielle (I) et ensuite à l'époque contemporaine (II). Puis j'esquisserai une théorie du déplacement (III).

I. LE DÉPLACEMENT AVANT LA RÉVOLUTION INDUSTRIELLE

Pour retrouver nos racines, une excursion à Rome est indispensable. Je la ferai donc (A). Elle éclaire par analogie l'histoire de l'ancienne France (B) et *a contrario* celle de l'Angleterre à la même époque (C).

A. ROME : DU DROIT PRÉTORIEN À LA LOI

Rome a commencé comme tout le monde par le juge, exactement par le pontife qui était un prêtre-juge. Au terme de cette première expérience juridique, on trouve la squelettique loi des XII tables dont les historiens ne savent pas si c'était une vraie loi (imposée par le pouvoir en place et apparemment la première du genre) ou peut-être une simple compilation de jurisprudence non obligatoire. À tout le moins présentait-elle un caractère législatif dans la mesure où elle a laïcisé la procédure et divisé le procès en deux phases, la phase de recevabilité devant le préteur, la phase de décision devant le juge. Là se situe le second et le véritable démarrage du droit romain.

Chacun sait que, du point de vue juridique, la phase la plus importante a été la première, car il s'agissait de savoir si le préteur accorderait ou non une action au plaideur qui la lui demandait. Une fois l'action accordée, la question de principe est réglée et le juge — un simple arbitre — ne statue plus que sur les modalités concrètes d'application. Donc le personnage important est le préteur et le droit romain, le vrai droit romain qu'on admire encore, a été prétorien.

En réalité et dans un premier temps, le rôle créateur appartient surtout aux anciens pontifes reconvertis en jurisconsultes. C'est eux qui, avec une science incomparable, élaborent des constructions et des argumentations juridiques pour convaincre le préteur. Et ce dernier ne fait d'abord que suivre. Parallèlement à cette activité, les jurisconsultes enseignent le droit. Bientôt leur prestige devient tel qu'on les appelle les « prudents », ce qui indique une idée tout à la fois de savoir et d'empirique sagesse. Ce sont eux qui font le droit et le droit des prudents porte le nom — tout simplement — de *jurisprudence*. Ainsi la jurisprudence, au sens primitif du terme, c'est la doctrine! Le droit romain a donc été doctrinal avant de devenir prétorien. Le déplacement a eu lieu quand le préteur a pris de l'assurance et s'est

affranchi de la tutelle de fait qu'exerçaient sur lui les jurisconsultes. Par compensation, le rôle doctrinal de ces derniers s'est alors accru : désormais les jurisconsultes mettent en mémoire et systématisent, commentent et enseignent le droit prétorien.

Ainsi, et cela durera jusqu'à la fin de la République, le droit romain se construit cas par cas sous forme d'actions accordées en termes de plus en plus généraux et abstraits. C'est un droit d'autorité, non obligatoire et qui émane de la base. Sous la République, les lois sont exceptionnelles. Le droit est doctrinal, puis prétorien : disons qu'il résulte d'une collaboration entre la doctrine et le service public de la Justice (en substance!), qui ont successivement joué le rôle prépondérant.

Tout change sous l'Empire : la croissance de l'État, l'immensité du territoire à administrer créent un besoin de législation. Donc les lois se multiplient. Si les premiers codes sont des compilations privées de droit prétorien, le code de Théodose en 438 est un vrai code de lois. Et le pouvoir veille autoritairement à l'application des lois : à cette fin, le préteur est progressivement dépouillé de ses attributions au profit de fonctionnaires qui rendent la justice au nom de l'Empereur à charge d'appel devant lui (c'est la procédure du *rescrit*). Quant au droit prétorien, le pouvoir impérial lui donne force de loi, le transforme en loi : donc il le fige et il le récupère! Insatiable, le pouvoir récupère aussi une partie des jurisconsultes lorsqu'il les habilite à donner des réponses juridiques officielles s'imposant aux juges, non sans les avoir fonctionnarisés au passage. Restent les autres jurisconsultes, ceux qui ne sont pas habilités et qui deviennent de purs professeurs et auteurs. Le divorce de l'École et du Palais daterait de là! En ordonnant une codification exhaustive, Justinien parachève la séparation entre la loi qui commande et la doctrine qui commente.

Cette évolution est significative :

- a) on commence par le droit spontané et vivant, le droit d'autorité (semi-obligatoire) et on finit par le droit autoritaire, par la loi qui est un commandement du prince;
- b) on commence par le droit casuistique et on finit par la règle;
- c) on commence par l'indifférenciation des sources (jurisprudence et doctrine se confondent à une époque où la loi est absente) et on finit par une séparation stricte et hiérarchisée : la loi au sommet; la doctrine et l'appareil judiciaire, désormais divorcés, ne sont plus que des serviteurs de la loi.

En somme, le stade final de Rome évoque l'actuel système français, *du moins dans la conception officielle qu'on s'en fait*. Loi historique? Examinons d'abord les origines de la France.

B. L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS : DE LA COUTUME À LA LOI

L'ancienne France est, à la vérité, coupée en deux. Au Nord, s'appliquent des coutumes variant d'une province à l'autre. Au Sud, s'applique le droit romain, plus précisément un droit d'autorité inspiré du code de Théodose. Comme nous avons déjà évoqué le droit romain, parlons plutôt des coutumes.

Celles-ci conservent une grande part de mystère : on ne les connaît que par la rédaction, probablement déformée, qui en a été faite après coup³. Et à

3. Selon J. VANDERLINDEN, *loc. cit.*, note 2, p. 74, la coutume (gestuelle par définition) perd sa nature originelle dès lors qu'on l'exprime sous forme écrite *ou même orale* : elle devient alors, selon celui qui l'exprime, une forme de législation, de jurisprudence ou de doctrine.

l'origine, il s'agissait probablement d'un ensemble hétéroclite où les vraies coutumes (c'est-à-dire gestuelles, factuelles, si l'on en croit les historiens et anthropologues) voisinaient avec de fausses coutumes, en fait avec des normes orales imposées quasi jurisprudentiellement par les juges ou quasi législativement par les seigneurs⁴. La seule certitude est que, tout comme le droit romain prétorien, elles n'émanaient pas de l'autorité au sommet (si tant est qu'il en existât une!), mais que néanmoins, et à la différence de celui-ci, elles étaient ressenties comme rigoureusement obligatoires. Les coutumes sont aussi obligatoires que des lois écrites. Elles en tiennent lieu d'ailleurs puisque, jusqu'à la Renaissance, il n'y a à peu près pas de lois en France. Mais bientôt tout va basculer.

La forme même des coutumes demeurant incertaine, on ne s'étonnera pas qu'il y eût à plus forte raison de lourdes incertitudes sur leur contenu! Or les rois de France, dont l'autorité commençait à s'affermir, allaient trouver là une bonne raison d'intervenir. Dès le XIII^e siècle, le pouvoir royal avait entrepris la rédaction des coutumes les plus contestées. Puis, en 1454, Charles VII, dans un esprit de clarification et de rationalisation, ordonne la rédaction de toutes les coutumes. Et en 1497, par lettres patentes de Charles VIII, les coutumes ainsi rédigées sont proclamées lois perpétuelles du Royaume. Les rois de France ont donc récupéré le droit coutumier comme les Empereurs romains avaient récupéré le droit prétorien! Les coutumes sont désormais figées et transformées en lois. En vérité, le pouvoir royal a tari cette source du droit.

On pourrait croire que l'espace ainsi libéré va être occupé par la jurisprudence. Pas du tout! Certes les recueils d'arrêts foisonnent, mais à l'époque les arrêts ne sont pas motivés et du coup ils ne sont pas commentés non plus. Il n'y a donc pas grand chose à en tirer ni pour la science juridique, ni pour une éventuelle création prétorienne, qui de fait n'aura pas lieu ou presque pas.

Désormais c'est la loi (au sens large) qui est la source générale du droit français : les ordonnances et les édits royaux deviennent de plus en plus nombreux aux XVII^e et XVIII^e siècles. Et surtout le pouvoir royal invente deux techniques pour asseoir la suprématie de la loi. *Primo* le référé : en cas d'obscurité de la loi, le juge n'a pas le droit d'en interpréter les termes et doit demander son interprétation au Roi, en pratique à ses services juridiques (c'est la résurgence du rescrit romain!). *Secundo* la cassation, qui est au départ un acte de police administrative sans aucun caractère juridictionnel : le Roi annule les arrêts pour inobservation ou simplement pour *interprétation* soit de ses ordonnances, soit des coutumes, soit encore du droit romain (lequel acquiert donc force de loi dans les pays du Sud).

Ainsi la naissance de l'État, le développement du pouvoir absolu, le besoin de certitude et de rationalité ont produit les mêmes effets qu'à Rome : le point de départ n'est certes pas le même, mais le point d'arrivée à peu près identique. Loi scientifique décidément? Non, car l'histoire de l'Angleterre dément cette impression.

C. LA GRANDE-BRETAGNE : DE LA COUTUME AU PRÉCÉDENT

À l'origine, l'Angleterre a un droit coutumier, c'est-à-dire une mosaïque de coutumes comparables à celles du Nord de la France. Mais le besoin de rationa-

4. En ce sens, N. ROULAND, *L'État français et le pluralisme*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1995, pp. 175 et suiv.

lité et surtout d'autoritarisme va surgir beaucoup plus tôt, dès 1066, avec la conquête de Guillaume. Lui et ses successeurs normands veulent en effet asseoir définitivement leur domination sur la société saxonne. Vont-ils alors légiférer?

Assurément non! Au Moyen-Âge, les seigneurs n'envisagent guère d'édicter une législation (sauf sous forme de commandements oraux à durée limitée, lesquels n'ont rien à voir avec la loi actuelle). Et en auraient-ils l'idée que Guillaume serait bien en peine de la réaliser : il vient tout juste de débarquer en Angleterre et il ne sait évidemment pas quels problèmes vont se poser à lui! Donc il n'a d'autre ressource que de créer des juridictions. Les rois normands vont mettre en place les Cours royales de Westminster, avec des attributions au départ étroites : elles n'ont compétence que pour les litiges où l'intérêt de la Couronne est en cause, donc en matière de droit public avant la lettre. À ces litiges, les Cours royales appliqueront une loi commune (*common law*). Méditons un instant ces deux mots : celui de loi désigne non pas un texte existant, mais une règle qui reste à inventer; quant au caractère *commun* de cette loi, il s'oppose à la diversité des coutumes, car les coutumes et les juridictions traditionnelles restent naturellement compétentes en matière de droit privé.

Ainsi les rois normands, à la différence des rois de France, n'ont pas voulu récupérer la coutume à leur profit. Mais ils vont la tuer sans le faire exprès! En effet, ils ont doté les Cours royales d'une procédure rapide, efficace, moderne pour son temps ainsi que de meilleures voies d'exécution. Aussi les particuliers vont-ils s'efforcer de faire juger leurs litiges privés par les Cours royales : à cette fin, ils prétendent, en utilisant des fictions diverses, que l'intérêt de la Couronne est en jeu. Et peu à peu les Cours royales se laissent convaincre. Au bout de 300 ans, ce qui est rapide pour l'époque, la *common law* est devenue un système général de droit pour l'application duquel les Cours royales sont *de facto* juges de droit commun : dès le XV^e siècle, les anciennes coutumes et les juridictions traditionnelles ont perdu toute importance, — à une époque où les coutumes règnent encore sur le Nord de la France.

En somme, le droit coutumier a été remplacé non par la loi comme plus tard en France, mais par un droit jurisprudentiel *a priori* comparable au droit prétorien de la République romaine. Mais attention! S'il y a en effet une ressemblance entre les deux situations, elles offrent aussi deux différences fondamentales.

La ressemblance d'abord : dans les deux cas, le plaideur doit emprunter des procédures formalistes pour convaincre la juridiction d'élargir sa compétence. Le droit anglais sera donc, comme le droit romain, un droit qui progresse cas par cas à la remorque de techniques procédurales. Mais, première différence, le particularisme des procédures britanniques empêchera d'importer les catégories rationnelles et les principes du droit romain : au demeurant Rome est loin et l'Angleterre est une île, donc la *common law* ne sera nullement romanisée et aura un contenu original. Deuxième différence, la plus importante pour nous : le droit romain prétorien n'avait pas de caractère obligatoire, c'était en quelque sorte un droit jurisprudentiel souple. Mais en Angleterre, il faut que les conquérants normands *imposent* une loi *commune* à la population saxonne et les Cours royales ne peuvent donc s'offrir le luxe de divergences jurisprudentielles. Pour éviter ce risque, elles inventent la règle du précédent : le précédent jugé par une Cour s'impose aux autres. Et pour justifier ce pouvoir exorbitant de créer des règles, les juristes anglais inventent une fiction : selon celle-ci, le juge ne fait que déclarer, que révéler une prétendue coutume immémoriale qui préexistait à la Conquête normande! C'est politiquement adroit, encore que peu crédible. Au vrai, les Cours royales ont indirectement

aboli les coutumes réelles au nom d'une coutume imaginaire, ce qui représente un assez joli tour de passe-passe. En tout cas, elles ont inventé le droit jurisprudentiel dur, tellement dur qu'il a été capable de traverser plus tard l'Atlantique...⁵

Au total, l'expérience britannique ancienne confirme une tendance à l'uniformisation et au durcissement du droit. Mais elle infirme les autres expériences en nous montrant que le droit dur n'est pas forcément légiféré ni ne vient nécessairement du sommet de l'État. Toutefois qu'en est-il à l'époque contemporaine?

II. LE DÉPLACEMENT APRÈS LA RÉVOLUTION INDUSTRIELLE

Le XIX^e et surtout le XX^e siècle révèlent une constante, celle de l'inflation législative (A). Mais la France (B) comme le Royaume-Uni (C) conservent d'importants particularismes.

A. UNE CONSTANTE : L'INFLATION LÉGISLATIVE

Inutile de décrire ce phénomène, qui est bien connu, ni de le déplorer alors que les circonstances le rendent inévitable. En effet, quels que soient les mérites d'un système à l'anglaise, on ne peut pas attendre six cents ans de précédents obligatoires pour élaborer un statut de la société anonyme ou mettre sur pied une protection efficace du salarié! Quant au droit *organisationnel* (par ex. état civil, impôt sur le revenu, publicité des hypothèques...), il échappe par nature à toute possibilité de création judiciaire. Le tout sans préjudice du besoin de certitude et de sécurité juridique, lequel augmente avec le progrès technique, avec le rythme de la vie moderne, etc. Bref, pour mille raisons plus évidentes les unes que les autres, le droit légiféré prolifère partout y compris en Grande-Bretagne (et dans la Rome actuelle, à jamais orpheline de son préteur). Mais la France et la Grande-Bretagne, pour nous limiter à ces deux pays, ne réagissent pas de la même façon à cette nouvelle donne.

B. L'AVÈNEMENT DE LA JURISPRUDENCE EN FRANCE

Le droit français occupe une situation paradoxale. Officiellement il est législatif, voire ultra-légaliste. En fait il accorde une place très grande à la jurisprudence.

La France est ultra-légaliste. Au début du XIX^e siècle, au moment où s'amorce la révolution industrielle, la France a abrogé toutes les coutumes, elle a rédigé cinq codes de lois dont le fameux Code civil et elle a interdit toute initiative au juge. À cet effet, elle a conservé en les adaptant les deux institutions royales du référé et de la cassation. Selon la doctrine révolutionnaire devenue philosophie générale du pays, la loi doit être la seule source du droit parce qu'elle seule procède de la volonté populaire : la jurisprudence, qui court-circuite cette volonté, est « la

5. Cette présentation sommaire laisse l'*Equity* aux oubliettes. Mais l'*Equity* ne dément pas notre propos. En dépit d'un contenu par hypothèse différent et d'une procédure originale devant une juridiction initialement distincte, il s'agit encore d'un droit jurisprudentiel fondé sur le précédent et commun à toute la Grande-Bretagne.

plus détestable des institutions » (Le Chapelier) et, à en croire Robespierre, le mot lui-même « doit être effacé de notre langue ». Pas moins !

La suite des événements va donner à ces déclarations un caractère rétrospectivement comique. D'abord le référé législatif, qui a remplacé le référé royal, ne fonctionnera jamais en raison de sa trop grande complication et sera bientôt supprimé. Quant à la cassation, qui doit servir à surveiller le juge de très près, elle va tourner à son avantage ! En effet, afin de faciliter cette cassation, la loi oblige le juge de base à motiver ses décisions. Et afin que les décisions de cassation aient un effet pédagogique à l'égard de toutes les juridictions, la loi confie le pouvoir de casser à un tribunal devenu ensuite la Cour de cassation, laquelle devra elle-même donner ses motifs. Dès lors, toutes les conditions se trouvent réunies pour que la Cour de cassation, du haut de son piédestal, en substituant ses motifs à ceux des juges du fond ou en les reprenant à son compte, puisse accomplir une œuvre créatrice et prétorienne. Ajoutez à cela un texte d'apparence anodine, l'article 4 du Code civil, qui oblige le juge à statuer même en cas d'insuffisance ou d'obscurité de la loi, donc qui l'oblige à inventer le droit si besoin est ! Et la Cour de cassation ne s'en privera pas. Elle commence assez modestement dans les premières années du XIX^e siècle, puis elle va prendre rapidement confiance en elle et rendre bientôt ce qu'on appelle des « grands arrêts », lesquels sont aussi respectés que la loi elle-même et parfois davantage⁶.

Les premiers à tirer parti de cette situation nouvelle seront les avocats et les éditeurs qui, entre 1790 et 1830, lancent des revues juridiques où ils publient un grand nombre d'arrêts, souvent assortis de petits commentaires anonymes. Puis, à partir de 1850, les professeurs de droit prennent le train en marche et se lancent dans des commentaires plus étoffés, plus scientifiques. À la fin du XIX^e siècle, ils inventent le genre littéraire de la note d'arrêt. On se souvient qu'à Rome le mot de jurisprudence désignait à l'origine la doctrine. Cela reste en partie vrai chez nous, car la jurisprudence, ce n'est pas seulement l'arrêt à l'état brut, c'est l'arrêt savamment commenté : ce qu'on appelle l'œuvre prétorienne du juge résulte en réalité d'une collaboration entre le juge et les prudents de notre époque. En tout cas, lorsqu'au début du XX^e siècle on fêta le centenaire du Code civil, chacun put constater que c'était le juge et non le législateur qui, pendant toute cette période, avait beaucoup ajouté à l'œuvre napoléonienne.

De nos jours le Parlement légifère trop (surtout depuis l'avènement de la V^e République en 1958) et le gouvernement aussi, sans parler du législateur européen. Mais le juge ne baisse pas les bras ! La Cour de cassation joue un rôle d'autant plus important que lois et décrets ont souvent un caractère hâtif ou incomplet. En outre, d'autres juges sont venus la rejoindre. Dès la fin du XIX^e siècle, le Conseil d'État, qui s'est affirmé comme juridiction administrative, s'autorise de la spécificité du procès administratif pour s'affranchir des règles du Code civil. Il invente le droit administratif en jouant quasiment le rôle d'un législateur. Puis, en 1958, la France se dote d'un Conseil constitutionnel chargé de contrôler la constitutionnalité des lois nouvelles et cette juridiction va développer une très importante jurisprudence. Enfin les juridictions européennes, la Cour de Justice des Communautés européennes et la Cour européenne des Droits de l'Homme, exercent

6. Voir H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10^e édition, Paris, Dalloz, 1994, par TERRÉ et LEQUETTE. Plusieurs de ces grands arrêts datent du XIX^e siècle. D'autres, rendus à la même époque, n'ont disparu du recueil que pour avoir été effacés ultérieurement par la loi ou par un nouveau *grand arrêt*.

sur le droit français une influence grandissante. Bref, la montée en puissance de la jurisprudence aura été l'événement français le plus marquant depuis la rédaction du Code civil. Bien entendu le droit français reste fondamentalement législatif, mais il a désormais une deuxième source qui revêt une importance considérable⁷.

Cette deuxième source fait l'objet d'un traitement ambigu. D'une part les juristes français étudient beaucoup la jurisprudence et parfois avec idolâtrie, en tout cas ils l'enseignent comme étant du droit positif. Mais d'autre part ils lui dénie officiellement le statut de source autonome⁸. Partant de l'idée, en soi exacte, que le législateur peut toujours briser la jurisprudence, ils considèrent celle-ci comme une source précaire qui ne peut prospérer qu'avec l'accord au moins tacite du Parlement et qui donc procède *in fine* de la loi, ce qui ne révèle pas une vision très scientifique de la matière. Pour ma part, je préfère prendre acte de l'existence d'un droit jurisprudentiel et poser la vraie question, à savoir si la jurisprudence française est un droit jurisprudentiel dur ou souple. En m'en tenant à la jurisprudence judiciaire, j'apporterai une réponse nuancée. Bien entendu nous n'avons pas la règle du précédent. Mais nous avons la cassation qui est un procédé assez brutal. Je dirai donc que les décisions des juges du fond sont du droit jurisprudentiel souple, mais je qualifierai de semi-dure la jurisprudence de la Cour de cassation. Et maintenant parlons du précédent proprement dit.

C. LE MAINTIEN DU PRÉCÉDENT EN GRANDE-BRETAGNE

Le droit légiféré (le *statute law*) connaît aujourd'hui un grand développement en Grande-Bretagne comme ailleurs, en particulier dans certains secteurs comme la fiscalité, les syndicats, la planification ou les manifestations du *Welfare State*. En outre la loi sert à moderniser le droit traditionnel quand le besoin s'en fait sentir de façon urgente. Toutefois, et ce point est fondamental, cette loi produit l'effet d'un corps étranger aux yeux des juristes anglais et malgré son essor, elle « n'est pas, [disait René David,] regardée comme un mode d'expression normal du droit »⁹. Elle est du reste mal rédigée, en tout cas moins bien ou plus mal que la loi française, car outre que les Français ont un meilleur entraînement, ils sont des rationalistes habitués aux formulations abstraites, alors que les Britanniques sont des empiriques.

De nos jours, la Grande-Bretagne a rejoint la France sur deux points : *primo* le législateur peut modifier le précédent (comme il peut, chez nous, démentir une jurisprudence); *secundo* le juge ne peut pas désobéir à la loi. Mais contrairement aux Français, les Anglais n'en déduisent ni l'omnipotence de la loi, ni l'inexistence du droit jurisprudentiel.

7. D'où la profusion des recueils d'arrêts conçus à l'imitation de H. CAPITANT : *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10^e édition, Paris, Sirey, 1993, par LONG, WEILL, BRAIBANT, DELVOLVÉ et GENEVOIS; *Grands décisions du Conseil constitutionnel*, 7^e édition, Paris, Sirey, 1993, par FAVOREU et PHILIP; *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 1994, par BOULOUIS et CHEVALLIER; *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 4^e édition, Paris, Sirey, 1994, par BERGER.

8. Il y a certes des voix discordantes. Mais la majorité des auteurs reste légaliste et le plus célèbre d'entre eux qualifie la jurisprudence d'*autorité*; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 22^e édition, Paris, P.U.F., 1994, n^o 142, p. 221.

9. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8^e édition, Paris, Dalloz, 1982, par C. JAUFFRET-SPINOSI, n^o 342.

Bien mieux, le droit jurisprudentiel garde une position dominante. En effet le juge a officiellement le pouvoir de créer des précédents sur la loi, de l'interpréter, de la compléter, sauf à ne pas la contredire (ce que, comme tout juge, il fait quand même subrepticement de temps à autre). Pour les juges et les avocats britanniques, la loi n'est qu'un point de départ : elle ne sera vraiment incorporée au droit que quand les tribunaux l'auront rodée. Et surtout la loi est considérée comme une sorte de droit d'exception qui ne peut se comprendre que sur la base d'un droit jurisprudentiel préexistant : c'est ainsi que pour interpréter la loi, on se reporte non pas aux travaux préparatoires comme en France, mais aux précédents de la common law.

Pour conclure sur la Grande-Bretagne et la France à l'époque contemporaine, on constate que les sources du droit se sont déplacées en sens inverse dans les deux pays. Il y a deux siècles, le droit anglais était exclusivement jurisprudentiel, aujourd'hui il n'est plus que principalement jurisprudentiel et accessoirement légal. Le droit français était exclusivement légal, aujourd'hui il n'est plus que principalement légal et accessoirement jurisprudentiel. Ainsi et bien qu'il ne s'agisse pas de la même loi ni de la même jurisprudence dans les deux pays, force est de convenir que chacun d'eux a deux sources du droit et deux sources qui fonctionnent en combinaison. Mais chacun réagit avec son idéologie propre : le Royaume-Uni admet cette dualité et cette combinaison, il adopte donc une démarche pluraliste ; la France ne l'admet guère, elle s'efforce de ramener la jurisprudence à la loi dans une conception moniste du droit.

Ceci termine la partie historique et analytique de cet exposé. Il reste à tenter une synthèse.

III. ESSAI D'UNE THÉORIE DU DÉPLACEMENT

Examinons successivement les grandes lignes historiques (A) et les perspectives actuelles (B).

A. LES GRANDES LIGNES HISTORIQUES

J'en vois trois : le développement de la loi (1), l'effacement de la coutume (2), la persistance du juge (3).

1. Le développement de la loi

L'expansion du droit légiféré est irrésistible. Avant la révolution industrielle, elle apparaîtrait, sous prétexte de clarification et de rationalisation, comme l'instrument du pouvoir absolu. À notre époque, elle s'impose par la force des choses et donc n'a plus besoin de justification. En toute hypothèse, les sociétés humaines tendent vers le légalisme. Si elles y échappent au début, c'est faute d'expérience juridique : on ne peut résoudre les problèmes selon des formules générales tant qu'ils ne se sont pas posés en particulier ! Cela dit et dès que les conditions favorables à l'éclosion du droit légiféré se trouvent réunies, il faut prendre garde à sa force d'expansion : c'est un droit envahissant et qui cherche à étouffer tous les autres. En général, il réussit assez bien avec la coutume, mais pas avec la jurisprudence.

2. L'effacement de la coutume

Bien entendu la coutume survit dans les sociétés dites en voie de développement, mais surtout en matière de droit familial, car quand il s'agit des échanges économiques, même ces sociétés subissent la contagion des courants internationaux. En tout cas, dans les pays développés, la coutume fait partie des vaincus de l'histoire, elle est vouée à disparaître, qu'elle disparaisse devant la loi (comme en France) ou devant le précédent (comme en Angleterre). Certes les juristes français recensent çà et là quelques règles coutumières, mais le fait même qu'ils soient obligés de les scruter à la loupe en dit long sur le tarissement de cette source.

Sans doute certains croient-ils voir une renaissance de la coutume dans les usages du commerce et de l'arbitrage international, mais la thèse est controversée. Sans entrer dans un débat qui nous mènerait trop loin, observons que cette néo-coutume n'aurait de toute façon pas grand chose de commun avec la coutume traditionnelle. Les anciennes coutumes étaient anonymes, orales si ce n'est implicites, immémoriales et à maturation lente. De nos jours tout va très vite, tout s'écrit et se met en mémoire, de sorte qu'il n'y a plus d'anonymat. De sorte aussi qu'à employer le même mot pour les deux phénomènes, on risque de commettre un abus de langage¹⁰.

La vérité est peut-être plus simple : aujourd'hui, chaque fois qu'un juriste, en tout cas français, entrevoit ou croit entrevoir une nouvelle et inclassable source du droit, il commence à rêver du paradis perdu de la coutume ! Mais cette nostalgie ne vaut pas un gramme de certitude scientifique. À mon avis — mais ce n'est qu'une opinion sans certitude non plus — toutes ces sources diverses ne prennent vraiment de consistance que consacrées par le juge, ce qui donne à penser qu'elles se fonderaient plus ou moins dans le phénomène de la jurisprudence...

3. La persistance du juge

Malgré les assauts de la loi, le juge reste un grand personnage. Certes les Empereurs romains avaient réussi à l'asservir et cet exploit paraît encore possible aujourd'hui dans un État totalitaire ou à tout le moins autoritaire. Mais dans un pays démocratique comme la France ou la Grande-Bretagne, la loi ne peut pas tarir la source jurisprudentielle, car la logique de l'état de droit implique qu'on ne cesse d'accroître les pouvoirs du juge. Et pour commencer qu'il y ait un juge au-dessus du droit légiféré. En France, le juge administratif contrôle la légalité des règlements, le Conseil constitutionnel est au-dessus de la loi et tout juge peut écarter un texte interne contraire à nos engagements internationaux : belle revanche de la jurisprudence sur ceux qui voulaient sa disparition ! En Angleterre, le droit jurisprudentiel résiste encore mieux du fait qu'il constitue l'ossature de base qu'aucun législateur ne peut envisager de remplacer par une loi, fût-ce seulement à raison du temps considérable que demanderait pareille entreprise. En tout pays, qu'on le veuille ou non, il faut compter avec cette source, qui au demeurant a peut-être vocation à focaliser toutes les autres sources extra-légales.

10. Comme l'écrit N. ROULAND, *op. cit.*, note 4, page 174, « Soit ce qui fait la coutume est son ancienneté, soit ce qui la spécifie est sa souplesse : il faut bien choisir ».

Autres sources qui occupent une place plus discrète tant l'affrontement du juge et du législateur les éclipsent. Mais ces deux producteurs de droit sont aussi les seuls qui aient pouvoir de *décider*, alors que par exemple la doctrine se borne — et quelle que soit son influence de fait — à proposer. Toutefois la doctrine joue un rôle de catalyseur dans le déplacement des sources. C'est elle qui favorise l'écllosion d'une source nouvelle, ou qui du moins l'accompagne ou qui à la rigueur se borne à en prendre acte. Et surtout la doctrine fait partie de la jurisprudence, laquelle, en l'absence de doctrine, ne serait que du contentieux à l'état brut et peu exploitable. Cette considération essentielle influe sur les perspectives actuelles.

B. LES PERSPECTIVES ACTUELLES

Dans un avenir prévisible, je vois deux pôles émetteurs de droit, mais interactifs (1). Et je n'envisage de déplacement — limité — que de l'un à l'autre (2).

1. Les deux pôles interactifs

La loi et le juge évidemment. Bien entendu je ne parle ici que des pôles habilités officiellement à fabriquer le droit ou du moins à le *dire* (quand il s'agit du juge français). Car les pôles officieux sont beaucoup plus nombreux : pratiques privées, sources administratives, doctrine au sens étroit, doctrine au sens plus large (celle des organisations professionnelles par ex.), etc. Au fond le droit vient de partout et à la limite un colloque réunissant professeurs et praticiens peut déboucher sur une réforme législative ou sur un revirement de jurisprudence ! Mais en la forme, j'ai bien l'impression que le processus de création ne résulte plus aujourd'hui que d'un jugement ou d'un texte, toutes les sources officieuses se déversant dans ces deux sources officielles.

Dans nos sociétés industrielles et démocratiques, je vois deux pôles, pas plus et pas moins non plus. Un droit sans juge, c'est-à-dire avec un juge à la botte du législateur, ne se conçoit qu'en régime autoritaire. Et un droit sans loi, purement jurisprudentiel, ne se conçoit plus aujourd'hui que dans des secteurs très limités. Ainsi en France, la partie de notre droit constitutionnel relative aux principes substantiels que doit respecter la loi, est à 99 % jurisprudentielle en raison de l'extrême laconisme des textes et de l'audace de notre Conseil constitutionnel. Mais ce particularisme ne suffit pas à infirmer la tendance globale.

En général, les deux pôles existent, interagissent et se complètent. Exemple banal : même en France légaliste, la loi utilise à l'occasion des notions souples et non définies pour l'application desquelles elle fait confiance à l'équité du juge. De son côté, le juge rend parfois des décisions provocantes qui consistent à appliquer une loi à la lettre pour obliger le Parlement à prendre ses responsabilités, etc. Et surtout chacun des deux, juge ou législateur, tient compte de l'œuvre accomplie par l'autre. En voici une illustration caractéristique : nous avons une règle purement jurisprudentielle selon laquelle un contrat à durée déterminée (supposons un contrat de 2 ans) devient à durée indéterminée lorsqu'il est tacitement reconduit. Or la loi du 6 juillet 1989 a voulu déroger à cette règle en matière de bail : le bail doit être conclu pour trois ans au moins et, en cas de tacite reconduction, il est reconduit *pour trois ans*. Il faut donc une loi particulière pour déroger à une règle jurisprudentielle générale ! Cela démontre le ridicule d'une

thèse officielle qui traite la jurisprudence comme une simple excroissance de la loi végétant à l'abri de celle-ci. Ce qui nous manque en France, c'est une théorie pour gérer et expliquer ce dualisme, une théorie qui mette chacun à sa place en évitant aussi bien la timidité que les excès du juge¹¹. Toutefois cette théorie ne devrait pas exclure les discrets mouvements de balancier d'un pôle à l'autre.

2. L'oscillation d'un pôle à un autre

Dans ces conditions, le déplacement d'un pôle à un autre ne peut prendre la forme que d'oscillations variables selon les secteurs et toujours réversibles. Ainsi, en France, les articles du Code civil relatifs aux obligations n'ont à peu près pas été retouchés depuis l'origine : face à ces textes vieillissés, notre droit des obligations est essentiellement jurisprudentiel, il n'a cessé de se déplacer en direction de ce pôle, à tel point qu'il ne ressemble plus du tout à ce qui est écrit dans le Code. Bien entendu la doctrine accompagne le mouvement, elle fait pencher le bateau du côté jurisprudentiel.

Toutefois imaginons, ce qui serait souhaitable, que le Parlement français refonde la partie du Code civil consacrée aux obligations. Il le ferait sans doute en tenant compte des acquis jurisprudentiels, mais cela n'empêcherait pas la matière de devenir principalement légale, au moins pour un temps. La doctrine se livrerait à l'exégèse des nouveaux textes et ferait pencher le bateau de l'autre côté, tandis que les juges se révéleraient plus respectueux de cette loi rajeunie, donc moins créateurs.

Cela dit, il se peut aussi qu'une loi nouvelle soit immédiatement recouverte par une jurisprudence exubérante. C'est ce qui est arrivé à notre réforme de la filiation, laquelle se voulait de transaction et de transition, mais a vite été dépassée par l'évolution des mœurs. À l'heure actuelle, la matière connaît un désordre indescriptible, qui fournit d'ailleurs des arguments aux tenants du légalisme le plus intransigeant et qui en tout cas justifierait, par un nouveau retour de balancier, une seconde réforme législative.

Ainsi les grands déplacements historiques, qui se produisaient jadis dans le long terme, ont aujourd'hui leur écho dans le moyen, voire dans le court terme quand il s'agit d'un secteur chaud. Mais plus le secteur est chaud et plus le recul de l'histoire aide à le voir d'un œil froid.

CONCLUSION

À Paris, dans les locaux de la Cour de cassation, le plafond est décoré d'une fresque. Elle n'est pas ce que l'art a produit de plus beau et les mânes de Michel Ange peuvent dormir tranquilles. Mais elle nous intéresse en ce qu'elle représente la loi comme une sorte de Walkyrie armée de sa balance et de son glaive,

11. À l'évidence, la France ne fait pas suffisamment confiance à ses juges. Mais les pays de common law donnent aux leurs un rôle excessif en ce qu'ils leur abandonnent des choix de société pour lesquels un débat devant les représentants élus du peuple paraîtrait indispensable. Exemple : la grande presse a rapporté récemment qu'un juge de l'État de New York avait admis l'adoption d'un enfant par un couple d'homosexuels. Ce qui choque ici n'est pas tant la solution, peut-être bonne, que l'absence de débat public pour l'apprécier en connaissance de cause. À moins que le juge n'ait voulu par là provoquer ce débat, auquel cas il aura eu certainement raison.

avec à ses pieds, le juge en robe rouge ornée d'hermine. Je suppose qu'à Londres les positions seraient inversées! Mais il me semble que ces représentations statiques seraient aussi contestables l'une que l'autre. Dans une perspective dynamique, et dialectique au sens de Hegel, je verrais la loi et le juge alternativement au-dessus et au-dessous l'un de l'autre. En forçant le trait, ces deux composantes du droit m'évoquent ces couples d'étoiles dont les astronomes ne savent pas bien laquelle gravite autour de l'autre. Mais faut-il le forcer? Au-delà de ces divertissements graphiques, la vraie question consisterait à s'interroger sur la source de la source : pourquoi le juge plutôt que la loi (dans les pays de common law)? Pourquoi la loi plutôt que le juge (dans les pays de droit civil)? C'est une question à poser d'une manière générale, au regard des données actuelles et sans se contenter d'invoquer le poids de l'histoire.

Philippe Jestaz
Institut universitaire de France
31, rue de l'Assomption
75016 PARIS — France
Tél. : 33-1-45-20-69-57
Télec. : 33-1-42-33-64-54