

Jugement et jurisprudence

Jean HILAIRE

Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

RÉSUMÉ. — La question est traitée sous l'angle historique et à partir d'un aspect particulier, mais fondamental, et sans doute le plus intéressant : si l'on considère en effet le passage d'une décision de justice (par définition particulière) à un principe (même suggéré), donc le passage d'un cas concret et unique à l'abstraction de portée générale, il y aurait plutôt apparence d'antinomie entre jugement et jurisprudence dans le système juridique français. La notion contemporaine de jurisprudence ne s'est développée que très lentement et seulement à l'approche de la Révolution de 1789 qui en a précisé définitivement les fondements avec une nouvelle conception de la loi (adoptée par le représentant nationale) et le principe de l'unité du droit civil. Mais ce récent triomphe de la jurisprudence demeure incertain, entre autres, par l'ambiguïté qui entoure encore la notion d'interprétation (la jurisprudence est-elle simplement une *autorité* ou une véritable *source* de droit ?) et par l'arbitraire qui accompagne la publication (privée) des décisions de justice en système libéral (n'en procurant qu'une connaissance approximative, sauf pour ce qui concerne les arrêts de cassation).

Il me paraît utile d'aborder ce sujet – jugement et jurisprudence – en historien et en demeurant fidèle à une méthode habituelle qui consiste à éclairer les origines du système actuel. Si donc je me réfère aux auteurs civilistes dont la lecture est conseillée aux étudiants dès la première année, le *jugement* est l'acte de volonté émanant d'un juge investi de cette fonction de juger et qui dit le droit pour un acte particulier ; la *jurisprudence* quant à elle contient les solutions généralement données par les tribunaux à des questions de droit.

En premier lieu, dans cette conception actuelle, la jurisprudence apparaît au premier chef comme le produit de l'interprétation de la loi et cette interprétation est considérée comme inévitable – nécessaire – sauf à ruiner la fonction du juge en le contraignant à l'immobilisme devant l'évolution sociale, autant dire devant la vie. On en était bien convaincu lors de la rédaction de notre Code civil très légaliste (où la loi est la source de droit par excellence et essentielle par principe) qui traduisait la stabilisation napoléonienne après l'expérience révolutionnaire. L'art. 5 interdit aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises : c'est l'interdiction des arrêts de règlement chers aux parlements d'Ancien Régime. En revanche, le terme « prononcer » y a été substitué à « interpréter » de peur que puisse un jour être remise en cause l'interprétation de la loi qui reste partie intégrante de l'art de

juger à l'égard de chaque cas particulier. C'est que les juges non seulement peuvent interpréter la loi mais doivent le faire. Implicitement en effet le Code le leur impose puisque d'après l'art. 4 ils ont l'obligation de pallier le *silence*, l'*obscurité* ou l'*insuffisance* de la loi sous peine de déni de justice.

En second lieu il y a une hiérarchie des juridictions (donc de leurs décisions : jugements et arrêts) et l'une d'entre elles, la Cour de cassation, a la mission particulière d'assurer l'unité de la jurisprudence. Dès lors les juristes se demandent si cette jurisprudence qui a une telle « autorité » n'en arriverait pas, en suggérant une règle générale et abstraite, à jouer un rôle fort proche de celui de la loi dans la création normative du droit. Sans doute le débat reste ouvert ; mais malgré les aspects formels une part croissante de la doctrine emprunte aujourd'hui le raccourci et voit dans la jurisprudence une véritable source de droit.

C'est bien ce point qui est le plus intéressant ici : le passage d'une décision de justice (par définition particulière) à un principe (même suggéré), donc le passage du cas concret et unique à l'abstraction de portée générale. De ce point de vue il y aurait plutôt apparence d'antinomie entre jugement et jurisprudence. Car, d'une part, le jugement est la solution d'un cas unique, jugement de valeur sur des conduites passées d'êtres déterminés ; mais, d'autre part, la jurisprudence dégage des solutions abstraites et constitue une probabilité que les juges la suivront à l'avenir sous l'influence de la Cour de cassation (si toutefois la partie perdante pousse la procédure jusqu'au pourvoi). On explique alors que le jugement (s'il n'est pas fondé uniquement en équité) comporte deux parts : la décision qui met fin à la contestation, concrète et n'intéressant que le cas ; les propositions de droit qui ont déterminé le juge à décider en faveur de l'une des parties plutôt que de l'autre. Mais seuls parmi les innombrables jugements journellement rendus ceux dont le dispositif contient des motifs juridiques donnant une interprétation du droit ont une vocation jurisprudentielle particulière.

C'est seulement la Révolution qui, en rendant obligatoire la motivation des jugements et arrêts, a facilité le développement de la jurisprudence et décidé de son importance depuis deux siècles. En effet celle-ci ne peut prendre véritablement conscience d'elle-même qu'à travers l'expression des motifs fondant les décisions et par la connaissance que l'on peut en avoir. Certes au XVIII^e siècle à la veille de la Révolution la doctrine parlait de la « jurisprudence des arrêts », essayait de la définir et depuis longtemps déjà des praticiens tentaient de repérer les principes qui auraient dû guider les juges ; mais les cours souveraines, les plus élevées dans la hiérarchie de la justice déléguée, ne motivaient pas leurs arrêts et demeuraient assez jalouses du secret dans ce domaine : il y a eu là une longue gestation dont les origines remontent aux XIII^e et XIV^e siècles. En revanche, la grande réorganisation judiciaire décidée en 1790 a coïncidé avec une nouvelle définition des sources du droit et de leur hiérarchie fondée sur la souveraineté nationale.

Cependant ce nouveau système n'était pas immédiatement favorable à la jurisprudence. Celle-ci demeurait dans une position très ambiguë par rapport à la loi sur le plan des principes, et même à tous points de vue, non seulement parce qu'en théorie la jurisprudence n'en a pas la force obligatoire et parce qu'une juridiction n'est pas en principe liée par sa propre jurisprudence, mais aussi parce que la motivation des arrêts et les moyens de publicité et de diffusion à cette époque ne suffisaient pas à en fournir une connaissance assez claire sinon véritablement rationnelle. Autrement dit, au terme de

cette lente gestation (I) achevée par la mise en place d'un nouveau système, la jurisprudence a été limitée et n'a connu, en définitive, qu'un triomphe incertain (II).

I. — UNE LENTE GESTATION

Au début du XVIII^e siècle Cl. de Ferrière dans son *Dictionnaire de droit et de pratique* collectionnait les définitions du terme « jurisprudence ». Il en donnait trois :

- « connaissance des choses divines et humaines, la science de ce qui est juste et de ce qui ne l'est pas » ; on pouvait évidemment y reconnaître une définition d'origine romaine désignant la science des prudens (jurisconsultes) et l'auteur tenait à montrer par là sa culture juridique ;

- « quelquefois l'usage qui s'observe dans une juridiction sur certains points de procédure ou sur certaines questions » ;

- « jurisprudence est l'induction que l'on tire de plusieurs arrêts qui ont jugé une question de la même manière dans une même espèce ».

Une telle accumulation de définitions montrait que le terme n'avait pas encore acquis un sens technique dominant (puisque'il fallait préciser : jurisprudence des arrêts) et aussi que la procédure avait certainement été le premier domaine qui avait favorisé la naissance d'une jurisprudence. De plus, la jurisprudence des arrêts fondait son autorité sur la continuité dans la répétition. Cette jurisprudence des arrêts visait les décisions rendues au nom du roi en dernier ressort par les différents parlements et cours souveraines du royaume. S'il arrivait au roi de casser l'un de ces arrêts dans son conseil, c'était dans le respect des diversités institutionnelles et coutumières et d'abord en vue d'assurer un bon fonctionnement de la justice (dont le roi était redevable à tous ses sujets) mais non pour une quelconque unité de la jurisprudence.

À la veille de la Révolution des auteurs se plaignaient encore de la difficulté à connaître cette jurisprudence, à en repérer les revirements, etc. Ils remarquaient que la meilleure manière de l'appréhender était d'assister aux audiences et stigmatisaient la médiocrité des compilateurs qui publiaient des arrêts et ils montraient ainsi que l'on butait toujours sur le même problème depuis les XIII^e et XIV^e siècles. C'est en effet au moment où le parlement s'organisait (les séances judiciaires de la *curia regis* s'en détachant après la mort de saint Louis en 1270 et constituant désormais une cour de justice, institution distincte et spécialisée) que ce problème était né. Et à la fin du Moyen Âge on en était quasiment au même point alors que deux faits d'apparence capitale allaient se produire : la liquidation de la Guerre de Cent ans s'accompagnait de la création de nouveaux parlements à côté du parlement de Paris ; le développement de l'imprimerie devait offrir de nouvelles possibilités de diffusion des décisions de justice.

Considérons l'hésitation première (XIII^e et XIV^e siècles). Nos premières archives judiciaires ne remontent guère au-delà du milieu du XIII^e siècle : pour la part la mieux connue ce sont les premiers registres du parlement de Paris (1254-1318). On peut y relever beaucoup d'indices d'une évolution assez rapide dont l'étude complète reste encore à faire et la fin du règne de saint Louis marque bien un tournant.

Ainsi, sous ce règne, s'il n'y a pas de motivation des décisions prises en parlement (au sens moderne, c'est-à-dire une motivation visant les textes sur lesquels la décision est fondée) du moins y a-t-il des justifications (*quia...* ou encore *considerato quod...*) :

les raisons de la décision sont souvent indiquées. Mais après 1270 ce type de rédaction est de moins en moins fréquent et le greffier du parlement adopte une formule stéréotypée : la partie a bien ou mal appelé - sans autre précision ; ou même la décision a été prise *ex causa* (c'est-à-dire suivant les circonstances de la cause...).

De même, dans la décision apparaît parfois le précédent : *in consimili casu* on avait déjà décidé de telle manière.

Mais là encore cela est plus fréquent avant 1270 qu'après. De plus l'indication est presque toujours donnée au singulier, rarement au pluriel : référence donc à un cas unique. Enfin il s'agit de citations vagues, ne comportant pas de précision quant au cas auquel on se réfère ; ce n'est que notation abstraite.

Cela pose immédiatement deux questions. En premier lieu, n'y a-t-il pas un phénomène de répétition dans l'activité du parlement ? Cela n'est guère douteux et l'on voit souvent invoquer le *style de la cour* c'est-à-dire l'ensemble des usages qu'elle suit en matière de procédure. Peut-être effectivement la procédure s'est-elle précisée par le poids des précédents mais cela n'apparaît pas formellement. En second lieu, l'interrogation se fait plus forte encore en ce qui concerne la coutume. L'idée selon laquelle la coutume s'établit par la répétition et par la consécration judiciaire nous vient bien entendu des auteurs médiévaux. Et pourtant lorsque les parties invoquent une coutume le parlement estime, au XIII^e siècle, qu'il est d'abord de l'office du juge de la vérifier. Lui-même le fera très fréquemment, mais pas comme on pouvait l'attendre par le moyen des décisions de justice antérieures ; il ordonne systématiquement une enquête et en charge l'officier royal de justice au lieu concerné. Autrement dit on en arriverait à cette hypothèse que l'on passe de la preuve renouvelée par enquête à chaque occasion à la notoriété qui dispense de la preuve sans passer formellement par le précédent : simple hypothèse mais sur laquelle il faudra bien revenir.

On pourrait donner de tout cela deux explications, l'une institutionnelle, l'autre de civilisation. Sur le plan institutionnel, on a déjà remarqué que sous saint Louis la présence physique du roi est très sensible mais c'est encore aussi la cour féodale ; le roi reçoit le conseil de ceux qui l'entourent puis décide en souverain. Quand le greffier écrit : le roi a voulu que... *bien que ce soit contraire au style de la cour*, la référence à la grâce royale n'est guère douteuse et paraît plus immédiate que la crainte d'un précédent. Après saint Louis en revanche, le roi assiste de moins en moins aux séances judiciaires ; le parlement devenu vraiment, entre 1270 et 1310, une cour de justice décide le plus souvent en l'absence de la personne royale mais toujours sous le couvert de la souveraineté. Aussi derrière la fiction de la décision par le roi en parlement les conseillers doivent *ouïr* et trancher seuls : ils délibèrent et comptent leurs voix pour y parvenir alors qu'ils sont toujours censés n'apporter au roi que leur conseil. En outre ils prêtent serment de garder le secret qu'ils doivent au roi même dans les affaires qu'ils examinent en dehors de sa présence. C'est le point de départ du secret des cours. Dès lors on ne donnera plus de justification des décisions prises ; on trouvera également une belle argumentation pour fonder ce secret : la justice est une mission royale d'essence divine, on ne peut laisser discuter les sentences royales par n'importe qui, d'autant que la cour – souveraine comme le roi lui-même – n'est pas tenue par le droit et peut juger en équité.

L'autre explication tient à l'état de civilisation. La justice n'entre que lentement dans la civilisation de l'écriture seule capable de lui donner une vraie mémoire ; et cela d'autant plus que durant la fin du XIII^e siècle le parlement, détaché de la personne royale, fait manifestement du juridisme. Par là il contribue puissamment à créer un État de droit. Mais cela réclame aussi beaucoup plus de précision, de technicité et, de ce fait, une mémoire plus rigoureuse que le traditionnel *record* de cour : une mémoire que seules peuvent donner de véritables archives. Or les greffiers s'efforcent précisément de les constituer au moment même où l'absence du roi va orienter le parlement vers le secret sur les motifs de ses décisions. C'est encore ce qui pourrait expliquer que dès le XIV^e siècle des praticiens cherchent à retrouver par leurs propres moyens les lignes directrices des arrêts du parlement et cette longue quête mènera au concept de *jurisprudence des arrêts*. Car un tel système d'archives parcimonieuses et surtout le secret (y compris pour la consultation de ces archives) ne facilitaient pas la tâche des praticiens ; or avocats et procureurs avaient besoin d'être informés pour guider leurs clients et traiter les affaires. D'où la nécessité pour eux de fonder leur information sur l'expérience personnelle, particulièrement pour ce que l'on appelait la *pratique* c'est-à-dire la procédure.

De la fin du XIII^e siècle au milieu du XV^e, la vie judiciaire suscite une floraison de *styles de procédure*, de recueils de *notables* (arrêts notables), de *coutumiers* dus à des initiatives privées. Tous les auteurs ont été avocats, agents royaux ou agents seigneuriaux ; tous probablement ont été au début de leur carrière procureurs auprès d'une juridiction locale ou du parlement. Ils ont participé directement à la prise de conscience d'une jurisprudence des arrêts comme on le dira au XVIII^e siècle, partant à la fois du rôle d'interprétation rempli par le juge pour résoudre les questions de droit qui se posaient, et de la répétition de décisions similaires. On trouve dans les styles de procédure, à la suite, des « notables de droit » : référence à une règle abstraite tirée de décisions judiciaires sans qu'il s'agisse encore de véritable jurisprudence.

Or à la fin du XIV^e siècle, Jean Le Coq, avocat devenu avocat du roi à la suite d'une brillante carrière, conçoit à son usage personnel une documentation beaucoup plus précise. Il reprend les indications de date et de lieu, avec exposé du *casus* et discussion à travers le vieux cadre universitaire et scolastique de la *quaestio* : donc à la fois précision de l'espèce et analyse avec recherche des motifs qui avaient pu fonder la décision ; il notait également l'existence de décisions semblables. En somme il réunissait des dossiers pour lui-même parce que les « notables » ne lui suffisaient plus ; après sa mort, ses *quaestiones* allaient faire le tour du milieu judiciaire parisien tant elles étaient précieuses pour les praticiens.

L'œuvre de Jean Le Coq traduisait en effet des besoins qui ne devaient que croître au cours du XV^e siècle. Les coutumes évoluaient et les juges avaient sans doute de plus en plus de difficulté à les connaître ; d'où au début du siècle des indices assez nombreux de tentatives isolées de rédaction privée, puis la décision royale de rédaction officielle des coutumes. C'est pourquoi la méthode de Jean Le Coq sera reprise par d'autres, même si c'est loin d'être toujours avec le même talent, et cette littérature se développera régulièrement au cours du XVI^e siècle, alimentée encore par les créations de nouveaux parlements, puis des sièges présidiaux.

Mais si la jurisprudence commence à prendre quelque peu conscience d'elle-même, c'est par un processus très complexe et ambigu. D'une part, ces recueils – particulièrement celui de Jean Le Coq et celui de Gui Pape (pour le parlement de Grenoble) – jouis-

sent d'une grande autorité auprès des magistrats des cours concernées ; à Grenoble, il était difficile aux avocats d'obtenir des arrêts en sens opposé à ce qui était rapporté dans les *Decisiones* de Gui Pape tandis qu'à Paris les analyses de Jean Le Coq influencent directement les conseillers au parlement et ont également marqué la coutume rédigée au XVI^e siècle. D'autre part, cependant, ces auteurs ne pouvaient avancer toujours avec une absolue certitude sur la position de la cour. Il arrivait à Jean Le Coq d'écrire : *Et credo quod ratio dicendi fuit*. L'absence de motivation avait provoqué la naissance de cette littérature qui, à son tour, a peut-être agi parfois comme un miroir déformant à l'égard des juges qui l'ont suivie.

Enfin, on fait des collections de jurisprudence publiées à partir du XVII^e siècle, intitulées volontiers *Journaux du Palais*, mais la collecte des décisions dépendait entièrement de l'arbitraire des auteurs. Cette rencontre avec l'imprimerie, phénomène assurément considérable des Temps modernes, n'en demeurait pas moins assez indécise dans ses résultats. Car si cette littérature assez composite s'est accumulée ainsi jusqu'à la Révolution, elle n'a guère fait de progrès durant cette période, bridée qu'elle était par le secret des cours. Camus, dans ses *Lettres sur la profession d'avocat* dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, s'en plaint beaucoup. Le meilleur moyen de connaître la jurisprudence selon lui reste encore d'assister soi-même à la prononciation des arrêts, de lire les mémoires pour rechercher « les moyens qui ont été capables de faire pencher la balance » ; il suggère une méthode rigoureuse pour constituer des dossiers, l'idéal étant de réunir sur chaque question tous les arrêts, de les comparer pour déceler les évolutions « mais, ajoute-t-il, de pareilles recherches emporteraient un temps immense ».

Il faut remarquer cependant que le secret des cours concernait d'abord les parlements. Or Guyot dans son *Répertoire*, à la fin du XVIII^e siècle, rappelle qu'il peut y avoir une jurisprudence particulière dans certaines juridictions inférieures sur certains points de droit coutumier. Les cours supérieures trouvaient bon de s'y rallier éventuellement : elles s'en assuraient en réclamant des actes de notoriété de cette jurisprudence. En revanche, en cas de pourvoi en cassation au Conseil du roi, il fallait bien que les cours fassent connaître les motifs de leurs arrêts ; mais elles y mettaient parfois une mauvaise grâce affichée...

La Révolution allait modifier sensiblement la question. Toutefois si une ère nouvelle s'annonçait, c'était aussi sur une conception de la loi très rigide et la jurisprudence n'allait connaître qu'un triomphe incertain.

II. — UN TRIOMPHE INCERTAIN

« Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable des institutions, existait, il faudrait la détruire ». Ainsi s'exprimait Le Chapelier à l'Assemblée nationale le 18 novembre 1790 et Robespierre ajoutait pour sa part : « ce mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre que la loi : alors il y a toujours identité de jurisprudence ».

Le renouvellement des idées ouvrait de nouvelles perspectives dont l'ambiguïté n'était cependant pas écartée pour autant. La nouvelle séparation des pouvoirs s'accompagnait d'un légalisme exacerbé, tandis que la difficulté permanente à connaître la jurisprudence avec exactitude demeurait : si bien que le conflit initial avec la loi s'étant quelque peu dissipé, cette jurisprudence a toujours conservé une certaine difficulté d'être.

La thèse de Robespierre est bien connue : le juge ne doit pas substituer sa propre volonté à celle exprimée par la représentation nationale. On retrouve ici le syllogisme du juge qui, théoriquement, le contraint à l'immobilisme face à la loi. Il n'y a plus aucune place pour l'interprétation de la loi et la jurisprudence n'ayant d'autre vocation que d'appliquer la loi doit s'identifier à elle. L'air du temps aidant, beaucoup de juges durant les années révolutionnaires seront persuadés qu'il leur est interdit d'interpréter et seront d'autant plus prudents que l'application de la loi dans leur juridiction est surveillée par un commissaire de la République.

Or cette thèse très rigoriste n'a pas été unanimement reçue, loin de là. Sous le Directoire, la correspondance du Comité de législation montre que les membres du comité distinguaient bien l'interprétation par voie réglementaire désormais interdite et l'interprétation de portée limitée à un cas particulier. Pour eux cette interprétation *in concreto* était parfaitement admissible et il leur est arrivé de conseiller à des juges d'y avoir recours au lieu de réclamer un référé législatif : « vous trouverez dans l'interprétation des lois de quoi faire votre opinion sur la question posée ». Et ceci, c'est-à-dire résoudre par eux-mêmes la difficulté, leur était commandé par le devoir de leur charge.

Au moment de la codification, ce débat rebondira. En effet le projet d'art. 5 c. civ. défendait « aux juges d'interpréter les lois par voie de disposition réglementaire et générale ». Or ce texte paraissait encore comporter trop de risque de voir contester le pouvoir d'interprétation du juge à propos des cas concrets et Tronchet fut intransigeant sur ce point. Il dit que l'on avait abusé, pour réduire les juges à un état purement passif, de la défense que leur avait faite l'Assemblée constituante d'interpréter les lois et de régler, alors qu'il s'agissait seulement de bannir les pratiques des anciens parlements. « Il faut, disait-il encore, laisser au juge l'interprétation sans laquelle il ne peut exercer son ministère ». Et pour s'assurer que cette interprétation *in concreto* ne pourrait être contestée à partir du texte du code, il proposait une autre rédaction de cet article, faisant disparaître le terme *interpréter* lui-même. Aussi bien, faisait-il encore remarquer, le Tribunal de cassation avait pour mission d'anéantir les jugements qui seraient portés contre le texte de la loi : et ceci est au cœur de notre sujet, surtout si l'on rappelle encore que le Tribunal allait bientôt se transformer en Cour de cassation, rendre inutile le référé législatif et imposer sa jurisprudence.

Mais si la jurisprudence se voyait ainsi reconnaître le droit à l'existence dans le système juridique à travers le rôle d'interprétation *in concreto* par le juge, elle demeurait reléguée à une place inférieure. Comme on l'a écrit alors, la loi sera tout le droit et le juge ne pourra être que son interprète. Cette influence du légalisme révolutionnaire devait durer tout le cours du XIX^e siècle.

Des auteurs qui pourtant avaient le souci des réalités sociales demeuraient fidèles à l'idée que le droit ne pouvait être autre chose qu'un ensemble de règles et la jurisprudence était à leurs yeux, par principe, incapable d'en poser. Longtemps encore on retrouvera ce fondement très formel dans la manière de situer la jurisprudence dans

l'ensemble du système juridique : on lui reconnaissait une autorité certes très importante, mais non pas la force d'une source de droit et il suffit de renvoyer ici à Merlin, *Répertoire*, v° *Autorité*. L'historien là encore a son mot à dire. En effet cette terminologie n'a pas été inventée au XIX^e siècle ; elle remonte à l'ancien droit. En réalité, Merlin réédite après la Révolution le *Répertoire* de Guyot, rédigé vers la fin du siècle précédent tout en laissant subsister la présentation de l'auteur qui parlait d'« autorités » au sens des citations que l'on peut faire pour argumenter une plaidoirie ; Guyot donnait alors une hiérarchie de ces autorités, c'est-à-dire : la loi ou les ordonnances, les coutumes, les arrêts et les jugements. La doctrine du XIX^e siècle a donné au terme « *autorité* » un autre emploi pour affirmer son légalisme ; ce fut précisément pour certains pendant très longtemps une manière commode d'éviter le débat autour de ce légalisme rigide.

En revanche, de telles positions ont également suscité à terme des réactions visant à reconnaître la place croissante de la jurisprudence dans le système juridique, surtout depuis le milieu du XIX^e siècle. Ainsi en est-on venu à compter la jurisprudence parmi les sources du droit à partir du moment où l'on admit que le droit pouvait comprendre autre chose que des règles légales. Le mouvement de réaction ne s'est pas arrêté là : il suffit de rappeler que l'on est allé jusqu'à chercher au début du XX^e siècle non pas seulement à libérer le juge d'une trop grande emprise de la loi, mais même à le libérer de l'autorité de la jurisprudence. Cette école de pensée qui n'a eu – il est vrai – que peu d'influence en France prônait le jugement intuitif : par là elle rendait vaine toute recherche de jurisprudence, un peu comme les hommes de la Révolution avaient cru réduire la jurisprudence à un simple prolongement de la loi. La jurisprudence a survécu... mais non sans difficulté d'être qui est peut-être, après tout, la manifestation la plus immédiate de sa nature.

Certes la jurisprudence qui avait quelque peu manqué une première rencontre avec le livre imprimé aux XVI^e et XVII^e siècles faute de pouvoir se révéler vraiment, a réussi une seconde rencontre, cette fois avec la publication périodique. En effet, avant la Révolution il y avait seulement des collections de jurisprudence sans périodicité. Le développement des journaux sous la Révolution a suscité les périodiques et la jurisprudence en a aussitôt bénéficié. Des quotidiens judiciaires sont apparus mais à caractère littéraire d'abord ; puis, dès 1791, des publications hebdomadaires étaient consacrées à la jurisprudence, essentiellement d'ailleurs à travers les décisions du Tribunal de cassation. Dès lors, appliquée aux arrêts la publication intégrale donne une connaissance sans doute pas exhaustive mais cependant bien plus complète que jamais. Avant la fin de la Révolution, Jean-Baptiste Sirey avait créé le *Recueil général des lois et arrêts* ; devait apparaître plus tard le *Journal du Palais* (1818). Sirey devait reprendre la présentation sous forme de dictionnaire à la manière du Siècle des Lumières et Dalloz créait en 1824 le premier *répertoire de jurisprudence*, la *Jurisprudence générale du royaume*.

Fait capital, dans cette littérature juridique, une certaine doctrine vint côtoyer la jurisprudence. En effet, ce *Répertoire* de Désiré Dalloz est un véritable traité qui associe la présentation de la jurisprudence à l'étude de la législation ; la doctrine donne également des perspectives historiques et se préoccupe de comparatisme. Surtout la publication de jurisprudence s'accompagne d'un genre nouveau : le commentaire, la *note d'arrêt*, qui crée au bas de chaque décision publiée et considérée comme marquante une tribune où des thèses s'affrontent, où la doctrine rencontre la pratique judiciaire ; ce n'est pas seu-

lement un signe du déclin de l'Exégèse, c'est bien plus que cela puisque désormais le commentaire jurisprudentiel est un lieu privilégié d'expression de la doctrine ; il suffit de rappeler que le mot célèbre du grand commercialiste Thaller à la fin du XIX^e siècle à propos des sociétés anonymes et selon lequel la base contractuelle s'y était effacée devant l'adhésion globale à une institution, ce mot était extrait d'une note de jurisprudence.

Mais la doctrine dresse aussi de la jurisprudence un bilan mitigé. D'un côté elle en célèbre les grandes constructions, compare l'œuvre de la Cour de cassation à celle du préteur romain ; d'un autre côté, elle égrène la litanie des « infirmités » de la jurisprudence. Cette dernière est lente à réagir puisqu'il faut que la pathologie ait remonté jusqu'au sommet de la hiérarchie judiciaire. Elle engendre souvent l'incertitude due au caractère énigmatique de bien des formules insérées dans les arrêts. Elle peut être source d'insécurité car les revirements sont soudains et peuvent provoquer des effets comparables à une rétroactivité législative. Enfin, la doctrine souligne l'impuissance de la jurisprudence à faire de véritables réformes par elle-même. De tout cela un exemple précis, parmi d'autres, peut être pris dans la première moitié du XIX^e siècle à propos des sociétés anonymes. Le texte du Code de 1807 sur ce point avait fort peu réglementé et avait même recelé une incohérence dans la mesure où la société anonyme était très bridée par la soumission à autorisation gouvernementale tandis que la société en commandite par actions était de constitution entièrement libre et traitée comme une société de personne. En fait, c'est le Conseil d'État, précisément par le biais de l'avis préalable à l'autorisation gouvernementale, qui a construit le droit des sociétés par actions dans la première moitié du XIX^e siècle. La jurisprudence civile a apporté aussi sa contribution à ce processus à propos des sociétés en commandite qui ont suscité tant de problèmes à cette époque. Mais il y a entre les deux interventions un décalage d'une vingtaine d'années et c'est l'œuvre du Conseil d'État qui, pour l'essentiel, a fourni la matière de la grande loi de 1867.

Enfin cette difficulté d'être qui s'attache à la jurisprudence pourrait ressurgir à propos des moyens de publication contemporains. Or cela paraît d'autant plus étonnant que les possibilités de diffusion n'ont jamais été aussi grandes. En effet aux modes traditionnels de publication, avec notes et commentaires, la doctrine fait le reproche d'être insuffisants, et surtout de reposer sur des critères très subjectifs : dans un système libéral, l'intérêt juridique des décisions publiées est en réalité apprécié par le seul correspondant de l'éditeur auprès de la juridiction. La doctrine note alors que s'il est impossible et sans doute inutile de publier davantage de décisions, le libéralisme ayant pour conséquence la diversité des critères de sélection n'aide pas la jurisprudence à prendre conscience d'elle-même et trouble les praticiens.

Mais en même temps, les auteurs s'inquiètent d'un autre phénomène. Les développements de la publication avec l'aide de l'informatique ont suscité des études de « masses jurisprudentielles » dont la finalité, il est vrai, est d'abord scientifique. Or ces publications développées permettent aussi aux juges de mieux connaître les orientations des autres juridictions de leur ressort et éventuellement de s'y rallier. On dit que cela suscite la formation de jurisprudences limitées : des *jurisprudences de cours d'appel*... Est-ce un progrès dans la diffusion ou tout au moins une amélioration ? La doctrine reproche à ce type de publication qui, semble-t-il, pourrait apporter plus d'unité, voire de sécurité, de faire échapper ces décisions au commentaire alors que dans notre système ju-

ridique désormais il n'y a pas de vraie jurisprudence sans critique doctrinale. Du moins il reste une publication qui évite ce genre de reproche, organisée par l'institution elle-même, celle des arrêts de la Cour de cassation depuis peu, il est vrai, dans une histoire déjà longue ; encore cette publication n'est-elle pas totalement exhaustive.

Triomphe bien incertain décidément et qui tient à la nature du jugement et d'une jurisprudence condamnée à se chercher toujours.