

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES  
DE TOULOUSE

---

# MÉLANGES

*offerts à*

*Jacques MAURY*

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES  
DE TOULOUSE



TOME II

DROIT COMPARÉ  
THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT  
ET DROIT PRIVÉ

---

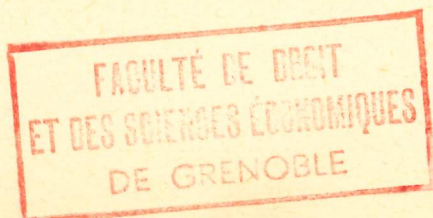
OUVRAGE PUBLIÉ AVEC LE CONCOURS  
DU CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

---

---

LIBRAIRIE DALLOZ & SIREY  
11 et 22, rue Soufflot - PARIS

---





jurisprudentiels  
que les règles  
de la pure  
point là la  
nèse tradition-

sée à laquelle  
de la pensée  
lle pas à une  
part ceux qui  
le penser.

i 1959.

## La Jurisprudence, source abusive de droit

par

Olivier DUPEYROUX,

*Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Toulouse,*

Pas plus que les auteurs de la Constitution de 1875 ou de celle de 1946, les auteurs de la Constitution du 4 octobre 1958 n'ont eu le souci de préciser à nouveau les limites réciproques de la compétence des juges et de celle du législateur. Si ce rôle et cette dignité de « législateur » ont cessé d'être le privilège en principe exclusif des assemblées parlementaires, les termes du problème des attributions respectives du juge et du législateur n'ont en rien été modifiées. La référence au principe de la séparation des pouvoirs, panacée équivoque des récentes réformes, a seulement conduit à parfaire l'indépendance de certains d'entre les juges <sup>(1)</sup> par rapport à ces assemblées, au risque de renforcer les éléments d'une autre dépendance <sup>(2)</sup>. Comme on avait déjà pu l'observer au lendemain de l'adoption de la Constitution de 1946, en ce qui concerne les juges et le législateur « la séparation des compétences semble aujourd'hui réglée une fois pour toutes » <sup>(3)</sup>. Les constituants contemporains croient pouvoir se permettre de rester muets à son sujet.

---

(1) Tous ceux de l'ordre judiciaire.

(2) Cf. Les observations d'H. D. COSNARD : « *Le Monde* » du 2 septembre 1958.

(3) G. Lyon-Caen : « La justice dans la Constitution du 27 octobre 1946 » (Dalloz, 1947, chronique, p. 5).



Leur attitude contraste avec celle des constituants de l'époque intermédiaire. On sait que l'expérience qu'avaient ces derniers des abus commis par les Parlements à peine défunts de l'Ancien Régime, et leur résolution de ne pas permettre aux juges d'empiéter plus longtemps sur les attributions du législateur, les conduisit à leur interdire expressément dans trois textes constitutionnels successifs « de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif » (4).

Cette crainte d'un empiètement des juges sur les attributions du législateur, qui fut ainsi celle des hommes de la Révolution, serait-elle donc aujourd'hui définitivement dépassée ?

C'est ce qu'inciterait à admettre au premier abord le silence observé de nos jours sur ce point aussi bien par le législateur constituant lui-même que par la doctrine. Ce silence avait été pourtant rompu peu d'années avant la dernière guerre mondiale par quelques traits d'une étude, dont l'objet principal était autre, parue sous la signature tôt prestigieuse d'André Decencière-Ferrandière. En quelques formules d'une extrême vivacité, Decencière dénonçait « l'impérialisme » de nos juges et leur empiètement sur l'autorité du Parlement législateur (5).

Sur la foi du témoignage apporté par un esprit aussi résolument lucide (6) et en nous appuyant tout particulièrement sur certaines

(4) Constitution du 3 septembre 1791, titre III, chapitre 5, article 3. Constitution girondine de 1793, titre X, section 1, article 6. Constitution du 5 Fructidor, an III, article 203 (Duguit, Monnier, Bonnard, 7<sup>e</sup> édition par G. Berlia, pp. 25, 54, 93).

Ces textes constitutionnels avaient été précédés des dispositions, dans le même sens, des art. 10 et 12 de la loi des 16-24 août 1790; cf. M. LESAGE : « Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice », *Thèse*, Lille, 1958, L.G.D.J., 1960. Préface R. Drago.

(5) André DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE : « Essai critique sur la justice internationale », *Revue générale de droit international public*, 1934, p. 148 et s. Étude reproduite dans les « Mélanges André Decencière-Ferrandière », p. 177 et s. Dans nos références, nous renverrons aux pages de ces « Mélanges », essentiellement les p. 189 et s.

(6) Decencière se proposait de développer ultérieurement certaines idées à peine ébauchées dans le cadre de cette étude (Cf. *op. cit.*, p. 191, not 1). Demeurée privée de ce complément indispensable, sa dénonciation de l'empiètement des juges sur le législateur devait rester à peu près sans écho. Comment, certes, ne pas citer la belle chronique de M. RIVERO : « Le juge administratif français, un juge qui gouverne ? » (D. 1951, Chron. p. 21). Mais, dans cette chronique, M. Rivero examine la méthode et l'attitude du seul juge administratif et la bienveillance, à notre avis par trop optimiste, de ses observations contraste avec la sévérité inquiète des réflexions de Decencière (Rappr. MORANGE : « Réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie ». D., 1956, chron. XXII, p. 117).

observations cap  
ces lignes (7), no  
procès de cet em

Dès le départ  
prévient du car  
éventuelles. C'es  
l'article 10 de ce  
part... à l'exerci

On admettait  
grante sur les a  
ments de l'Ancie  
les lois pour « a  
tre elles (8).

La prohibition  
aussi évidemme

Cependant, la  
pas seulement  
grossières de l'e  
de Malberg, elle  
de législateur de  
mis auxquels l  
teuse (10).

(7) MAURY : «  
droit » in « Le dr  
à Georges Ripert,

(8) C'est ce qu  
tionnels précités.

(9) Elle devait  
des 16-24 août 179  
auteurs des différe  
expressément repr  
prononcer par voi  
leur sont soumise  
outre cette défense  
ampleur. M<sup>me</sup> Sin  
arrêts de réglemen  
jurisprudence fran  
Droit civil, 1955, p

C'est pourtant s  
méconnaître l'inté  
elle une main très  
de la sorte à empi

(10) Cette opini  
rie générale de l'  
de la doctrine qu  
lui est propre. Ce  
p. 358 et s.), con



observations capitales formulées par le Maître auquel sont dédiées ces lignes (7), nous nous proposons d'instruire schématiquement le procès de cet empiètement.

Dès le départ, une formule de la loi des 16-24 août 1790 nous prévient du caractère très inégalement flagrant de ses manifestations éventuelles. C'est, en effet, « directement ou indirectement » que l'article 10 de cette loi vint interdire aux juges « de prendre aucune part... à l'exercice du pouvoir législatif ».

On admettait dès alors que les juges empièteraient de façon flagrante sur les attributions du législateur si, à l'instar des Parlements de l'Ancien Régime, ils se permettaient de faire un tri parmi les lois pour « arrêter ou suspendre l'exécution » de certaines d'entre elles (8).

La prohibition de la pratique des arrêts de règlement s'imposait aussi évidemment dans la même perspective (9).

Cependant, la vigilance des hommes de la Révolution ne tendait pas seulement à mettre un terme à ces formes en quelque sorte grossières de l'empiètement des juges sur le législateur. Selon Carré de Malberg, elle aurait encore interdit aux juges de tenir le rôle de législateur des cas particuliers, à l'occasion des litiges à eux soumis auxquels la loi n'apporterait qu'une solution par trop douteuse (10).

(7) MAURY : « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit » in « Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle ». Etudes offertes à Georges Ripert, p. 28 et s.

(8) C'est ce que vinrent leur interdire en termes exprès les textes constitutionnels précités.

(9) Elle devait être formulée une première fois par l'article 12 de cette Loi des 16-24 août 1790. Considérée sans aucun doute comme allant de soi par les auteurs des différentes Constitutions de l'époque intermédiaire, elle devait être expressément reprise par l'article 5 du Code civil qui défendit aux juges « de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » ce n'est pas qu'il n'arrivait jamais à l'un d'eux de passer outre cette défense. L'écueil aurait même pris ces dernières années une certaine ampleur. M<sup>me</sup> Sinay a pu récemment parler d'une véritable « résurgence des arrêts de règlement » (Dalloz, 1958, chronique 85) aj. HÉBRAUD, « Chronique de jurisprudence française en matière de procédure civile », *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1955, p. 696; 1956, p. 583 et 763; 1958, p. 289).

C'est pourtant seulement par mégarde qu'il peut ainsi arriver aux juges de méconnaître l'interdiction de l'article 5. Aussi bien la Cour de cassation tient-elle une main très ferme à ce que les juges judiciaires ne se laissent pas aller de la sorte à empiéter sur les attributions du législateur.

(10) Cette opinion formulée par CARRÉ DE MALBERG (« Contribution à la théorie générale de l'Etat », t. I, p. 743) s'éclaire si l'on se place du point de vue de la doctrine qui caractérise l'acte législatif par la puissance d'initiative qui lui est propre. Ce point de vue, développé par lui avec vigueur (*op. cit.*, t. I, p. 358 et s.), conduit à reconnaître une signification toute particulière au cas



Si c'est là leur prêter une perspective dont il semble difficile d'admettre qu'elle ait pu être pleinement la leur, il n'est pas en revanche contestable qu'ils eurent une conscience aiguë du péril qui menacerait l'autorité souveraine du législateur, si, à côté de la loi, une place était faite à la jurisprudence des tribunaux.

Sans doute la considération de l'urgence des nécessités pratiques devait bientôt l'emporter sur cette crainte; les paroles fameuses de Portalis reconnaissant en 1804, dans son « discours préliminaire » (11), « qu'on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de loi », ne peuvent pourtant faire oublier les accents d'un Robespierre affirmant le 18 novembre 1790 devant l'Assemblée

dans lequel le juge est appelé à statuer malgré le silence de la Loi, et ainsi à créer par sa propre sentence la solution de droit qu'il n'a pu trouver dans les textes. « Dans ce cas — observe CARRÉ DE MALBERG (*loc. cit.*, p. 750) — la juridiction participe dans une très large mesure des caractères et des facultés qui forment le propre de la puissance législative, car non seulement l'autorité juridictionnelle dégage ici une solution juridique qui constitue entre les parties en cause et pour le règlement de leur différend, l'équivalent d'une Loi, mais encore elle exerce un pouvoir de décision initiale qui, en principe, n'appartient qu'au législateur. »

A cette analyse de Carré de Malberg une formule de Ripert devait faire écho « le souverain fut autrefois législateur et juge, les deux pouvoirs sont de même nature. Le juge est le législateur des cas particuliers ». (« Les forces créatrices du Droit », p. 119). Cf. Dabin « Doctrine générale de l'Etat », p. 248. Péritch « Quelques observations sur le problème des sources du droit et la formation de la Loi » (*Mélanges Gény*, t. II, p. 235).

Si ce point de vue nous paraît en lui-même parfaitement admissible, nous ne suivons pas Carré de Malberg lorsqu'il ajoute que « tel était sans doute le point de vue auquel se plaçaient les textes de l'époque révolutionnaire lorsqu'ils faisaient défense aux tribunaux d'entreprendre de quelque façon que ce soit sur les fonctions du législateur » (*op. cit.*, p. 743).

Cette opinion de Carré de Malberg, dont lui-même ne semblait pas tellement sûr, nous paraît se heurter à deux obstacles : tout d'abord le point de vue révolutionnaire; d'autre part, le « référé au législateur » alors mis à la disposition du juge, dans le cas précisément de l'incertitude de la solution apportée par la Loi à un litige à lui soumis, était simplement facultatif. En fait, il y fut très rarement recouru. (Cf. Gény « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », 2<sup>e</sup> édition, t. I, pp. 77, 78, 85).

On ne saurait admettre ainsi que les juges en n'y recourant pas, se soient rendus coupables aux yeux du législateur révolutionnaire d'un empiètement sur ses attributions. Quoiqu'il en soit, depuis que cette faculté du référé a elle-même disparu, et que le Code civil dans son article 4 fait une obligation aux juges de se prononcer dans tous les cas, sans pouvoir tirer prétexte du silence de la Loi, on serait malvenu à leur reprocher de commettre de la sorte un empiètement sur les attributions du législateur, dans la mesure du moins où, se faisant, ils se bornent à trancher des litiges particuliers.

(11) Discours présenté sur le projet de Code civil au nom de la Commission du gouvernement, publié in Fenet : « Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil », t. I, pp. 469, 476. Cité par GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 100.

Constitu  
effacé de

La qu  
savoir si,  
de se pr  
l'autorité

A la re  
serons ar  
par sa co  
prudentie  
fonction  
attributio  
culières  
nous verr  
du législa  
au mépri

I. LA

L'établi  
empiétem  
poser cet  
au préala  
or, comm  
aujourd'  
de savoir  
du droit, s

L'ample  
ment préa

(12) Arch  
*op. cit.*, t. I

(13) *Op. cit.*

(14) A la  
positif », 2<sup>e</sup>  
actuels, s'es  
de BARTIN. A  
nous nous b  
(*op. cit.*, n°  
les notes qu  
droit inter  
national, à  
nes en droi  
la fonction  
1958.



Constituante : « ce mot de jurisprudence des tribunaux... doit être effacé de notre langue » <sup>(12)</sup>.

La question ne devrait plus depuis lors pouvoir être éludée de savoir si, en effet, *par le biais de la jurisprudence*, il ne risque pas de se produire un empiètement des juges sur les attributions et l'autorité du législateur.

A la recherche de la réponse à apporter à cette question, nous serons amené à reconnaître, au terme d'une première partie, que par sa contribution à l'établissement de la *moindre des règles jurisprudentielles*, le juge participe en un certain sens à l'exercice de la fonction législative, sans pour cela empiéter nécessairement sur les attributions du législateur. En examinant *les circonstances particulières de l'établissement de certaines règles jurisprudentielles*, nous verrons pourtant, dans une deuxième partie, que l'abdication du législateur français aboutit trop souvent à un tel empiètement, au mépris des exigences d'une véritable démocratie.

\* \* \*

#### I. LA PARTICIPATION DES JUGES A LA FONCTION LÉGISLATIVE.

L'établissement des règles de jurisprudence dissimule-t-il un empiètement des juges sur les attributions du législateur ? Pour poser cette question en ces termes, il faut sans doute avoir admis au préalable que la jurisprudence est la source de règles de droit ; or, comme l'observe M. Maury, si « le fait jurisprudentiel est aujourd'hui unanimement admis... », la question reste controversée de savoir si la jurisprudence constitue une des sources formelles du droit, si elle est créatrice de règles juridiques » <sup>(13)</sup>.

L'ampleur des controverses dont cette autre question, évidemment préalable, fait l'objet depuis près de trois-quart de siècle <sup>(14)</sup>,

(12) Archives parlementaires, 1<sup>re</sup> série, t. XX, p. 516, col. 1. Cité par GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 91.

(13) *Op. cit.*, p. 28.

(14) A la suite de Gény (« méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », 2<sup>e</sup> édition, t. II, p. 41) on peut admettre que le débat, dans ses termes actuels, s'est ouvert en 1892 avec la préface des « études sur le régime dotal » de BARTIN. Au sujet de la position des différents auteurs dans cette controverse, nous nous bornerons à renvoyer aux indications fournies également par GÉNY (*op. cit.*, n° 147, p. 139 et s., p. 192, p. 259 et s.) ainsi que par M. MAURY dans les notes qui accompagnent son étude précitée. Limitant notre recherche au droit interne, nous renverrons d'autre part, en ce qui concerne le droit international, à la remarquable thèse de M. Lucien Siorat : « Le problème des lacunes en droit international : contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire. » Préface de M. Paul Couzinet, Toulouse, 1955, L.G.D.J., 1958.



suffit à nous prévenir de sa difficulté. Cependant cette difficulté même comporte malgré tout des limites. On ne saurait être surpris du désaccord qui règne entre les auteurs sur le « pourquoi » et le « comment » de la naissance des règles jurisprudentielles. Il nous semble au contraire assez étonnant que ces auteurs ne soient pas encore absolument unanimes à reconnaître le fait de la présence, dans notre Droit, de ces règles jurisprudentielles qui existent si bien qu'il n'est pas impossible de décrire leurs différents caractères.

Si les auteurs ne peuvent se mettre d'accord sur une explication de la venue au monde juridique de règles jurisprudentielles, et si leur désaccord, qui peut aller jusqu'au refus *a priori* de certains d'admettre qu'une quelconque explication puisse être avancée, risque fort d'être irréductible, c'est parce qu'il procède dans une très large mesure d'un autre désaccord beaucoup plus fondamental : celui de leurs visions d'ensemble de ce monde juridique.

Les intitulés des deux études magistrales consacrées à cette question par M. Waline et par M. Maury <sup>(15)</sup> sont révélateurs d'une telle opposition entre leurs visions générales du monde juridique, opposition qui les amène à avancer deux démonstrations s'excluant l'une l'autre, et dont aucune ne saurait rallier tous les suffrages.

L'intitulé « le pouvoir normatif de la jurisprudence » employé par M. Waline, correspond à son souci de trouver une place pour les règles jurisprudentielles dans la hiérarchie d'un ordre juridique qu'il ne peut concevoir autrement que un et cohérent. Si M. Maury préfère traiter de « la jurisprudence en tant que source de droit », c'est parce qu'il ne se refuse pas, au départ, à admettre que la jurisprudence puisse constituer une source de droit indépendante, à côté d'autres sources. Sa thèse, nous dit-il, en effet, « conduit... à une conception pluraliste du monde du droit » <sup>(16)</sup>, mais à la vérité il nous semble qu'elle découle d'une telle conception plutôt qu'elle n'y conduit.

Désireux de « trouver justification et fondement » à la création par la jurisprudence de véritables règles de droit <sup>(17)</sup>, M. Waline tire argument d'une réception implicite de cette jurisprudence par

(15) WALINE « Le pouvoir normatif de la jurisprudence » in « la technique et les principes du Droit public » : Etudes en l'honneur de G. Scelle, 1950, t. II, p. 613 et s.; MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit » in « le Droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle », études offertes à G. Ripert, 1950, t. 1, p. 28 et s.

(16) MAURY, *op. cit.*, p. 50.

(17) WALINE, *op. cit.*, p. 624 et s.

le législat  
constitu  
des intére

Aucune  
doctrine.

En ce q  
de ne pas  
lorsqu'il v  
le législat  
et la hiéra  
pas absol  
ne nous s  
M. Maury  
implicite  
règles jur  
de l'ordre  
à l'une co  
satisfaire

Nous av  
M. Maury  
tour de la  
insatisfact  
laquelle ell

(18) MAURY

(19) MAURY

(20) MAURY

(21) MAURY

(21 bis) Cf

(22) Il no  
être formulé  
comme repos

1. On sera  
juridictions  
de cassation  
contraire. Il  
aura pas enc

2. On obje  
praticiens pe  
tion, et on s'  
sus ». Ce mo  
pas se mépre  
cesser, ce n'e  
au point de  
n'ont pas aut  
gatoire de la  
véritable règl



le législateur <sup>(18)</sup>, tandis que M. Maury met l'accent sur le pouvoir constitué par les tribunaux et surtout sur le rôle du « Consensus » des intéressés <sup>(19)</sup>.

Aucune de ces deux thèses ne saurait réaliser l'unanimité de la doctrine.

En ce qui concerne tout d'abord celle de M. Waline, il est difficile de ne pas reconnaître la gravité du reproche que lui fait M. Maury lorsqu'il voit dans cette réception implicite de la jurisprudence par le législateur « une fiction dont le but est de maintenir la cohérence et la hiérarchie de l'ordre juridique » <sup>(20)</sup>. Ce reproche ne contraint pas absolument de tenir cette thèse pour irrecevable, pas plus que ne nous semble irrecevable, malgré les observations critiques de M. Maury <sup>(21)</sup>, celle, très voisine, qui trouverait dans une délégation implicite du législateur tout à la fois le secret de la validité des règles jurisprudentielles et la sauvegarde de cette même cohérence de l'ordre juridique. La part de fiction dont on pourra faire grief à l'une comme à l'autre, autorisera toujours certains à ne pas s'en satisfaire <sup>(21 bis)</sup>.

Nous avouons ne pas apercevoir de quelle manière la thèse de M. Maury pourrait être réfutée <sup>(22)</sup>; et pourtant elle risque à son tour de laisser sur une impression d'imparfaite satisfaction. Cette insatisfaction sera due précisément à la perspective pluraliste sur laquelle elle ouvre. Si l'on se résigne à cette pluralité, dont M. Maury

(18) MAURY, *op. cit.*, p. 43 et s.

(19) MAURY, *op. cit.*, p. 39.

(20) MAURY, *op. cit.*, p. 39.

(21) MAURY, *op. cit.*, p. 37.

(21 bis) Cf. RIPERT « Les forces créatrices du droit » (L.G.D.J., 1955, p. 382.

(22) Il nous semble, en effet, que les objections essentielles qui pourraient être formulées contre la démonstration de M. Maury devraient être écartées comme reposant sur des méprises :

1. On sera tout d'abord tenté d'objecter à M. Maury que le désaccord des juridictions inférieures, ou des praticiens, n'empêche pas la volonté de la Cour de cassation de l'emporter. Sans doute ! Mais M. Maury ne prétend pas le contraire. Il dit seulement que tant que durera une opposition active, il n'y aura pas encore véritable règle jurisprudentielle.

2. On objectera ensuite que le désaccord au fond peut durer toujours, les praticiens persistant parfois à désapprouver telle solution de la Cour de cassation, et on s'étonnera de voir M. Maury parler dans ces conditions de « consensus ». Ce mot risque, en effet, de prêter à confusion. Il est indispensable de ne pas se méprendre sur le sens que lui donne M. Maury : si l'opposition vient à cesser, ce n'est pas que praticiens et juridictions inférieures se convertissent au point de vue de la Cour de cassation. C'est, en réalité, seulement qu'ils n'ont pas autre chose à faire que de s'incliner, reconnaissant le caractère obligatoire de la solution de la Cour de cassation, qui prend ainsi la qualité de véritable règle.



lui-même veut bien reconnaître qu'« elle ne satisfait pas la logique » (23), on peut admettre que le problème du fondement de la règle jurisprudentielle trouve dans ses observations une réponse suffisante (24). Mais si l'on préfère s'en tenir à une vision moniste du monde du Droit, et il faut bien du courage pour renoncer à une telle vision générale, par ailleurs si enrichissante, pour la seule raison qu'elle achoppe à une difficulté aussi particulière, ce problème du fondement de la règle jurisprudentielle demeure entier.

L'impossibilité où l'on se trouve de fournir une explication de l'établissement de règles de droit par le biais de la jurisprudence susceptible de rallier tous les suffrages ne devrait pas aboutir à faire oublier que l'observation s'impose pourtant de la présence dans notre droit de telles règles.

C'est d'un accord complet sur cette observation que partent M. Maury et M. Waline avant de se séparer sur le plan de son interprétation (25).

Quelques auteurs (26) semblent pourtant persister, à la suite de

(23) *Op. cit.*, p. 50 : en reconnaissant cela, M. Maury ne veut pas dire que cette vision pluraliste est contraire à la logique, mais bien qu'elle est inconfortable, dépourvue de séduction pour tout esprit épris d'élégance et donc de simplicité logique.

(24) Nous serions cependant tenté d'ajouter que si ce problème semble recevoir ainsi une réponse suffisante c'est parce qu'il devient moins pressant, il s'estompe pour ne pas dire qu'il s'évanouit. En réalité, même dans cette perspective pluraliste, le problème du fondement de la norme jurisprudentielle ne s'évanouit pas, mais il se pose en des termes totalement différents de ceux dans lesquels il se présente dans une perspective moniste. De fait, il nous est très difficile de concevoir la validité de la norme jurisprudentielle autrement qu'à la manière Kelsenienne; c'est pourquoi, sans doute, si nous n'avons pas de difficulté à admettre avec M. Maury que le consensus des intéressés soit la condition de l'établissement de la règle, en revanche le caractère de norme juridique *valide* que selon lui ce consensus aurait, par ailleurs, pour effet de conférer en même temps à la règle jurisprudentielle, nous semble d'une consistance bien difficilement saisissable; il nous paraît, d'autre part, reposer sur une affirmation à la fois indémontrée et indémontrable (Cf. MAURY, *op. cit.*, p. 43 et s.).

(25) M. Waline établit tout d'abord qu'il est impossible d'expliquer la jurisprudence par la croyance où serait le juge qu'il n'y a pas de lacunes dans la Loi. Il en arrive à cette première conclusion : « à la question : la jurisprudence a-t-elle un pouvoir normatif ? nous sommes donc obligés de répondre : elle agit comme si elle l'avait; elle prouve le mouvement en marchant » *op. cit.*, p. 624. Ensuite seulement il se demandera comment il se peut qu'elle marche ainsi. M. Maury, de son côté, commence par établir que ce problème du pouvoir normatif de la jurisprudence ne peut être éliminé pour la bonne raison que les juges tirent la solution des cas qui leur sont soumis de véritables règles, légales ou autres, c'est-à-dire légales ou jurisprudentielles. « Dès lors — écrit-il seulement ensuite — s'il y a des règles jurisprudentielles comment en comprendre la création ? » (*op. cit.*, p. 37).

(26) Cf. MAURY, *op. cit.*, p. 29, note 1.

Gény (27), jurisprudence règles juridiques bien décidément le fait juridique dront y paraître le juge de mieux établie est toute t contrain

En niant la jurisprudence lisme rem

(27) GÉNY, *op. cit.*

(28) Tel est le suivant des règles juridiques; or de cette fonction, croyons qu'elle observe en fait donc pas in sur la fonction fait que de l'article 5 de M. CHRÉTIEN 1936, p. 139. L'un des principes formelles du

(29) Nous p. 12).

(30) Cf. B. d'autres ont liberté théorique de Droit (Gény rapport à la avec un sous « Jurisprudence méconnaître de Droit. » M. Esmein s des règles juridiques la théorie et les anglais de jurisprudence répondre non qu'on considère *Revue trimestrielle*

(31) S'il est c'est bien Ca



Gény (27), à nier purement et simplement l'existence des règles jurisprudentielles. Ils partent de l'idée qu'il ne saurait y avoir de règles jurisprudentielles dans notre droit (28). Les voilà dès lors bien décidés à ne pas en rencontrer ! Il leur faudra pour cela décrire le fait jurisprudentiel sans parler de véritables règles. Ils prétendront y parvenir en mettant l'accent sur la liberté que conserverait le juge de statuer à l'encontre de la jurisprudence antérieure la mieux établie. C'est oublier, d'une part, que cette liberté des juges est toute théorique et, d'autre part, que le justiciable est absolument contraint de tenir compte d'une jurisprudence constante (29).

En niant ou en ignorant la présence dans notre droit de règles jurisprudentielles, ces auteurs témoignent de la sorte d'un irréalisme remarquable (30, 31).

(27) GÉNY *op. cit.*, t. II, n° 146, p. 35 et s. et n° 147, p. 39 et s.

(28) Tel est au moins la position de Gény ; le schéma de son raisonnement est le suivant : si la jurisprudence était source de droit, c'est-à-dire s'il y avait des règles jurisprudentielles, les juges empièteraient sur la fonction législative ; or de nombreux textes sont venus leur interdire de rien entreprendre sur cette fonction. Il ne saurait donc y avoir de règles jurisprudentielles. Nous croyons qu'il serait plus exact de renverser ces propositions et de dire : on observe en fait la présence dans notre droit de règles jurisprudentielles, il n'est donc pas impossible que, malgré les textes en question, les juges empiètent sur la fonction législative. Aussi bien Gény commet-il l'erreur de négliger le fait que depuis l'adoption du Code civil seuls sont encore proscrits par son article 5 les arrêts de règlement. C'est ce que font justement observer M. CHRÉTIEN (in « Les règles de Droit d'origine juridictionnelle », thèse, Lille, 1936, p. 139 et s.) et M. Maury, qui en conclue : « il ne semble donc pas qu'aucun des principes du droit positif français exclue la jurisprudence des sources formelles du droit » (*op. cit.*, p. 30).

(29) Nous ajouterons bientôt : ... autant que de la Loi elle-même (Cf. *infra*, p. 12).

(30) Cf. BOULANGER : « Théoriquement le juge peut faire table rase de ce que d'autres ont jugé et aussi de ce qu'il a jugé lui-même auparavant. De cette liberté théorique du juge, on en a conclu que la jurisprudence n'était pas source de Droit (GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 49 et s.). Nous ne sommes pas très sûr que par rapport à la jurisprudence, ce problème des sources de Droit ait été examiné avec un souci suffisant de la réalité. » (in Répertoire de droit civil, Dalloz, t. III « Jurisprudence », n° 22). De la même façon, M. Esmein déclare : « c'est trop méconnaître la réalité que de refuser d'y voir (dans la jurisprudence) une source de Droit. » Comme les auteurs auxquels nous faisons allusion dans le texte, M. Esmein semble admettre au départ qu'il n'y a pas de place en droit pour des règles jurisprudentielles, mais il trouve une issue dans la distinction de la théorie et du fait : « la doctrine anglaise de l'autorité des précédents dispense les anglais de se livrer à la discussion jamais close chez nous, de savoir si la jurisprudence constitue une source de droit. Ce débat est sans issue car il faut répondre non et oui suivant qu'on se place dans le champ des idées pures ou qu'on considère la réalité des faits ». (P. ESMEIN : « La jurisprudence et la Loi », *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1952, p. 19 et 20.)

(31) S'il est un auteur qui mérite particulièrement ce reproche d'irréalisme c'est bien Carré de Malberg qui se borne à déclarer : « Le pouvoir de statuer



Comme la question de l'existence même des règles jurisprudentielles, celle de leur autorité ne peut être exactement résolue qu'à la condition de se placer d'un point de vue suffisamment réaliste. On s'aperçoit alors que l'autorité de ces règles est plus qu'étroitement comparable à celle des lois, pour la bonne raison que cette autorité est une autorité d'emprunt : la règle jurisprudentielle emprunte son autorité à la loi ; son autorité n'est autre que celle de la loi elle-même.

Cette observation s'impose incontestablement en ce qui concerne les règles de la jurisprudence judiciaire. « La jurisprudence, au moins la judiciaire — écrit M. Maury — n'avouant jamais sa création d'une règle juridique nouvelle et la présentant au moyen d'une interprétation constructive comme une application de la loi, la règle jurisprudentielle prend par cette fiction figure et valeur de règle légale » (32). La situation n'est pas différente, en pratique, en ce qui concerne les règles de la jurisprudence administrative. Bon nombre d'entre elles peuvent être, plus ou moins artificiellement, ramenées à l'interprétation d'une loi. Elles lui empruntent alors son autorité (33). Lorsque, d'aventure, la base légale fait entièrement défaut, le juge administratif ne semble pas attacher de conséquence particulière à ce défaut : cette autorité, qu'un certain nombre de règles dont il est l'auteur n'empruntent à des lois que par le jeu d'une fiction, il faudrait qu'il soit bien scrupuleux pour ne

*généraliter* est dénié au juge qui ne peut, en fait de droit, créer que du droit d'espèce. C'est en ce sens et pour ce motif qu'il faut *énergiquement* affirmer que la jurisprudence ne saurait aucunement être envisagée en France comme une source générale de droit positif ainsi que c'est le cas en Angleterre. » (Contribution à la théorie générale de l'Etat, t. I, p. 745.)

L'emploi de l'adverbe « énergiquement » est révélateur du peu de portée de cette affirmation. Ou bien, en effet, la jurisprudence n'est pas source de droit et il n'est point besoin d'énergie pour le constater, ou bien elle l'est, et l'énergie de la négation n'y change rien.

(32) MAURY, *op. cit.*, p. 50. Cf. RIPERT : « La règle qui se dégage des arrêts de justice est aussi obligatoire que celle résultant de la Loi. On ne peut le comprendre que si cette obligation est de même nature, c'est-à-dire si on admet que la règle (jurisprudentielle) tient en réalité sa force de la loi » in « Les forces créatrices du Droit », p. 385 et 386.

(33) C'est ce qu'observe M. WALINE : « Chaque fois que la règle jurisprudentielle peut être considérée, même s'il y a là une part de fiction, comme interprétant une loi, ...elle s'incorpore par le jeu de cette fiction à la règle qu'elle est censée interpréter » (*op. cit.*, p. 630). Rapp. Ladreit de Lacharrière : « Etant un juge, le Conseil d'Etat emprunte l'autorité de la Loi qu'il applique » (in « Le contrôle hiérarchique de l'Administration en la forme juridictionnelle », Thèse, Paris, 1937, p. 2).

pas l'éten  
légale (34)

C'est t  
à la loi qu  
va s'impo

Il n'est  
des règles  
déjà très  
nous sem  
certains a  
entre la j  
et la juri  
contrainte  
prudentie  
parfaitem  
prudentie

(34) M. V  
qu'il décrit  
lorsque la  
qu'elle ne  
dans le deu  
dentielle n'

(35) Cf. C  
cités par lu  
CUCHE « P  
« Le Gouver  
« Cours de  
« Jurispru  
n° 22.

(36) C'est  
justiciable  
permet à ce  
entre la loi  
ratifs dont  
encore que  
empruntait  
serait inter  
tielles étaie  
Il faut bien  
même autor  
*propre*, et q  
être imputé  
tirer argum  
lative sans  
à la jurispr

(37) Cf. C  
des actes ju  
de vue maté  
mandent à l  
pas douteux



pas l'étendre à celles de ses créations qui sont dépourvues de base légale (34).

C'est tout d'abord avec toute la force de cette autorité empruntée à la loi que la règle jurisprudentielle, judiciaire ou administrative, va s'imposer aux justiciables : particuliers ou Administration.

Il n'est pas besoin de s'étendre sur le fait de la force impérative des règles jurisprudentielles à l'égard des particuliers. Ce fait a été déjà très souvent mis en relief (35). Nous noterons simplement qu'il nous semble insuffisant de parler, comme le font M. Chrétien et certains autres auteurs, d'une « ressemblance », de ce point de vue, entre la jurisprudence et la loi. En réalité, pour le justiciable, la loi et la jurisprudence c'est tout un. Du point de vue de la force de contrainte qu'elle possède à l'égard du justiciable, la règle jurisprudentielle ne ressemble pas seulement à la loi, elle se confond parfaitement avec elle (36). La force impérative de la règle jurisprudentielle à l'égard de l'Administration n'est pas moindre (37).

(34) M. Waline ne formule pas expressément cette proposition mais les faits qu'il décrit (supériorité de la règle jurisprudentielle sur le règlement aussi bien lorsque la règle jurisprudentielle est rattachable à une règle légale que lorsqu'elle ne repose pas directement sur une base législative) démontrent que dans le deuxième cas comme dans le premier l'autorité de la règle jurisprudentielle n'est autre que celle de la Loi (WALINE, *op. cit.*, pp. 631-632).

(35) Cf. CHRÉTIEN, *op. cit. passim*, spécialement p. 115 et s., et les auteurs cités par lui : PLANIOL et RIPERT « Traité élémentaire de Droit civil », t. I, p. 7. CUCHE « Précis de procédure civile et commerciale », 5<sup>e</sup> éd., p. 15. LAMBERT « Le Gouvernement des juges aux Etats-Unis », p. 160. Cf. également HÉBRAUD « Cours de Droit civil », 1<sup>re</sup> année, 1956-1957, édition Soubiron, p. 50. BOULANGER « Jurisprudence » in « Répertoire de Droit civil, Dalloz », t. III, p. 18 et s., n° 22.

(36) C'est précisément ce fait, que les règles jurisprudentielles s'imposent au justiciable avec une autorité qui ne peut être distinguée de celle de la loi, qui permet à certains auteurs d'ignorer l'écran normatif que ces règles interposent entre la loi et le justiciable, et d'imputer à la seule loi la totalité des impératifs dont ce dernier est l'objet. Cette position serait à la rigueur tenable, encore que très artificielle, si dans tous les cas la règle jurisprudentielle empruntait son autorité à une loi déterminée, en application de laquelle elle serait intervenue. Mais nous venons de dire que certaines règles jurisprudentielles étaient insusceptibles de rattachement à une règle légale particulière. Il faut bien admettre dans ces conditions que s'il leur est reconnu, en fait, la même autorité qu'à la loi, cette autorité est alors sans conteste *leur attribut propre*, et que les impératifs qu'elles font peser sur le justiciable ne sauraient être imputés à une autre source que la jurisprudence. Il est alors possible de tirer argument de la spécificité de cet impératif jurisprudentiel (à force législative sans doute) pour dénoncer l'irréalisme de ceux qui ne reconnaissent pas à la jurisprudence la qualité de source de Droit (cf. *supra*, p. 357).

(37) Cf. CHRÉTIEN « A l'égard de l'Administration la règle dégagée de la masse des actes juridictionnels possède un caractère obligatoire semblable, du point de vue matériel, à celui de la règle créée par l'acte législatif. Toutes deux commandent à l'Administration » (*op. cit.*, p. 122). M. MAURY observe qu'« il n'est pas douteux que l'Administration ne soit liée quant elle est justiciable des



La question de l'autorité de la règle jurisprudentielle à l'égard des juges est plus délicate. Elle appelle une réponse plus nuancée. M. Chrétien nous semble admettre trop vite que la règle jurisprudentielle ne lie pas les juges, ses auteurs (38). En réalité, la situation des juges par rapport à la règle jurisprudentielle est diverse. A l'égard des juges inférieurs qui sont évidemment de beaucoup les plus nombreux, sinon à l'égard des juges suprêmes qui ne sont que quelques-uns, la règle jurisprudentielle jouit d'une autorité sensiblement égale à celle qui est la sienne vis-à-vis des justiciables. Ce n'est pas l'un des moindres apports de l'étude de M. Maury que d'avoir mis ce fait en évidence dans une page lumineuse (39).

juridictions qui ont créé la norme et, en quelque sorte, leur sujette » (*op. cit.*, p. 49). Il juge plus délicate cependant « la question de savoir si un règlement postérieur peut l'abroger (la règle jurisprudentielle) » (*op. cit. ibid.*). Cependant, il se range à l'avis de M. Waline qui pense que dans tous les cas la règle jurisprudentielle l'emportera sur le règlement. Si la règle peut être rattachée à l'interprétation d'une loi particulière, cette solution ne peut faire de difficulté (cf. WALINE, *op. cit.*, p. 630). M. Waline est porté à croire que le Conseil d'Etat admettrait la même solution au cas où la règle jurisprudentielle serait insusceptible d'être rattachée à une loi particulière (*op. cit.*, pp. 631-632). C'est ainsi qu'il apparaît que dans tous les cas l'autorité de la règle jurisprudentielle n'est autre que celle de la Loi.

(38) CHRÉTIEN, *op. cit.*, pp. 145-146. Nous pouvons noter dès maintenant que M. Chrétien en conclue que « même du point de vue matériel la règle dégagée d'une série continue d'actes juridictionnels est une règle de droit différente de celle produite par l'acte législatif ». M. Hébraud s'appuie sur cette conclusion de M. Chrétien pour nier que la création de règles jurisprudentielles soit constitutive d'une participation des juges à la fonction législative : « Cette création éventuelle de règles de droit (par la jurisprudence) rentre dans l'exercice de la fonction juridictionnelle... une méthode d'analyse strictement matérielle conduit à considérer qu'une fonction législative se superpose à la fonction juridictionnelle (voir par exemple DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE « et ses critiques sur la justice internationale », *Revue générale de Droit international public*, 1934, p. 147 et s. spéc. 156) ... l'artifice est évident, M. Chrétien, après une analyse minutieuse et nuancée, conclut à la différence aussi bien matérielle que formelle de la règle jurisprudentielle et de la règle légale » (HÉBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux », in *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1949, p. 131 et s.). Cette opinion de M. Hébraud ne nous convainc pas, car la conclusion de M. Chrétien sur laquelle elle s'appuie ne nous satisfait elle-même nullement : elle repose sur une analyse insuffisamment nuancée de la situation des juges par rapport à la règle jurisprudentielle. C'est ce que nous indiquons au texte.

(39) M. MAURY, *op. cit.*, p. 49, « M. Chrétien soutient que tous les juges ou presque tous sont « dans une plus ou moins grande mesure les auteurs de la règle » (*op. cit.*, p. 129) et en déduit que si l'autorité de fait, l'autorité morale de cette dernière est considérable à l'égard des diverses juridictions, celles-ci ne sont jamais liées par la règle jurisprudentielle (*op. cit.*, p. 131 et s.) qui ne les oblige pas. C'est, nous semble-t-il, ne pas tenir compte du pouvoir et pour ainsi dire de la souveraineté de la Cour Suprême. Sans doute il peut y avoir et il y a parfois une jurisprudence des Cours d'appel ou même plus exceptionnellement des tribunaux de première instance et il est certain que les juridictions qui l'ont faite pourront la défaire. Mais lorsque la Cour de cassation est

Les r  
autorité  
nent, en  
pu être  
dans un  
des règle  
mailles d  
des mail  
mailles p  
tement e

Parmi  
doute à c  
véritable  
nombreu  
normativ  
sent de l  
bien rare  
donner li

Cette i  
dentielle,  
de ses di  
que toute  
intervention

intervenue,  
en détruisa  
données av  
sur cette in  
faire » rap  
Mélanges R  
privé », 19

(40) C'est  
côté du « p  
jurispruden  
p. 108 et s.

(41) Cf.  
droit et de  
« De la mé  
nistratif »,  
de la législ  
M. ROUBIER  
RIPERT, t. I

(42) Cf.  
p. 387 et s.  
juridique  
p. 312 et s.



Les règles jurisprudentielles n'empruntent pas seulement son autorité à la loi, elles lui empruntent aussi *son objet* : elles viennent, en effet, s'appliquer aux rapports, aux situations qui auraient pu être ou qui ont été déjà effectivement enserrés par le législateur dans un réseau plus ou moins étroit de normes impératives. Le rôle des règles jurisprudentielles est soit d'ajouter au réseau légal les mailles qui peuvent lui faire défaut, soit de tisser dans le cadre des mailles de ce réseau légal, une manière de deuxième réseau aux mailles plus fines dans lesquelles l'objet de la loi sera plus étroitement enfermé (40).

Parmi les règles jurisprudentielles on songe en premier lieu sans doute à celles que les juges sont appelés à établir pour combler une véritable lacune de la loi (41). Si ces règles sont relativement peu nombreuses, elles ne représentent qu'une part réduite de l'œuvre normative des juges : la plupart des règles jurisprudentielles naissent de l'adaptation par les juges des lois qu'ils appliquent. Il est bien rare qu'une loi ait été assez parfaitement élaborée pour ne pas donner lieu à une telle adaptation créatrice de la part des juges (42).

Cette identité de l'objet de la règle légale et de la règle jurisprudentielle, venue combler une lacune de la loi ou née de l'adaptation de ses dispositions, est remarquable à un double titre. Etant donné que toutes les situations, tous les rapports qui peuvent appeler l'intervention du législateur sont en même temps susceptibles de four-

---

intervenue, soit en « inventant » elle-même une règle, soit en consolidant ou en détruisant celle — d'autorité toujours précaire — que des juridictions subordonnées avaient établie, et lorsqu'une règle jurisprudentielle a pris naissance sur cette intervention, *il n'y a plus de liberté pour les juges (sauf celle de mal faire)* » rap. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », *Mélanges RIPERT*, t. I, p. 13. PERREAU, « Technique de la jurisprudence en droit privé », 1923, t. I, p. 47 et s.

(40) C'est cet état de choses que décrit M. Eisenmann lorsqu'il enseigne qu'à côté du « principe de légalité » il convient de faire une place « au principe de jurisprudentialité » (*Cours de Doctorat*, 1957-1958, édit. « La Cité du Droit », p. 108 et s.).

(41) Cf. PÉRITCH, « Quelques observations sur le problème des sources du droit et de la fonction de la loi », *Mélanges GÉNY*, t. II, p. 234. BERNARD GÉNY, « De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif », in *Le Conseil d'Etat livre jubilaire*, p. 280 et les exemples de lacunes de la législation comblées par la création de règles jurisprudentielles cités par M. ROUBIER (in « L'ordre juridique et la théorie des sources de droit », *Mélanges RIPERT*, t. I, p. 16) et par M. CHRÉTIEN (*op. cit.*, p. 30 et s.).

(42) Cf. BOULANGER, *op. cit.*, n° 11. RIPERT, « Les forces créatrices du Droit », p. 387 et s. DEL VECCHIO, « Justice, Droit, Etat », 1938, p. 87. HAURIOU, « Police juridique et fond du Droit », in *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1926, p. 312 et s. WALINE, *op. cit.*, p. 623.



nir éventuellement <sup>(43)</sup> aux juges l'occasion de poser des règles de jurisprudence, l'objet des règles jurisprudentielles est tout d'abord *aussi divers* que celui des règles légales <sup>(44)</sup>. L'apport de certaines règles jurisprudentielles peut être, d'autre part, *aussi important*, aussi essentiel dans la vie privée des citoyens comme dans la vie publique de la cité, que celui des règles les plus considérables élaborées par le législateur lui-même <sup>(45)</sup>.

Plus encore que les coïncidences de leur autorité et de leur objet avec ceux des règles légales, une troisième caractéristique des règles jurisprudentielles appelle enfin notre attention : *la généralité de leur contenu*. Pour si essentielle qu'elle soit, comme nous allons le voir bientôt, cette généralité se saisit sans qu'il soit besoin de lui consacrer une longue démonstration. C'est à elle que la règle jurisprudentielle doit, en effet, précisément de mériter la qualité de règle. Sont, en effet, seules susceptibles de fournir l'occasion de la naissance d'une règle jurisprudentielle les situations qui, ayant donné lieu à un certain règlement en justice, sont par nature appelées à se reproduire et à être réglées en justice de la même manière. L'identité de ces règlements judiciaires successifs tout à la fois découle et est révélatrice de la généralité de la règle jurisprudentielle en application de laquelle ils interviennent <sup>(46, 47)</sup>.

Ce caractère de généralité des règles jurisprudentielles incline à considérer que l'établissement de la moindre d'entre elles fait participer les juges, ses auteurs, à l'exercice de la fonction législative : telle est du moins la conclusion à laquelle on est directement conduit lorsque, ayant admis que l'analyse des différentes activités

(43) Eventuellement, c'est-à-dire à la condition que ces situations ou rapports donnent lieu à un contentieux.

(44) PLANIOL faisait observer que « les arrêts accumulés » de la Cour de cassation « représentent une masse de solutions plus considérables peut-être par leur nombre que celles qui sont contenues dans les Codes » (in « Inutilité d'une révision générale du Code civil ». Livre du centenaire du Code civil, t. II, p. 962 et 963).

(45) Nous nous bornerons pour l'instant à signaler ainsi cette identité qui est celle de certaines règles jurisprudentielles et de certaines règles légales quant à l'importance de leur objet, nous proposant de nous y attacher plus longuement par la suite : Cf. *infra*, p. 367 et s.

(46) L'erreur d'un Carré de Malberg, refusant avec un parfait irréalisme à la jurisprudence la qualité de source de Droit, résulte précisément de sa méconnaissance de la généralité des règles jurisprudentielles : Cf. *supra*, note 31.

(47) Aux pages 107 et 108 de sa thèse, M. Chrétien consacre une section à cette généralité de la règle jurisprudentielle sous l'intitulé suivant : « La solution dégagée par la masse des actes juridictionnels semblables possède le caractère de généralité. »

et fonct  
point de  
se place  
matériel

On sa  
matériel  
gère <sup>(48)</sup>

Les a  
vue mat  
téristiqu  
législati  
tive qui  
certains  
lois mat  
rielles d  
Les règ  
matériel  
auteurs  
même p  
des règle  
ticiper l

A l'en  
repose s  
de vue m  
ralité  
reconnai  
pas quel  
lement  
sante de

A cet  
répondr  
prudent  
surcroît  
de la plu  
et, d'aut

(48) Bo  
sujet leur

(49) Cf.

(50) Cf.  
LAUBADÈRE  
n° 345 : «  
lative... »



et fonctions étatiques exige que l'on se place alternativement d'un point de vue formel et d'un point de vue matériel, l'on choisit de se placer d'un point de vue matériel, et l'on se fonde sur une notion matérielle de la loi comme de la fonction législative.

On sait le rôle joué par ce point de vue matériel et ces notions matérielles dans la littérature de Droit public française et étrangère (48).

Les auteurs français qui reconnaissent l'intérêt de ce point de vue matériel estiment ordinairement que la généralité est la caractéristique essentielle, l'élément principal de la définition de la règle législative, c'est-à-dire de la loi matérielle (49). Dans cette perspective qui est la leur, si le défaut de généralité de leur contenu prive certains actes émanant des assemblées législatives de la qualité de lois matérielles, cette même généralité permet de voir des lois matérielles dans certaines règles posées par d'autres organes de l'Etat : Les règlements administratifs apparaissent ainsi comme des lois matérielles (50), des règles législatives qui font participer leurs auteurs à la fonction législative. De la même façon, dans cette même perspective, les règles jurisprudentielles apparaîtront comme des règles matériellement législatives dont l'établissement fera participer les juges à la fonction législative.

A l'encontre de cette conclusion, on pourrait objecter qu'elle repose sur une base bien étroite: même en se plaçant du seul point de vue matériel, suffit-il de se fonder ainsi sur le caractère de généralité du contenu d'une règle émanée d'organes étatiques pour reconnaître à cette règle la qualité de règle législative ? N'y a-t-il pas quelque abus à faire de ce caractère de généralité non plus seulement la caractéristique essentielle mais la caractéristique suffisante de la règle législative ?

A cette objection très sérieuse, nous nous sommes efforcé de répondre par avance, en mettant en relief le fait que la règle jurisprudentielle n'est pas seulement une règle générale mais que, par surcroît, d'une part, son autorité à l'égard des justiciables ainsi que de la plupart des juges est la même en pratique que celle de la loi et, d'autre part, son objet coïncide avec celui des règles légales.

(48) Bornons-nous à renvoyer aux renseignements que fournissait à leur sujet leur adversaire Carré de Malberg : *Op. cit.*, t. I, p. 273 et s.

(49) Cf. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, pp. 290-291.

(50) Cf. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> édit., t. II, p. 209 et s. LAUBADÈRE, « *Traité élémentaire de Droit administratif* », 2<sup>e</sup> édit., 1957, p. 182, n° 345 : « Au point de vue matériel le règlement est un acte de nature législative... »



Nous nous sommes de la sorte enquis des différents caractères matériels essentiels de la règle jurisprudentielle excluant de notre investigation ses seuls caractères formels <sup>(51)</sup>.

Pour éviter d'employer la formule « du point de vue matériel », qui présente l'inconvénient d'être prise le plus souvent dans un sens trop étroit, l'accent étant mis sur le seul caractère de généralité de la règle législative, disons que *du point de vue du fond*, sinon *du point de vue de la forme*, les caractéristiques de la règle jurisprudentielle sont précisément celles de la règle législative <sup>(52)</sup>.

Parvenu à ce point de notre enquête, ne serions-nous pas, dès maintenant, fondé à diagnostiquer un empiètement des juges sur

(51) Il est bien certain, en effet, que *du point de vue formel* la règle jurisprudentielle et la règle légale présentent des caractères différents. Cf. CHRÉTIEN, *op. cit.*, p. 111 « La règle législative... est formulée explicitement par un acte unique de volonté à la différence de la solution jurisprudentielle dégagée de manière implicite d'une succession concordante d'actes juridictionnels. De même la règle législative se forme a priori tandis que la règle juridictionnelle naît a posteriori par la répétition des décisions particulières. Enfin la règle législative à la différence de la théorie d'origine jurisprudentielle est publiquement formée à une date précise... Ces différences sont uniquement d'ordre formel... elles ne sont pas d'ordre matériel car elles ne réalisent pas un changement sur l'ordonnancement juridique. » Il nous paraît toutefois nécessaire d'observer que ces différences formelles ne sont pas toujours aussi tranchées que l'exposé de M. Chrétien donnerait à le penser. Pour M. Chrétien, en effet, les règles d'origine juridictionnelle peuvent être de deux sortes : celles qui se dégagent de la masse des actes juridictionnels semblables et celles qui naissent d'un acte juridictionnel unique. Ses développements tendent à opposer systématiquement ces deux catégories. Avec la première il nous entretient de la jurisprudence constante. En traitant de la deuxième il examine le système anglo-américain du précédent obligatoire et celui de l'arrêt de règlement, dont il souhaite que la pratique soit admise à nouveau en France. M. Chrétien nous semble exagérer la distance qui sépare ces deux sortes de règles d'origine juridictionnelle. Bien que le droit français n'admette ni le procédé du précédent, ni celui de l'arrêt de règlement, il arrive en fait bien souvent qu'une seule décision suffise à établir une nouvelle règle jurisprudentielle (cf. MAURY, *op. cit.*, p. 42). Dans ce cas, les différences formelles décrites par M. Chrétien tendent à s'estomper.

(52) Cette proposition risque de se heurter à l'objection suivante : toute règle jurisprudentielle nouvellement posée est appliquée par le juge à des situations antérieurement constituées, tandis que l'application rétroactive de la règle législative nouvelle est normalement exclue par l'article 2 du Code civil. Nous ne voyons pas là une raison suffisante pour considérer que l'une au moins de ses caractéristiques matérielles différencie essentiellement la règle jurisprudentielle de la règle législative. Il n'y a pas, en effet, un régime rigoureusement uniforme de l'application des lois dans le temps. Cette application rétroactive au départ sinon durablement, qui est le fait des règles jurisprudentielles, est aussi celui des lois dont ces règles se rapprochent naturellement le plus : les lois interprétatives. Cf. ROUBIER : « Les lois d'interprétation ont un effet rétroactif à la manière des changements de jurisprudence, c'est-à-dire qu'elles font sentir leurs effets dans tous les litiges futurs, quand même ils se rapporteraient à des faits juridiques antérieurs » (« Le droit transitoire », Sirey, 1960, p. 263).

le législateur tout préma

En prenant  
raissent  
semble par  
avis, s'im  
comme de  
lative sur  
mieux acc

En deux  
ne saurait  
pation des  
empiétem  
qu'un tel  
draît que  
entre nos  
établie su  
rielles. O

(53) Nous  
spécifie la f  
ment du m  
de décision  
assurément  
public » (G

(53 bis) A

(54) Elle  
tère de gén  
téristique e  
prétations  
CARRÉ DE  
laisse pas  
de ce carac  
que d'autre  
ont prétendu  
définition d  
DE MALBERG

(55) Elle  
de vue esse  
positions d  
regain d'in  
Loi et des  
Constitutio  
demeurer l



le législateur <sup>(53)</sup> ? Nous croyons qu'un tel diagnostic serait malgré tout prématuré. Et cela pour deux raisons essentielles :

En premier lieu cette perspective selon laquelle les juges apparaissent comme participant à la fonction législative, si elle nous semble parfaitement admissible <sup>(53 bis)</sup>, ne saurait pourtant, à notre avis, s'imposer absolument. Le juriste est libre de la faire sienne comme de ne pas la retenir. En effet, la notion de fonction législative sur laquelle elle repose est à la fois contestable <sup>(54)</sup> et au mieux accessoire <sup>(55)</sup>.

En deuxième lieu, même en se plaçant dans cette perspective, on ne saurait passer immédiatement de la constatation d'une participation des juges à la fonction législative à la dénonciation d'un empiétement de leur part sur les attributions du législateur. Pour qu'un tel passage n'exige pas une plus ample démonstration, il faudrait que, d'une manière générale, la répartition des attributions entre nos organes étatiques consacraient une séparation des pouvoirs établie sur la base d'une rigoureuse séparation des fonctions matérielles. Or, « une telle séparation des fonctions, avec affectation

---

(53) Nous raisonnerions alors à la manière de GÉNY selon lequel : « Ce qui spécifie la fonction législative c'est le caractère général et permanent (relativement du moins) de ses dispositions. Si nous permettions au Juge, sous prétexte de décision judiciaire, de porter des règles générales destinées à régir l'avenir... assurément il y aurait là usurpation de pouvoirs, réprouvée par notre droit public » (GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 210).

(53 bis) A la différence de M. HÉBRAUD, cf. *Supra*, n° 38.

(54) Elle est contestable à plusieurs titres : tout d'abord parce que le caractère de généralité lui-même, dans lequel de nombreux auteurs voient la caractéristique essentielle de la règle législative, est susceptible de différentes interprétations : (Cf. Henri DUPEYROUX : « Sur la généralité de la Loi », in *Mélanges CARRÉ DE MALBERG*, p. 143 et s.). Cette diversité, génératrice d'équivoque, ne laisse pas de nuire à la solidité des constructions, que l'on élèvera sur la base de ce caractère de généralité. Elle est contestable, d'autre part et surtout, parce que d'autres auteurs, qui se sont également placés d'un point de vue matériel, ont prétendu trouver ailleurs que dans la généralité l'élément principal d'une définition de la Loi matérielle, et, partant, de la fonction législative : Cf. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, p. 300 et s.

(55) Elle est accessoire parce que le point de vue matériel n'est pas le point de vue essentiel du droit public français. Sans doute, l'apport de certaines dispositions de la nouvelle Constitution fera-t-il bénéficier ce point de vue d'un regain d'intérêt (ainsi la distinction des matières qui sont du domaine de la Loi et des matières réglementaires établie par les articles 34 et 37 de cette Constitution). Le point de vue formel et organique semble cependant devoir demeurer le point de vue essentiel de notre droit public.



exclusive à chacune d'elles d'une sorte spéciale d'organes, est tout à fait irréalisable » (56).

On admet de la sorte que le gouvernement participe à la fonction législative sans pour cela empiéter nécessairement (57) sur les attributions des assemblées législatives. On admet de même que les juges participent parfois à la fonction administrative, sans empiéter le moins du monde sur les attributions des autorités administratives. On pourra, dès lors, admettre que, bien que cela soit insolite et n'ait pas été décrit par les auteurs qui ont pourtant le mieux mis en relief ce cumul de plusieurs fonctions matérielles par chaque catégorie d'organes étatiques, les juges puissent, d'autre part, *participer* à la fonction législative sans nécessairement *empiéter* ainsi sur les attributions des organes principalement investis du pouvoir législatif.

Pourquoi, dans ces conditions, nous être ainsi attaché à l'examen des règles jurisprudentielles ? Tout simplement parce que cet examen représentait une étape indispensable dans la recherche des éléments d'un empiètement possible des juges sur le législateur. Le pouvoir qu'ils détiennent d'établir des règles jurisprudentielles ouvre aux juges la porte de cet empiètement. Si l'émission d'une règle jurisprudentielle n'est pas nécessairement constitutive d'un tel empiètement, elle peut en être l'instrument : c'est ce que nous nous efforcerons d'établir dans une deuxième partie.

\* \* \*

(56) CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. II, p. 30. Et c'est bien la principale raison pour laquelle la distinction des fonctions matérielles, si elle n'est pas dépourvue d'intérêt (Cf. la démonstration qu'en apportait le doyen BONNARD in « Mélanges Carré de Malberg », p. 5 et s.) n'en est pas moins parfaitement accessoire.

(57) Nous insisterons sur l'adverbe « nécessairement ». L'importance donnée par la nouvelle Constitution à cette participation du gouvernement à la fonction législative ne va pas, en effet, sans appeler de sévères réserves et éveiller de graves inquiétudes. Cf. DURAND, « La décadence de la Loi dans la Constitution de la V<sup>e</sup> République », J.C.P., 1959, I, 1470; Rapp. : J. DE SOTO : « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », R.D.P., 1959, p. 240; WALINE : « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », R.D.P., 1959, p. 699; MARTIN : « Une nouveauté constitutionnelle : la distinction entre les domaines législatif et réglementaire. » *Rev. prat. de droit administratif*, décembre 1958.

Les  
taines  
consid  
ment  
mais

Cett  
d'une  
la loi  
d'une  
d'un e  
prena  
tions  
titre;  
minin  
légale  
indûm  
à l'en

De  
le plu  
sembl  
tratif

L'in  
admin  
du po

Imp  
dence  
tionn  
l'ense  
de mu  
truits  
sant p  
ques-  
de po  
tut de

Sar  
codifi



## II. L'EMPIÈTEMENT DES JUGES SUR LE LÉGISLATEUR.

Les circonstances particulières entourant l'établissement de certaines règles jurisprudentielles, sinon de toutes, permettent de considérer que les juges, artisans de cet établissement, non seulement participent à l'exercice de la fonction matérielle de législation mais empiètent sur les attributions du législateur.

Cette considération nous paraît s'imposer dès lors que l'autorité d'une règle jurisprudentielle se substitue abusivement à celle de la loi. L'abus de cette substitution éclate dans deux hypothèses : d'une part, lorsque l'importance d'une règle jurisprudentielle, ou d'un ensemble de règles, est telle qu'il apparaît pour le moins surprenant que le soin et la responsabilité d'introduire leurs dispositions dans notre droit n'aient pas incombé au seul législateur en titre; d'autre part, lorsqu'une règle jurisprudentielle — fût-elle de minime importance — s'avère incompatible avec une disposition légale particulière. Dans la première hypothèse, les juges légifèrent indûment à la place du législateur; dans la deuxième, ils légifèrent à l'encontre de la volonté déjà exprimée par ce dernier.

De ces deux formes d'empiètement, c'est la première qu'il importe le plus de dénoncer : elle est paradoxalement la plus visible et, semble-t-il, pourtant la moins bien aperçue. Notre droit administratif est l'un de ses principaux terrains d'élection.

L'importance des règles introduites dans ce droit par les juges administratifs au lieu et place du législateur est aussi remarquable du point de vue quantitatif que du point de vue qualitatif <sup>(58)</sup>.

*Importance quantitative* : On sait que les règles de la jurisprudence administrative ne sont pas venues combler d'étroites et exceptionnelles lacunes de la loi, mais bien tenir lieu de loi pour régir l'ensemble et le détail de plusieurs très vastes matières. Des pans de muraille entiers de l'ordonnement administratif ont été construits pierre après pierre par ces juges, les fondations légales faisant pratiquement ou absolument défaut. Il suffit de songer à quelques-uns des principaux chapitres du droit administratif : Excès de pouvoir, Responsabilité de la puissance publique, Domaine, Statut de la fonction publique, etc...

Sans doute le législateur est-il parfois intervenu après coup pour codifier ces règles élaborées par les juges administratifs. Etudiant

(58) Cf. VEDEL, « Droit administratif », précis Thémis, t. I, p. 28.



il y a quelques années à peine « la part du Conseil d'État dans l'élaboration du statut de la fonction publique », un de ses membres faisait très justement observer que « la transformation en droit écrit d'une jurisprudence longuement méditée... illustre en de grandes occasions la participation du juge à la fonction législative » (59). En effet, en tant qu'il réunit les éléments d'une codification ultérieure le juge apporte à l'œuvre du législateur une contribution si directe et si précieuse qu'à ce seul titre il peut être déjà décrit comme participant à la fonction législative; en tant cependant qu'il pose des règles tenant positivement lieu de lois avant même que le législateur n'intervienne pour les codifier, il ne se borne pas à participer à cette fonction législative : il empiète sur les attributions de ce législateur.

Cet empiètement ressort par ailleurs de l'importance qualitative de ces règles : il suffit d'évoquer la matière si essentielle de la responsabilité de la puissance publique.

Le lecteur non prévenu qui consultera la rubrique « sources » précédant l'étude consacrée à cette matière par M. Bénéoit, dans le « Juris-classeur administratif » (60), ne pourra manquer d'être surpris d'apprendre que « les principes de la responsabilité de la puissance publique ont pour source unique la jurisprudence de la juridiction administrative », le législateur ayant délaissé les problèmes du régime général de cette responsabilité et s'étant borné à aménager quelques régimes particuliers.

Les règles constitutives de ce régime général ne comptent-elles pas parmi celles qui donnent son visage à la cité ? Parmi celles qu'il faudrait retenir si l'on voulait, à la manière américaine, enfouir sous terre quelques textes destinés à renseigner les générations postérieures à un éventuel cataclysme atomique sur l'état actuel exact de notre civilisation ?

Pour nous limiter à un autre exemple, nous prendrons celui non plus d'un ensemble de règles mais d'une règle assez particulière posée par les juges administratifs : à la question de savoir si un ecclésiastique est en droit d'affronter une agrégation de l'ensei-

(59) Max QUERRIEN, « Du droit jurisprudentiel au droit écrit : la part du Conseil d'État dans l'élaboration du statut de la fonction publique », in *Livre jubilaire du Conseil d'État*, p. 322.

(60) BÉNOIT, « Juris-classeur administratif », t. V, fasc. 700, p. 1. Cf. *Ibid.*, p. 4, n° 9 : « Le fait dominant de la matière est qu'il n'existe aucun texte concernant le principe général de la responsabilité de la puissance publique. Le législateur n'est jamais intervenu que dans des domaines très particuliers. Les textes ainsi élaborés n'ont qu'une portée très limitée et constituent des exceptions au droit commun de la responsabilité de la puissance publique. »

gneme  
dant s  
Boutey

Com  
admin  
aussi  
lite, p  
certain  
C'est  
tôt qu  
empié  
portée  
essent  
terme.

A v  
état de  
pour  
samme  
nistrat  
d'hui  
révolu  
peu de  
tation  
pas fo

(61)

(62)  
V° Rép  
latives,  
général  
la loi.

(63)  
fier ces  
On a pu  
consent  
le subs  
prêteur  
était en  
est imp  
c'est bi  
au mo

(64)  
de phil



gnement secondaire, l'administrativiste ne répondra pas en se fondant sur un texte de loi mais en citant un nom et une date : Abbé Bouteyre, 1912 ! (61, 62).

Comment se peut-il que le législateur ait permis que les juges administratifs assument à sa place des responsabilités à la fois aussi étendues et aussi lourdes ? Ce transfert, pour le moins insolite, peut s'expliquer pour une part par l'origine hiérarchique de certaines règles consacrées par la jurisprudence du Conseil d'Etat. C'est en tant que supérieur hiérarchique de l'Administration, plutôt qu'en tant que Juge, que le Conseil d'Etat aurait été amené à empiéter sur les attributions du législateur (63). Quelle que soit la portée de cette interprétation de l'empiétement de ces juges, le fait essentiel est que le législateur ait été impuissant à y mettre un terme.

A vrai dire, il semble avoir pris son parti très facilement de cet état de choses qui, pour n'avoir rien de glorieux, présente du moins pour lui l'avantage d'une extrême commodité : n'est-il pas suffisamment occupé par les innombrables questions que les juges administratifs ne peuvent régler à sa place ? N'est-il pas prêt aujourd'hui à reconnaître humblement, à la différence de son ancêtre révolutionnaire, que les règles qui sortiraient de sa plume auraient peu de chance de présenter les qualités de mesure et d'étroite adaptation au réel offertes par celles élaborées par les juges (64) ? N'est-il pas fondé à juger hasardeux de régler par un texte légal certaines

(61) C. E., 10 mai 1912, Abbé BOUTEYRE, S., 1912, 3, 145, note Hauriou.

(62) Il est pourtant symptomatique que les auteurs de la Constitution de la V<sup>e</sup> République, qui ont réduit systématiquement le rôle des assemblées législatives, aient cru nécessaire de compter la responsabilité civile et les principes généraux de l'enseignement parmi les questions qui méritent d'être réglées par la loi.

(63) Cf. LADREIT DE LACHARRIÈRE, *op. cit.*, en particulier p. 7 « ... pour justifier ces errements du Conseil d'Etat il y a, il est vrai, une formule commode. On a posé, en principe, qu'il n'était qu'un juge, mais contredit par les faits, on consent parfois qu'il soit un juge prétorien. Cet adjectif miraculeux sauverait le substantif menacé. Mais seule l'apparence est sauve. Car précisément le prêteur n'était pas qu'un juge. Ce qui caractérise ce magistrat romain c'est qu'il était en même temps, ou plutôt successivement législateur et juge... Comme il est impossible de soutenir que le Conseil d'Etat possède le pouvoir législatif, c'est bien la *qualité de supérieur hiérarchique* qu'on lui reconnaît en ajoutant au mot juge le qualificatif de prétorien ».

(64) Cf. BURDEAU, « Essai sur la notion de loi en droit français », in *Archives de philosophie du Droit et de sociologie juridique*, 1939, nos 1-2, p. 7 à 55.



questions brûlantes et délicates aux incidences sociales et politiques redoutables (65) ?

Pour que l'étendue de cette intrusion des juges sur le terrain législatif connaisse une régression notable, il suffirait que l'envahi ait la volonté de refouler l'envahisseur. On peut, en revanche, douter que cette volonté, pour si ferme qu'elle puisse être jamais, suffise à mettre un terme à la deuxième forme que peut affecter l'empiètement des juges sur l'autorité du législateur.

Les juges empiètent encore, en effet, sur l'autorité du législateur lorsqu'ils cessent de respecter absolument la volonté qu'il a exprimé dans un texte de loi.

Cette deuxième forme d'empiètement est beaucoup plus insidieuse. Administratifs ou judiciaires, nous voyons tous les magistrats protester de leur respect de la légalité, de leur fidélité à la loi. Une prise de position comme celle du premier Président Ballot-Beaupré reconnaissant au juge, à mots à peine couverts, le pouvoir de modifier la loi, est restée célèbre parce qu'isolée (66). « Le juge — nous dit le Président Latournerie — n'a pas à faire l'appréciation de la loi, mais à en assurer l'application stricte » (67). Il est

(65) Nous pensons en particulier à l'impuissance du législateur à résoudre législativement l'ensemble du problème pourtant capital de la grève dans la fonction publique. On sait que le droit de grève s'exerce en France non pas « dans le cadre des lois qui le réglementent », ainsi qu'en avaient pourtant décidé les auteurs du Préambule de la Constitution de 1946, mais bien dans le cadre des règles embryonnaires posées, il faut le reconnaître à leur corps défendant, par les juges administratifs : Cf. Les célèbres conclusions du Commissaire du gouvernement Gazier sous l'arrêt Dehaene, J.C.P., 1950-11-5681; *Revue administrative*, 1950-366; Droit social, 1950-317. Dans une récente chronique (« Le droit public prétorien de la grève : Bilan d'une République » D. 1959, 3<sup>e</sup> Cahier, Chron. III), M. Quermonne notait que « L'arrêt Dehaene aura marqué un tournant dans l'évolution de la jurisprudence administrative vers l'exercice d'un pouvoir normatif. Il aura raccourci considérablement la distance qui séparait encore l'interprétation de la réglementation. »

(66) C'est ce qu'observait assez récemment encore M. Esmein : « On voit rarement les magistrats affirmer qu'ils ont le pouvoir de modifier la loi. Ce fut donc un événement sensationnel lorsque le premier Président de la Cour de cassation Ballot-Beaupré, dans un discours prononcé en 1904 à l'occasion du centenaire du Code civil... affirma la doctrine d'interprétation suivante... le juge, dit-il, « ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été il y a cent ans la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article, il doit se demander ce qu'elle serait si le même texte était aujourd'hui rédigé par eux; il doit se dire que... la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne. » (ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1952, p. 20).

(67) LATOURNERIE, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat » (in *Le Conseil d'Etat livre jubilaire*, p. 252).

pourta  
capital

L'in  
nistrat  
n'est p

Ce r  
celle d  
posées

Il in  
par le  
mante  
de l'a  
grand  
très la  
l'autre  
souver

Les  
semen  
duire

(68) I  
PERREA  
p. 21 et  
civile »,  
1932, p.

En ce  
« La J  
Loi et  
(in Ess  
p. 210);  
son étud  
Droit a  
M. RIVE  
D. 1951,

(69) C  
dans l'in  
général  
taire, il  
une rég  
tive » (

(70) C  
du droit  
p. 19. Je  
nistrativ

(71)  
prétati  
« Police  
p. 305 e  
1929, p.



pourtant contraint de convenir aussitôt ensuite que « cette règle capitale souffre certains tempéraments ».

L'incompatibilité de certaines règles de la jurisprudence administrative ou judiciaire avec telles dispositions de règles légales n'est parfois pas douteuse.

Ce n'est pas d'aujourd'hui que la littérature de Droit public et celle de Droit privé ont relevé d'importants exemples de règles posées par les juges *contra legem* <sup>(68)</sup>.

Il importe assez peu que cette négligence de la volonté exprimée par le législateur soit le résultat progressif d'une adaptation déformante des dispositions de la règle légale <sup>(69)</sup>, ou celui plus brutal de l'autorité pratiquement super-législative reconnue à quelque grand principe général, en apparence constaté, en fait dans une très large mesure élaboré par le juge lui-même <sup>(70)</sup>. Dans l'un et l'autre cas, cette négligence est constitutive d'un empiètement trop souvent irréductible sur l'autorité du législateur.

Les précautions que le législateur révolutionnaire avait soigneusement prises pour éviter qu'un tel empiètement puisse se produire <sup>(71)</sup> ont été abandonnées depuis longtemps.

(68) En ce qui concerne la jurisprudence judiciaire *contra legem*, cf. par ex. PERREAU, « La technique de la jurisprudence en Droit privé », Paris, 1923, t. I, p. 21 et 22. MORNET, « Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile », Thèse, Paris, 1904, n. 101 à 105. LEBRUN, « La coutume », Thèse, Caen, 1932, p. 436 et s.

En ce qui concerne la jurisprudence administrative *contra legem*, cf. TROTABAS, « La jurisprudence administrative s'affranchit fréquemment de la lettre de la Loi et n'hésite pas à construire contrairement aux dispositions du texte écrit » (in Essai sur le Droit fiscal, *Revue de science et de législation financière*, 1928, p. 210); et les exemples plus récemment fournis par M. Bernard GÉNY (dans son étude « De la méthode et de la technique du Droit privé positif à celles du Droit administratif », in *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, p. 280 et s.) et M. RIVERO, in « Le juge administratif français, un juge qui gouverne ? », D. 1951, chronique p. 21.

(69) Cf. PERREAU, *op. cit.*, t. I, p. 20. BOULANGER, « Un contre-sens commis dans l'interprétation d'un mot peut avoir pour conséquence de changer le sens général d'un texte, et si comme il arrive parfois, ce contre-sens est volontaire, il faut bien admettre qu'il y a là une altération consciente de la loi... une règle différente a été substituée par la jurisprudence à la règle primitive » (in Répertoire de Droit civil, Dalloz, t. III, Jurisprudence n° 2).

(70) Cf. RIVERO, chronique précitée. LETOURNEUR, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. » Etudes et documents, 1951, p. 19. JEANNEAU, « Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence administrative », Thèse, Poitiers, 1954.

(71) Au sujet de ces précautions. Cf. en particulier GÉNY, « Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif », 2<sup>e</sup> édit., t. I, p. 77 à 97. HAURIU, « Police juridique et fond du Droit », in *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1926, p. 305 et s. MARTY, « La distinction du droit et du fait », Thèse, Toulouse, 1929, p. 61 et s. ROUBIER, « Les conflits de Lois dans le temps », t. I, p. 456 et s.



On sait que le rôle du Tribunal de Cassation institué par le décret des 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790, différait profondément de celui de notre actuelle Cour de Cassation. « Etabli auprès du corps législatif » (72), ce tribunal avait pour fonction « de faire obstacle aux atteintes des juges contre les lois et à leurs empiètements sur le pouvoir législatif » (73), alors qu'aujourd'hui « il ne peut être question de concevoir la Cour Suprême comme un organisme de défense de la loi contre le juge » (74). L'institution du référé législatif qui tendait non seulement à éviter qu'il puisse y avoir une jurisprudence *contra legem*, mais même à empêcher qu'il se formât une jurisprudence quelconque, a également vécu (75).

Le législateur contemporain a paradoxalement perdu ce pouvoir de surveiller efficacement l'observation de sa propre loi par les juges qui lui revenait si naturellement aux yeux des hommes de la Révolution (76).

Ne pourrait-on admettre qu'il exerçât à leur encontre une manière de droit de suite, en les poursuivant par delà la frontière tracée entre lui et eux par le principe de la séparation des pouvoirs, lorsque, les premiers, ils méconnaissent sa limite en empiétant sur le terrain législatif ? En fait, il ne saurait en retour exercer sur eux la moindre emprise pour les ramener à un respect plus scrupuleux de sa volonté : les juges appliquent la loi comme ils l'entendent. N'ayant d'instructions ni de remontrances (77) à recevoir de per-

Cf. également CRUET, « La crainte de voir le juge empiéter sur les attributions du législateur et contredire la loi sous prétexte de l'interpréter, a été poussée en France jusqu'à une véritable obsession » (in *La vie du Droit et l'impuissance des Lois*, p. 51). DECENCIÈRE, « La révolution mit tout en œuvre pour limiter à l'extrême le pouvoir des juges. La cassation a été inventée pour défendre le législateur contre les empiètements des juges... » (in *Mélanges Decenrière*, p. 193).

(72) Article 1<sup>er</sup> du Décret des 27 novembre, 1<sup>er</sup> décembre 1790.

(73) MARTY, *Thèse* Toulouse, 1929, p. 61.

(74) MARTY, *Thèse*, p. 365.

(75) Cf. ROUBIER, *op. cit.*, p. 465 et s. GÉNY, *op. cit.*, t. I, n<sup>os</sup> 40, 42, 44. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, t. I, n<sup>os</sup> 242 et 243.

(76) Selon la formule de LE CHAPÉLIER, rapporteur devant l'Assemblée Constituante du Décret précité des 27 nov., 1<sup>er</sup> déc. 1790, « Après le pouvoir de faire la loi venait naturellement celui d'en surveiller l'observation » (Séance du 25 octobre 1790, Archives Parlementaires, 1<sup>re</sup> série, t. XX, p. 22, col. 2, cité par GÉNY, *loc. cit.*, p. 81).

(77) Dans le même rapport précité, Le Chapelier admettait l'appartenance au pouvoir exécutif d'un « droit de réprimande envers les juges » (*op. cit.*, *eod. loc.*).

sonne, i  
sent (78)

Le lé  
écrit ne  
mal lu,  
est assez  
que les  
peine à

Pour  
tative (79)  
prudenc  
d'une loi  
l'interpr  
tellemen  
ne peut

Il n'es  
de jurisp  
l'alibi d'  
loi votée  
lementai  
méconna  
législateu

(78) Cf.  
nes distin  
pouvoir to  
souverains  
de trahir l  
de l'Etat »

(79) Cf.  
(*supra*, n<sup>o</sup>

(80) WA  
droit posit  
dont nous  
du législate  
par M. Wal  
tatives une  
n'est pas n  
nelle » (*op*  
d'interpréta  
le législate  
même terra  
t. I, p. 473

(81) C'es



sonne, ils ne risquent rien à poser des règles qui la méconnaissent (78).

Le législateur doit reconnaître, comme le poète, que ce qu'il a écrit ne lui appartient plus ! Tout ce qu'il peut faire, si le juge l'a mal lu, volontairement ou non, c'est recommencer d'écrire; mais il est assez rare qu'il en arrive là. S'il prend aisément son parti de ce que les juges légifèrent à sa place, il éprouve également bien de la peine à réagir lorsque les juges légifèrent contre sa volonté.

Pour que le Parlement se résolve à prendre une loi interprétative (79) destinée à mettre le holà à l'établissement d'une jurisprudence illégale en tant que fondée sur l'interprétation fausse d'une loi antérieure, « il faut — observe M. Waline (80) — que l'interprétation fausse soit *intolérable* (81), tellement pernicieuse, tellement déplorable dans ses effets que le Parlement estime qu'il ne peut pas laisser persister une telle jurisprudence ».

Il n'est même pas sûr que le législateur intervienne dans les cas de jurisprudence *contra legem* où les juges n'ont pas seulement l'alibi d'une erreur d'interprétation. D'une part, la violation de la loi votée par leurs lointains prédécesseurs affecte bien peu les parlementaires du moment. D'autre part, lors même que les juges méconnaissent une volonté très récemment exprimée par lui, le législateur peut avoir eu la plus grande difficulté à former cette

(78) Cf. DABIN, « Si l'exercice des diverses fonctions est attribué à des organes distincts indépendants et souverains chacun dans sa sphère, l'action du pouvoir total risque d'être incohérente et contradictoire : ... quant aux juges, souverains interprètes de la loi et des règlements, *licence leur est accordée de trahir les textes qu'ils ont pour mission d'appliquer* » (in « Doctrine générale de l'Etat », p. 265).

(79) Cf. ROUBIER, *op. cit.*, t. I, p. 473 et s. Rapp. LESAGE, thèse précitée (*supra*, n° 4).

(80) WALINE, « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », *Revue du Droit public*, 1928, p. 441 et s. Le point de vue dont nous nous plaçons pour envisager l'admissibilité d'un « droit de suite » du législateur sur le terrain juridictionnel peut être rapproché de celui exprimé par M. Waline dans cette étude. M. Waline voit, en effet, dans les lois interprétatives une manifestation, parmi d'autres, de « l'intervention d'un organe qui n'est pas normalement juridictionnel dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle » (*op. cit.*, p. ...). Cf. dans le même sens ROUBIER, « Au fond, la loi d'interprétation ne fait pas partie de la législation, mais de la jurisprudence; le législateur qui veut fixer quel est le sens du droit existant se place sur le même terrain que le juge et prétend jouer un rôle analogue au sien » (*op. cit.*, t. I, p. 473).

(81) C'est M. Waline qui souligne.



volonté et éprouver par la suite encore plus de difficulté à la former de nouveau pour la réaffirmer et ainsi la défendre <sup>(82)</sup>.

Il ne suffit d'ailleurs pas toujours que le législateur exprime hautement, dans une nouvelle loi, son refus d'aligner son point de vue sur celui des juges pour que ceux-ci y renoncent nécessairement tout de suite, sans opposer de résistance <sup>(83)</sup>.

L'empiétement des juges sur les attributions du législateur n'est pas, en effet, le résultat de la seule impuissance de celui-ci à faire face à la totalité de ses responsabilités, mais aussi de la propension de ceux-là à cumuler les leurs et les siennes. L'impotence du législateur ne fait que favoriser « l'impérialisme » latent des juges <sup>(84)</sup>; cette impotence et cet impérialisme conjugués ne laissent pas d'être lourds de conséquences. Leur conjugaison introduit dans une démocratie déjà bien imparfaite un nouveau ferment de décadence tout à la fois formelle et matérielle.

*Décadence formelle* de la démocratie : on assiste à une telle décadence lorsque, quel que soit son contenu, la loi qui s'impose au peuple cesse d'être l'œuvre exclusive de ses représentants, c'est-à-dire d'hommes responsables devant lui, ou à la rigueur et dans une mesure suffisamment limitée, celle de gouvernants responsables eux-mêmes devant ses représentants.

Les précautions prises à l'époque révolutionnaire pour empêcher les juges d'empiéter sur le terrain législatif correspondaient à la volonté démocratique d'assurer la souveraineté de la loi adoptée par les représentants de la Nation, c'est-à-dire en fait votée par

(82) M. Maury fait observer que « l'abstention (du législateur en présence d'une certaine jurisprudence) ne peut... être tenue pour une approbation tacite: un individu n'accepte pas tout ce contre quoi il n'agit pas, pouvant le faire; a fortiori en est-il ainsi d'un corps législatif, d'un groupe de personnes dont la volonté collective est difficile à former, plus encore à manifester » (*op. cit.*, p. 39).

(83) Cf. HÉBRAUD, « Le législateur peut toujours intervenir pour désavouer la jurisprudence par une disposition expresse... on peut même assister à une lutte entre la loi et la jurisprudence, les tribunaux profitant de l'insuffisance de volonté des lois successives votées pour reprendre, sur de nouvelles bases, leur précédente jurisprudence (lois des 27 déc. 1890 et 19 juil. 1928 sur l'indemnité de congé due à un ouvrier licencié) » Cours de droit civil, 1<sup>re</sup> année, 1956-1957, p. 50. Librairie Soubiron, Toulouse.

(84) Rappelons que nous empruntons cette formule à André Decencière qui avait consacré à dénoncer cet impérialisme quelques phrases fulgurantes dans son « Essai critique sur la justice internationale » (*in Rev. gén. de droit int'l public*, 1934, p. 159 et s. Mélanges A. Decencière-Ferrandière, p. 189 et s.).

les rep  
fruit d  
d'aujou  
tion q  
Le phé  
lateur  
ce myt  
quence  
d'autre

Cette  
face né  
de la t

Ce p  
taculai  
aussi h  
les bur  
se born  
bien d  
sions g  
désorm

(85) I  
le pouv  
volonté  
libres »

(86) S  
révolu  
(in Arch  
p. 7 à 5  
bre 1955  
ment av

(87) C  
poussée  
osé rem  
la loi...  
d'indépe  
p. 162).

(88) C  
ment d  
citoyens  
de ne p  
Libre d

(89) C  
la IV<sup>e</sup> F  
précitée  
février  
assiste  
gestatio



les représentants du peuple <sup>(85)</sup>. Du mythe prestigieux de « la loi », fruit démocratique de cette époque fertile en idées-force, le citoyen d'aujourd'hui n'aperçoit plus que quelques vestiges, telle l'inscription qu'il peut encore lire sur la plaque d'un garde champêtre <sup>(86)</sup> ! Le phénomène de l'empiétement des juges sur l'autorité du législateur est étroitement lié à celui plus vaste de la dégénérescence de ce mythe de la loi. Il apparaît pour une part comme une conséquence <sup>(87)</sup> et pour une autre part comme un facteur <sup>(88)</sup> parmi tant d'autres de cette dégénérescence.

Cette décadence formelle de la démocratie se présente comme la face négative d'une double évolution dont l'autre face a nom progrès de la technocratie.

Ce progrès de la technocratie affecte d'autres formes plus spectaculaires : il suffit d'évoquer le fait bien connu du pouvoir détenu aussi bien sur le plan législatif que sur le plan administratif par les bureaux des ministères. Combien de lois votées par le Parlement se bornent à entériner les décisions mûries dans les bureaux, combien de réformes importantes interviennent par la voix de décisions gouvernementales qui n'ont jamais exigé ou n'exigeront plus désormais <sup>(89)</sup> cette bénédiction parlementaire. Pour être moins

(85) Decencière : « La Révolution mit tout en œuvre pour limiter à l'extrême le pouvoir des juges... la loi, régulièrement votée, la loi où s'incarnait la volonté générale pouvait seule définir les droits et les devoirs des hommes libres », *op. cit.*, *Rev. gén. de droit inf. public*, 1934, p. 162.

(86) Sur les circonstances et les étapes du discrédit de la loi depuis l'époque révolutionnaire. Cf. BURDEAU, « Essai sur la notion de loi en droit français » (in *Archives de philosophie et du droit et de sociologie juridique*, 1939, nos 1-2, p. 7 à 55); J. DE SOTO, « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1955 », *R.D.P.*, 1959, p. 240; WALINE : « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *R.D.P.*, 1959, p. 699.

(87) Cf. DECENCIÈRE, « ... C'est seulement depuis peu et sous l'influence de la poussée anti-démocratique qui caractérise notre temps, que les théoriciens ont osé remettre la jurisprudence à l'honneur et afficher un dédain méprisant pour la loi... sous l'influence de ce mouvement, les juges commencent à montrer plus d'indépendance, c'est-à-dire à empiéter sur l'autorité du Parlement » (*op. cit.*, p. 162).

(88) Cf. PILON, « Il y a dans le rôle créateur reconnu au juge un enseignement dangereux pour une démocratie... comment voulez-vous attendre des citoyens le respect de la loi s'ils savent que le juge lui-même se permet parfois de ne pas suivre la loi dans son texte et dans son esprit ? » (in *Le Code civil, Livre du centenaire*, 1904, t. II, p. 935 et s.).

(89) Cet état de choses n'est pas nouveau. Le passage de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République à celle de la V<sup>e</sup> l'a brutalement accentué : Cf. DURAND, *Etude précitée* (in *Semaine juridique*). LAVAU, « L'opposition difficile » (in *Esprit*, février 1959, p. 299 et s.). M. LAVAU souligne très justement le fait que nous assistons « à la brusque accélération d'un phénomène depuis longtemps en gestation : la prise du pouvoir par une fraction du groupe techno-bureaucrati-



visible, l'empiétement des juges sur les attributions du législateur n'en constitue pas moins une manifestation plus nette encore de la promotion des techniciens. Si les ministres sont, en effet, en principe au moins, responsables devant le Parlement des décisions que leur dictent les techniciens de leurs services, les juges administratifs ou judiciaires, techniciens du droit public ou du droit privé, n'ont, au contraire, de comptes à rendre à personne. C'est de ce point de vue qu'apparaît le plus clairement le caractère exorbitant du pouvoir conquis par eux sur un législateur défaillant : il est pour le moins étonnant que, dans un Etat qui se réclame de la démocratie, l'autorité de quelques dizaines de fonctionnaires recrutés au sortir des amphithéâtres de la rue Saint-Jacques ou de la rue Saint-Guillaume, et qui n'ont ensuite rien d'autre à redouter <sup>(90)</sup>, quelques quarante ou cinquante ans plus tard, que la rigueur de l'âge, supplante dans une très large mesure celle des élus du suffrage universel qui, eux, sont astreints tous les quatre ou cinq ans à solliciter du peuple une nouvelle délégation de sa souveraineté !

C'est en tant que techniciens du droit, hautement qualifiés pour déceler les imperfections des lois <sup>(91)</sup> votées par les représentants du peuple dont la compétence technique est certes trop généralement inférieure à la leur, que les juges prétendent au pouvoir de compléter, voire de modifier ces lois, et bénéficient dans cette audace d'un large appui de la part des théoriciens et des praticiens du Droit <sup>(92)</sup>.

que », p. 303). Aj. MARTIN, « Une nouveauté constitutionnelle : la distinction entre les domaines législatif et réglementaire », in *Revue pratique de Droit administratif*, décembre 1958 : « Nous pensons que l'actuelle formule constitutionnelle est la marque d'une évolution dans la gestion démocratique des affaires publiques. Les problèmes deviennent d'une telle complexité et d'une telle technicité qu'ils ne peuvent être résolus par une Assemblée... Le domaine de la loi doit désertir de plus en plus le technique pour monter à l'échelon supérieur des principes et pourrait-on même dire, de l'éthique politique. »

(90) Nous ne pouvons, en effet, suivre M. Ladreit de Lacharrière lorsqu'il écrit : « Les membres du Conseil d'Etat ne sont pas inamovibles. Le gouvernement est donc armé pour se défendre contre les empiétements de ce corps s'il s'en produisait. Les Conseillers d'Etat jouissent, dit-on, d'une inamovibilité de fait. Cela prouve que leur contrôle n'a jamais paru abusif aux hommes politiques au pouvoir. Si quelque conflit surgissait un jour, le gouvernement pourrait toujours user de la menace de révocation », *op. cit.*, p. 233.

(91) Cf. H. CAPITANT, « Comment on fait les lois aujourd'hui », *Revue politique et parlementaire*, 1927, t. XCI, p. 316. MIMIN, « Inadvertances législatives et casuistique judiciaire » in *La France judiciaire*, 1931, pp. 495-511-527.

(92) DECENCIÈRE, *op. cit.*, p. 192 (cf. « Le rôle de la jurisprudence dans la vie du droit », Journées d'inauguration de la section franco-italienne de la Société de législation comparée. Rapports et interventions publiés in *Revue int. de droit comparé*, avril-juin 1957, p. 411 et s.).

Sans  
table qu  
Il n'en r  
de faire  
beau s'a  
ques (9  
politiqu  
nécessai  
pas se d  
trop fac  
démocra

Nous  
mesurer  
appelle  
système  
inspiré  
penser q  
de voir

(93) C'e  
MM. Letou  
contribua  
suprêmes  
(in « La j  
Etudes et

(94) Air  
dans leque  
de 1926 su  
des « néce  
sans une  
l'Administ  
une foule  
la techniq  
d'Etat. Liv

(95) RRP



Sans doute, cette forme de technocratie est-elle moins redoutable que d'autres : elle peut même servir d'antidote à celles-là (93). Il n'en reste pas moins vrai et grave que, lorsqu'ils s'efforcent ainsi de faire prévaloir l'idée qu'ils se font du bien commun, les juges ont beau s'affirmer guidés exclusivement par des considérations techniques (94), la responsabilité qu'ils assument est une responsabilité politique. Assumant une responsabilité politique, les juges mènent nécessairement, consciemment ou non, une politique. Comment ne pas se demander si cette politique des juges ne risque pas d'aller trop facilement dans le sens d'une *décadence matérielle* de la démocratie ?

Nous ne saurions évidemment, dans le cadre de cette étude, mesurer même sommairement la gravité de ce risque. Son évaluation appelle une nouvelle enquête. Pourtant le seul fait de certain éloge systématique de la jurisprudence, directement et ouvertement inspiré par une préoccupation conservatrice (95), nous donne à penser que de ce dernier point de vue il est sans doute encore permis de voir dans cette jurisprudence une *source abusive de droit*.

(93) C'est ainsi, par exemple, que deux membres éminents du Conseil d'Etat, MM. Letourneur et Guionin, ont justement mis en relief les garanties que les contribuables français trouvèrent après 1940 auprès des juges administratifs suprêmes contre l'omnipotence abusive de « l'Administration-législateur » (in « La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de contributions directes. » Etudes et documents, 1947, fascicule 1, p. 69 et s.).

(94) Ainsi, lorsque M. Bernard Gény semble justifier le surprenant mépris dans lequel le Conseil d'Etat tint la volonté exprimée par les auteurs du décret de 1926 sur les régies municipales par la considération, qui aurait été la sienne, des « nécessités de la vie administrative qui ne sauraient s'accommoder du moins sans une adaptation préalable de l'ensemble des rouages et des méthodes de l'Administration, de la dispersion des efforts de collectivités locales à travers une foule d'activités étrangères à l'intérêt général » (in « De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif. » *Le Conseil d'Etat. Livre jubilaire*, p. 283).

(95) RIPERT : « Les forces créatrices du droit », (L.G.D.J., 1955).