

INSTITUT GRAND-DUCAL  
Section des sciences morales et politiques

---

**La jurisprudence,  
source de droit**

*par le professeur Henri BATIFFOL*

*Conférence publique faite le 16 mai 1979  
par M. Henri BATIFFOL  
Professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences  
à Paris*

1982

---

Imprimerie Saint-Paul, société anonyme, Luxembourg

1933

CONFÉRENCES  
DE LA FACULTÉ DE DROIT  
DE LA UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER  
CONFÉRENCES DE LA FACULTÉ DE DROIT

PAR M. HENRI HALLUÉ

SOURCE DE DROIT  
LA JURISPRUDENCE

SECTION DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES

INSTITUT GRAND-DUCAL

## Présentation de M. BATIFFOL

par M. C. HEMMER, Président de la Section

C'est pour la deuxième fois que la Section des sciences morales et politiques sort de la retraite recueillie dans laquelle se poursuivent généralement ses travaux pour présenter au public intéressé un conférencier de grande classe. En février 1977, dans cette même salle, le Dr Aurelio PECCEI a parlé des alternatives du futur selon le Club de Rome. Aujourd'hui nous avons la chance d'entendre un éminent juriste français de renommée universelle, le professeur Henri BATIFFOL sur le sujet «La jurisprudence, source de droit».

Ce n'est pas à moi qu'il appartient de vous présenter l'illustre conférencier, ni d'introduire le sujet sur lequel une illustration pertinente a été donnée aux membres de notre section, il y a quelques jours seulement, au cours d'une séance de travail dans laquelle notre éminent confrère, M. Pierre PESCATORE, a démontré comment, au fil d'arrêts successifs et en l'absence de dispositions spécifiques des traités, la Cour Européenne de Luxembourg, a progressivement développé la protection juridique des droits de l'homme au sein de la Communauté Européenne.

C'est notre président d'honneur M. Alphonse HUSS qui a bien voulu assumer la tâche de présenter le conférencier et de dire quelques mots d'introduction sur le sujet. C'est à ses efforts et ses relations, en effet, que nous devons la venue parmi nous, aujourd'hui, du professeur Batiffol et nul plus que lui ne serait qualifié pour introduire le sujet, important et difficile, sur lequel porte la conférence.

Qu'il me suffise donc de saluer, en votre nom à tous, très vivement le professeur Batiffol et de le remercier d'avoir affronté les fatigues du voyage et d'être venu nous parler d'un sujet qui fait partie du large éventail de ses études et de ses publications. Je voudrais également remercier Monsieur le Ministre de la Justice et de l'Education nationale

ainsi que Son Excellence Monsieur l'Ambassadeur de France et vous tous d'être venus constituer cet auditoire de haute classe réuni dans cette salle. Je remercie également M. Trausch, directeur de la Bibliothèque nationale, d'avoir bien voulu mettre cette salle à notre disposition.

Je passe la parole à Monsieur le président Huss.

## Introduction

par M. Alphonse HUSS, Président honoraire de la Section

Monsieur le Président,  
Excellences, Mesdames, Messieurs,

Il m'apparaît guère aisé de vous présenter un orateur de l'envergure de Monsieur le professeur Batiffol, dont la personnalité présente des aspects aussi marquants que variés et toujours remarquables. Je commencerai, selon l'usage, par le côté biographique.

Monsieur Henri Batiffol est né à Paris le 16 février 1905. Son père, Louis Batiffol, conservateur de la Bibliothèque Nationale, fut un historien réputé qui a laissé une oeuvre considérable sur l'histoire de Louis XIII et de Richelieu. Son oncle Mgr Pierre Batiffol, recteur de l'Institut Catholique de Toulouse, a écrit des pages remarquables et remarquées sur l'Église primitive et sur l'histoire de la liturgie. Il convient d'ailleurs de mentionner, parmi les proches de M. Henri Batiffol, un autre prêtre, son frère l'abbé Jean Batiffol qui mourut au camp de Mauthausen le jour même de la libération par l'armée américaine et dont on a dit qu'il avait été la «charité vivante».

En face de la lignée paternelle, vouée plutôt à l'étude de l'histoire, nous trouvons l'ascendance maternelle de Monsieur Henri Batiffol, dont la mère fut fille et petite-fille d'avocats à la Cour de Paris. C'est là sans doute que réside l'origine de sa propension si forte vers les sciences juridiques.

Mais nous avons aussi le privilège de pouvoir saluer aujourd'hui parmi nous la charmante épouse de notre conférencier, elle encore issue d'une famille qui a compté dans son sein un historien illustre, Ferdinand Lot. Inutile de vous dire que c'est elle qui a, en quelque sorte, coopéré aux travaux de son mari en lui procurant l'atmosphère propice à la préparation de son cours et à l'élaboration de son oeuvre scientifique. Ceci ne l'a pas empêchée d'élever quatre enfants et parmi

eux deux professeurs dont l'un enseigne l'économie politique à la faculté de Paris II et l'autre les mathématiques à l'université de Paris I.

Il m'a paru indispensable de situer ainsi, au point de vue familial, la personnalité de notre conférencier avant de fournir un aperçu, nécessairement sommaire, de sa carrière académique.

Monsieur Batiffol a été promu docteur en droit au printemps de 1929, sur un sujet du droit international privé et sous l'égide de l'inoubliable doyen Léon Julliot de la Morandière.

Agrégé des facultés en 1931, notre conférencier fut, la même année, nommé agrégé, puis professeur de la faculté de droit de Lille, dont il fut doyen de 1947 à 1950.

En 1950 il fut nommé professeur à la faculté de droit de Paris dénommée aujourd'hui «Université de droit, d'économie et de sciences sociales». Professeur honoraire depuis 1976, il continue, à l'ombre du Panthéon, de donner, à titre exceptionnel, des cours dans l'une des deux disciplines dans lesquelles ils s'est fait un nom qui a dépassé largement les frontières de son pays: le droit international privé, discipline à la pratique de laquelle il a joint celle de la philosophie du droit.

L'oeuvre scientifique accomplie par Monsieur Batiffol peut, sans exagération, être qualifiée d'immense et il semble proprement exclu de fournir ici la liste tant soit peu complète de ses publications, alors qu'au volume, intitulé «Choix d'articles», que ses amis lui ont offert au moment de sa retraite, leur énumération n'occupe pas moins de 24 pages imprimées. Aussi nous bornerons-nous à citer parmi les ouvrages publiés ceux qui jouissent à l'étranger, d'une notoriété particulière.

Comme nous l'avons déjà constaté, le domaine sur lequel a porté principalement l'activité de notre invité d'aujourd'hui a été le droit international privé, cette dénomination étant prise dans le sens large que lui donne la doctrine française et qui embrasse, outre les conflits de lois proprement dits, les conflits de juridiction et de procédure, la condition des étrangers et le régime de la nationalité.

Après de nombreuses notes de jurisprudence consacrées à cette discipline et de multiples études comme celle qui a paru en 1978, traitant des «conflits de lois en matière de contrats», Monsieur Batiffol a publié, pour la première fois en 1949, un «Traité élémentaire de droit international privé» dont la 2<sup>e</sup> édition, déjà augmentée, parut en 1955, pour être suivie de deux autres à une époque posté-

rieure. En 1970, rédigé avec le concours du professeur Paul Lagarde, autre internationaliste de renom, a paru le 1er tome de l'ouvrage intitulé «Droit International Privé» et faisant figure de 5e édition du traité élémentaire; le nouvel ouvrage le tome II a paru en 1971 et il a été suivi en 1974 d'une réédition du tome 1er. Depuis lors les nouvelles éditions se sont répétées.

Ces ouvrages consacrent la somme du droit international privé français contemporain, dont, depuis la mort prématurée de Jean-Pierre Nibayot, Monsieur Henri Batiffol a été l'animateur attitré. La doctrine qu'ils dispensent se distingue par la clarté théorique tout en étant proche des nécessités de la vie internationale. Elle est fondée sur une exploration approfondie du droit comparé et s'inspire d'une conception largement universaliste.

Estimant que cette discipline exige impérieusement l'étude approfondie des auteurs étrangers dans leur langue originale, Monsieur Batiffol n'a cessé de se perfectionner dans les langues étrangères, notamment en allemand et en anglais.

Il faut constater que, comme le journalisme, mais sans qu'il soit besoin d'en sortir, le droit international privé mène à bien des choses. En tout cas, en 1956, Monsieur Batiffol fait publier chez Dalloz une étude sur les «Aspects philosophiques du droit international privé», oeuvre dense mais combien attachante pour le juriste non rebuté par les dédales des conflits de lois. Cet ouvrage constitue la transition entre les deux disciplines favorites de notre orateur.

Il faut pourtant croire que l'ambiance spiritualiste dans laquelle avaient baigné ses jeunes années avait apporté à l'auteur l'aptitude et le goût requis pour traiter des problèmes philosophiques en connexion avec la science juridique en général. En 1960, paraît dans la collection «Que sais-je?», aux Presses universitaires de France, le petit volume dans lequel Monsieur Batiffol a concentré sa pensée sur la «Philosophie du droit», ouvrage dont la 4e édition, mise à jour, a paru en 1970 et où il fait oeuvre de vulgarisation de bon aloi, facilitant l'accès d'une branche fort abstraite mais évitant les simplifications abusives. Il n'en reste pas moins que, depuis lors, il a confié l'intégralité de sa pensée conçue dans ce domaine, à un grand «Traité de philosophie du droit».

Lorsque, l'année dernière, notre conférencier fut appelé à siéger au sein de l'Institut de France, à savoir à l'Académie des sciences morales et politiques pour y succéder à un autre juriste célèbre, feu

Henri Cassin, ses amis lui ont offert, selon l'usage, son épée d'académicien. Le revers du pommeau de cette arme porte en effigie le Lion des Pays-Bas. Car suivant les propres paroles de Monsieur Batiffol, la Hollande est la seconde patrie de ceux qui cultivent le droit international.

Cet emblème évoque, à vrai dire, le rôle de premier plan que Monsieur Batiffol a assumé dans les prestigieux travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé. Les délégués luxembourgeois à cette conférence, laquelle est devenue une institution permanente, il y a quelques décennies déjà, l'ont rencontré depuis 1951 et ont toujours été heureux de trouver chez lui une étonnante lucidité de la pensée alliée à une grande affabilité dans l'approche personnelle. Il était normal que ces activités à la Conférence se fussent doublées d'un cours sur les principes généraux du droit international privé, dispensé à l'Académie du droit international de La Haye, institution du curatorium de laquelle il fait d'ailleurs partie.

Monsieur Batiffol a prêté au surplus son précieux concours aux réalisations d'autres entités internationales comme les Communautés Européennes. Il est aussi membre et ancien vice-président de l'Institut de droit international. Sans doute apprendrez-vous aussi avec intérêt que Monsieur Batiffol est docteur h. c. des universités de Gand, de Vienne, de Hambourg, de Louvain, de Cologne, de Grenade et de Madère.

Ces indications éparses tentent de renseigner sur l'essentiel de l'oeuvre de Monsieur Batiffol. Toutefois, elles ne sauraient rendre compte de l'ensemble de ses innombrables activités.

Vous m'excuserez maintenant de ne pas peser sur la modestie de notre conférencier en vous décrivant plus amplement sa riche personnalité intellectuelle et morale. Je pense que vous serez en mesure de reconnaître celle-ci en écoutant l'exposé qu'il va nous faire.

# La jurisprudence, source de droit

*par le professeur Henri BATIFFOL*

*Conférence publique faite le 16 mai 1979 par M. Henri BATIFFOL  
Professeur à l'Université de Droit, d'Economie et de Sciences  
à Paris*

1914  
L'ÉCOLE NATIONALE D'ÉTUDES POLITIQUES ET ADMINISTRATIVES  
DE PARIS

LE 15 JANVIER 1914

LA PRÉFECTURE DE LA SEINE

# La jurisprudence source de droit

*Conférence publique faite le 16 mai 1979*

*par M. Henri BATIFFOL*

*Professeur à l'Université de Droit, d'Économie et de Sciences  
à Paris*

La question de savoir si la jurisprudence est source de droit dans nos systèmes juridiques de l'Europe occidentale peut paraître oiseuse: ne voyons-nous pas tous les jours les tribunaux résoudre des questions de droit dans le silence des textes légaux, ou s'appuyer sur de tels textes pour élaborer des solutions n'ayant avec eux que des liens indirects, lointains, artificiels?

Cependant la question subsiste, et les divisions sont sérieuses sur l'explication du phénomène; ces divisions fortifient les partisans de la réponse négative, tandis que leurs adversaires constatent que si l'explication n'est pas facile la réalité du fait n'est guère niable.

Elle ne peut l'être en tout cas et est affirmée comme règle de droit dans les pays de common law: les décisions judiciaires y sont la source première et principale du droit; les «statutes», c'est-à-dire les lois écrites, sont regardés comme sources secondaires, et à interpréter restrictivement dans la mesure où ils dérogent aux règles posées par les tribunaux. C'est la règle, posée par les tribunaux, de la force obligatoire du précédent: une décision judiciaire oblige aussi bien, dans une affaire nouvelle, les juges qui l'ont rendue que ceux qui sont subordonnés à la juridiction qui a résolu le cas précédent. Il serait bien extraordinaire que, sans aller jusqu'à une position aussi rigoureuse en droit, il n'y ait rien de comparable dans nos pays où est affirmée la valeur première — et pour beaucoup exclusive — de la loi écrite.

L'idée a cependant été combattue avec force sous la Révolution française. Nos ancêtres, héritiers d'une admiration sans borne pour les pouvoirs de la raison affirmés au XVIIIème siècle, rêvaient d'un code oeuvre de la raison raisonnante, simple et complet, proclamant des vérités nouvellement découvertes mais éternelles. Cette tendance convergeait avec le mauvais souvenir qu'avait laissé la jurisprudence

des Parlements sous l'Ancien Régime: elle était apparue compliquée, subtile, voire contradictoire et surtout incertaine parce que mal connue, et sans que les décisions soient nécessairement motivées; en fait elle prenait de grandes libertés avec les coutumes sinon même les ordonnances royales. Le souci d'équité qui pouvait inspirer ces libertés ne devait pas empêcher l'adage connu: «Dieu nous garde de l'équité des Parlements!» Il ne faut pas perdre de vue qu'un précédent vaut ce que valent ses motifs, et qu'une jurisprudence doit être régulièrement publiée pour qu'elle soit suivie. Aussi Robespierre disait-il qu'il fallait «bannir de notre vocabulaire ce mot de jurisprudence». En quoi il exprimait aussi et surtout la volonté que le législateur républicain ne se heurte pas chez les juges à des résistances que les rois avaient eu tant de peine à combattre: la législation nouvelle était la volonté du peuple et la souveraineté ne devait être en rien compromise par une interprétation fantaisiste ou tendancieuse.

Aussi bien le profane voit-il souvent mal comment la jurisprudence serait source de droit. Les tribunaux n'ont-ils pas pour mission d'appliquer la loi et non de la refaire ou d'y ajouter selon leurs propres vues? Aussi bien l'expérience est faite de la peine qu'ont les étudiants débutants à comprendre que la juridiction dite de cassation ne connaît que des questions de droit, et non de fait: les tribunaux ont à départager les parties en vertu de la loi, la distinction du fait et du droit n'apparaît pas avec évidence. Et nous savons en effet qu'elle n'est pas simple sur plus d'un point; elle est ignorée dans beaucoup de pays quant à la détermination des pouvoirs de la juridiction suprême.

Devant ces doutes, ces questions, il paraît nécessaire de prendre d'abord parti sur le fait: la jurisprudence est-elle effectivement source de droit? — quelles que soient les explications qu'on en donne. La réponse affirmative paraît une de ces évidences dont on s'étonne qu'elle puisse encore être mise en doute. Pour prendre des exemples voyants, que serait dans nos pays le droit de la responsabilité civile, le droit administratif — en tout cas français — le droit international privé — au Luxembourg comme en France? Il est banal de rappeler sur la responsabilité civile que l'article 1384 du Code Napoléon a reçu en France une interprétation audacieuse et subtile, mais après de longues hésitations, interprétation dont la teneur a considérablement évolué par la suite. Ces solutions constituent le droit positif français, non le droit positif belge ou luxembourgeois, malgré l'identité du texte de départ.

On le vérifie en droit international privé quand il y a lieu d'appliquer une loi étrangère: si un juge allemand doit appliquer à un accident survenu en France le droit français de la responsabilité délictuelle, il serait bien étrange que le juriste français consulté à ce sujet se borne à lui recopier les articles 1382 et suivants du Code civil sans un mot sur le monument jurisprudentiel qui s'est bâti à leur propos. Aussi bien la convention européenne du 7 juin 1968 organisant un système d'entraide internationale pour l'obtention d'informations sur le droit étranger prévoit-elle que l'autorité consultée devra donner les textes *et les décisions s'y rapportant*, éventuellement commentées (article 4, alinéa 2).

Ceci amène à une constatation qui va au-delà de l'existence du phénomène et concerne sa consistance: la portée d'une loi, son sens exact, ne sont déterminés que par la jurisprudence: on ne les connaît sûrement en droit positif que quand les tribunaux se sont prononcés. C'est ce que la tradition, même à l'époque dite de l'exégèse, de la fidélité religieuse aux textes, appelait l'interprétation de la loi. Il y a un curieux contraste entre l'aspect marginal de cette opération d'interprétation, et son importance effective et primordiale.

L'opération apparaît marginale en ce que *interpréter* signifie expliquer ce que l'auteur du texte a voulu dire, c'est aussi vrai pour l'interprétation littéraire ou philosophique. Mais pourquoi alors ne l'a-t-il pas dit lui-même? Sous cet aspect l'interprétation juridique ne serait nécessaire que pour les textes mal faits, imprécis, obscurs. Une bonne législation devrait se passer de jurisprudence. Or le fait est que cette ambition, exprimée par Robespierre, et par d'autres aussi dans l'histoire, est irréalisable. L'existence de la jurisprudence est un fait trop constant pour être marginal.

En effet l'opération dite d'interprétation a un caractère central dans la vie du droit. L'expérience du XIX<sup>e</sup> siècle a mis en un relief particulier cette vérité connue depuis les débuts du droit romain. En effet la révolution industrielle du siècle dernier a engendré une évolution économique et sociale si rapide que la nécessité de l'adaptation des règles de droit aux conditions nouvelles s'est manifestée avec une évidence particulièrement frappante. Qu'il suffise d'évoquer le quasi mutisme du Code Napoléon sur le contrat de travail, auquel il consacre deux articles (1780 et 1781) l'un et l'autre d'ailleurs bien malencontreux, et son mutisme complet sur le contrat d'assurance en dehors du droit maritime.

Le problème est central en ce que les règles de droit ont un caractère général puisqu'elles s'adressent à une pluralité de destinataires, s'agissant de régler des relations entre membres d'une société donnée. Mais les cas soumis aux tribunaux sont nécessairement singuliers parce que les différends naissent à l'occasion d'actes individuels accomplis dans des circonstances déterminées, ayant leurs caractères propres. Or la singularité des situations soulève fréquemment le doute sur l'applicabilité de telle ou telle règle générale: c'est le problème de la valeur de notre pensée par concepts abstraits. Le doute est si fréquent qu'il est la cause même des différends soumis aux tribunaux, quand ces différends ne se confinent pas exclusivement à l'existence des faits. Il est de même la raison d'être des avis que les conseils juridiques sont amenés à donner à leurs clients qui leur demandent si tel contrat ou telle autre opération peut être entreprise sans risque de contestation juridique.

Le problème est si certain que la généralité des règles de droit a souvent fait l'objet de contestations théoriques et pratiques. Théoriquement il a été soutenu qu'une société ne pouvait se passer de juges, mais que ceux-ci pouvaient se passer de lois, décidant en chaque cas concret selon l'équité et le bon sens. C'est faire assez bon marché de la prévisibilité, et oublier l'expérience de l'«équité» des Parlements. Pratiquement la contestation est surtout question de mesure: les Anglo-Saxons craignent fortement toute règle dont la généralité leur paraît couvrir des domaines hétérogènes appelant des régimes propres. Dans nos pays il est souvent soutenu que les lois doivent laisser aux tribunaux une grande liberté d'appréciation en étant rédigées en termes d'une certaine généralité — ce qui est assurément vrai, mais inégalement, selon les domaines.

Il est assez clair que cette articulation de la règle générale aux juger même en cas de «silence», «d'obscurité» ou d'«insuffisance» de formelle: la formation des concepts, qui, selon Aristote, part de l'observation des cas concrets. Or cette élaboration est plus ou moins facile suivant les matières considérées: autant les concepts mathématiques sont rigoureux, autant la rigueur diminue avec les sciences de la nature et encore plus avec les sciences humaines et sociales. Et c'est pourtant la voie nécessaire de la pensée.

D'autre part les lois sont multiples, édictées à des époques différentes par des autorités différentes: il est inévitable qu'elles présentent des doubles emplois, c'est-à-dire des contradictions, si deux solutions différentes sont données pour une même question, et des lacunes —

quelque discussion que cette dernière notion ait soulevée. C'est aux tribunaux qu'il appartient de résoudre les problèmes qui en résultent pour contribuer à faire du droit en vigueur, sinon un système au sens formel du terme du moins un ensemble qui ne soit pas incohérent: il y a là une condition indispensable à la prévisibilité, et aussi à l'équité en ce que l'incohérence applique des idées différentes à des situations semblables. Et d'ailleurs quand on parle d'interprétation littéraire, philosophique, musicale, théâtrale, ne s'agit-il pas de retrouver selon des analyses qui peuvent différer, l'unité d'une pensée, la cohérence d'une inspiration?

Le fait que la jurisprudence est une source de droit paraît donc établi, et non comme un accident remédiant à des défauts que des lois bien faites pourraient et devraient éviter, mais comme répondant à la mission fondamentale du droit qui est de soumettre les actions individuelles à des règles générales.

La négation du fait est d'ailleurs rare aujourd'hui — inconnue naturellement dans les pays de common law. Et cependant Gény n'a pas osé l'affirmer, alors que l'essentiel de son oeuvre a été de combattre, et avec succès, la prétention de trouver dans la loi écrite la solution de tous les problèmes qui se posent. Il n'a vu timidement dans la jurisprudence qu'une coutume, et on reviendra ci-après sur les défauts de cette qualification. Comme on l'a observé, Gény, malgré son esprit critique, restait un homme de son temps: la souveraineté populaire qui s'exprime dans la loi écrite ne doit pas être compromise par les initiatives des tribunaux.

L'école sociologique qui est apparue au début du siècle sous l'influence de Durkheim, a lutté pour la reconnaissance des règles de droit extra-légales, citant avec la coutume, les usages, les contrats-types et très précisément la jurisprudence. Et, comme il a été relevé, le résultat positif principal de l'oeuvre de Gény a été une prise en considération accrue de la jurisprudence — qui d'ailleurs s'était manifestée auparavant, et notamment dans le dernier quart du XIXe siècle.

Si donc le fait n'est guère plus contesté, la discussion subsiste sur son analyse: la jurisprudence n'usurpe-t-elle pas un pouvoir législatif qui ne lui est pas conféré. Ou est-ce vraiment du droit qu'elle crée?

Sur la première question des auteurs ont proposé l'idée de délégation: le législateur a délégué aux juges le pouvoir de compléter la loi. Une telle notion est de celles dont le caractère artificiel est

patent, et justifie un reproche souvent adressé aux juristes de se contenter de mots: singulière délégation dont le déléguant n'a pas conscience de l'avoir donnée et le délégué de l'avoir reçue. Aussi bien est-elle contraire à l'article 5 du code civil prohibant les arrêts de règlement.

Il est vrai que bien souvent le législateur laisse consciemment aux tribunaux le soin d'apprécier si les faits entrent ou non dans une formule que ses auteurs ne sont pas parvenus à élaborer avec la précision qui aurait été souhaitable. Mais il ne s'agit en soi que de l'analyse des faits pour savoir s'ils entrent dans le domaine de la formule plus ou moins précise, et une telle analyse a toujours été regardée comme appartenant au pouvoir judiciaire. Mais le législateur n'a jamais donné délégation aux juges d'énoncer des règles juridiques non écrites dans les lois ou de donner aux textes de ces dernières un sens différent de leur lettre.

Une autre variante de cette explication a été proposée: le silence du législateur devant une jurisprudence novatrice ou même audacieuse signifierait qu'il l'approuve, et lui donnerait donc valeur légale. La part de vérité que contient cette suggestion est que le Parlement peut voter une loi brisant une jurisprudence qui lui déplaît. Mais en fait dans l'immense majorité des cas il ignore les solutions jurisprudentielles, de sorte que la signification attachée à son silence est encore une de ces explications purement verbales. Et qu'est-ce qu'une loi qui ne serait pas votée, promulguée et publiée?

La seconde question posée est celle de savoir si les arrêts de la Cour de cassation énonçant des formules générales posent véritablement des règles de droit ayant valeur obligatoire en droit positif. Les juges, même sur renvoi après cassation ne sont-ils pas libres de décider comme ils l'entendent des questions de droit?

Gény, on l'a dit, y a vu une forme de coutume. Il y aurait beaucoup à dire sur le rôle réel d'une coutume dans un système pourvu d'un pouvoir législatif (qu'on pense au cas d'une coutume contraire à la loi), et d'un pouvoir judiciaire maître d'apprécier si une coutume est conforme à la loi, ou dans le silence des textes, raisonnable et équitable.

Mais surtout la jurisprudence n'est pas une coutume pour la raison que cette notion implique la répétition des mêmes actes depuis un temps immémorial, ou en tout cas très long. Or dans les systèmes juridiques pourvus d'une juridiction chargée de l'unification du droit,

un arrêt de cette juridiction rendu en termes clairs et précis après une division marquée des juridictions subordonnées et des commentateurs suffit à fixer la jurisprudence pour une durée indéterminée.

D'autre part la coutume, sur le fond, est un droit «spontané», c'est-à-dire qui résulte de l'attitude de ceux auxquels il s'applique; et c'est la cause de l'intérêt majeur que lui portent les sociologues. Au contraire la jurisprudence résulte de décisions délibérées prises par une autorité étatique, et qui s'appliquent à des destinataires autres que ceux qui les ont formulées. Or la coutume vaut, dans une conception rigoureuse, par sa seule existence; les solutions jurisprudentielles résultent au contraire d'appréciations portées sur l'équitable et l'utile. Le contraste est manifeste.

Pour trouver une explication du fait que la jurisprudence crée les règles de droit, il faut revenir à la notion de droit positif. Si, comme on l'a rappelé, le droit positif consiste en des règles générales posées par l'autorité étatique pour régir des conduites individuelles, il faut constater que l'activité jurisprudentielle répond à cette notion.

Quand la Cour suprême approuve une décision, c'est parce qu'elle l'estime conforme à une règle générale, normalement écrite dans la loi; mais les formules légales ont souvent besoin d'être interprétées, c'est-à-dire aménagées, adaptées — et l'adaptation peut parfois aller très loin par rapport au sens apparent du texte.

Dans le silence de la loi l'article 4 du Code civil oblige le juge à statuer. Il n'a jamais été soutenu sérieusement que les tribunaux pourraient alors décider selon leur sentiment de l'équité. Aussi bien l'obligation de motiver leurs jugements appelle-t-elle autre chose. Dans le souci de respecter le droit positif, les tribunaux se réfèrent souvent à un «principe» qu'ils dégagent d'applications particulières trouvées dans la loi: c'est le cas connu de la notion générale d'enrichissement sans cause. Mais aussi les tribunaux élaborent selon leur conception du juste ou de l'utile des formules proprement nouvelles. Qu'on évoque simplement ici toute la jurisprudence qui a construit le droit international privé.

Peut-on parler d'usurpation? Il semble que non si on retient qu'interpréter la loi est indissociable de son application. Le législateur le sait ou doit le savoir. Nous avons repoussé l'idée de délégation parce qu'elle méconnaît que la jurisprudence a une mission propre, qui est de compléter et d'adapter la loi pour l'appliquer aux cas concrets. Cette mission doit certes être accomplie avec le sens du loyalisme dû à la volonté du législateur. Mais toutes les causes qui

obligent à interpréter conduisent à reconnaître la réalité du pouvoir des tribunaux. La limite extrême est qu'ils ne doivent pas donner à un texte une interprétation qui le priverait de toute possibilité d'application: c'est un argument sérieux pour l'avocat qui oppose à son adversaire que l'interprétation proposée par lui aboutirait à ce résultat.

Quand il s'agit de solutions proprement nouvelles parce que ne trouvant dans les textes écrits qu'un appui si lointain qu'il est pratiquement inexistant, la justification de l'initiative des tribunaux cas singuliers constitue une opération élémentaire de la logique se trouve dans l'article 4 précité. Le texte prévoit l'obligation de la loi. Le bon sens des rédacteurs du Code leur a fait penser qu'ils ne pouvaient tout prévoir, et ont mentionné le silence en tête de l'énumération.

Les motifs des décisions, et principalement de la Cour suprême, énonçant une proposition générale qui justifie le dispositif, constituent donc bien des affirmations sur des questions de droit émanant d'une autorité étatique agissant dans le cadre de ses pouvoirs.

Certains doutent cependant qu'il s'agisse vraiment de règles de droit. En droit les tribunaux, on l'a rappelé, restent libres de ne pas s'incliner devant les décisions de la Cour suprême, et celle-ci est libre de se déjuger.

En fait cependant les tribunaux s'inclinent la plupart du temps devant une jurisprudence claire et ferme, pour ne pas imposer aux parties les frais frustratoires d'un recours jusqu'à la Cour suprême. Et celle-ci ne se déjuge pas — au moins avant un certain temps, ayant conscience du trouble qu'elle créerait par des revirements inattendus.

Mais alors ne s'agirait-il que d'une simple prudence dans les juridictions subordonnées, et d'une sorte de pudeur au niveau de la juridiction suprême? Ce serait un fait et non pas l'affirmation d'un devoir être, que le droit a été dit.

Certes les mobiles des juges peuvent être variables ou mélangés, mais il reste que la Cour suprême a fondé sa position sur une proposition générale; et si le cas nouveau entre dans le cadre de cette proposition il doit être résolu selon cette formule parce qu'elle est réputée exprimer le juste et l'utile par l'autorité qui en a la mission. Sans doute les juges restent libres en droit français de résister, et cette liberté a plus d'une fois été fructueuse, amenant la Cour suprême à reconsidérer sa position quand les résistances se multipliaient. Mais

si la mission de la Cour suprême est d'unifier la jurisprudence tant par l'interprétation que par la création des règles, elle travaillera par la clarté de ses arrêts à convaincre les juges que sa solution est fondée sur des motifs qui devraient rallier la majorité des esprits. C'est encore une question d'idées, de justice, donc de droit. Sans doute dans des pays comme la France les arrêts de la Cour de cassation, et encore plus ceux du Conseil d'État, sont d'une brièveté souvent déconcertante, mais ils sont éclairés ou peuvent l'être, par les conclusions du Ministère public, les observations du Conseil rapporteur et celles des commentateurs.

La Cour régulatrice a aussi la liberté de se déjuger, et il existe des revirements de jurisprudence. Mais les membres de la haute juridiction ont beaucoup trop le sentiment de leur responsabilité pour le faire à la légère. Ils sont conscients qu'ils doivent guider les tribunaux, et qu'un revirement n'est justifié que quand une expérience prolongée a montré les inconvénients de la solution antérieurement adoptée, notamment parce que les circonstances économiques et sociales ont changé. Il est d'ailleurs très remarquable que la Chambre des Lords, par une déclaration remarquée en 1966, a annoncé qu'elle ne se considérerait plus à l'avenir comme rigoureusement tenue en droit de se conformer à ses propres précédents.

La jurisprudence est le droit vivant, se formant au contact des faits. Il ne s'ensuit pas qu'une législation cherchant à résoudre l'ensemble des problèmes, ou du moins à donner un cadre pour répondre aux questions nouvelles, ne soit pas nécessaire. Il est des questions que seule la loi peut convenablement résoudre. Qu'on pense aux règles de constitution des sociétés: l'expérience des pays de common law à cet égard est instructive. Mais la coexistence d'un droit législatif et d'un droit jurisprudentiel et leurs relations mutuelles montrent la complexité du phénomène juridique et l'intérêt de son étude.

