

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

[http://www.cairn.info/article.php?ID\\_REVUE=POUV&ID\\_NUMPUBLIE=POUV\\_126&ID\\_ARTICLE=POUV\\_126\\_0087](http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=POUV&ID_NUMPUBLIE=POUV_126&ID_ARTICLE=POUV_126_0087)

---

## Loi et jurisprudence

par Nicolas MOLFESSIS

| Le Seuil | Pouvoirs

2008/3 - n° 126

ISSN 0152-0768 | ISBN 9782020948685 | pages 87 à 100

---

Pour citer cet article :

– Molfessis N., Loi et jurisprudence, Pouvoirs 2008/3, n° 126, p. 87-100.

---

Distribution électronique Cairn pour Le Seuil.

© Le Seuil. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

## LOI ET JURISPRUDENCE

L'étude des rapports de la loi et de la jurisprudence constitue assurément l'un des thèmes favoris de la doctrine française. Ouverte aux publicistes autant qu'aux privatistes, aux théoriciens du droit comme aux praticiens, la réflexion sur leurs relations s'offre comme un objet inépuisable, où les controverses peuvent s'épancher à loisir. Les problématiques les plus diverses se jouent ici, dans ce rapport de sources du droit qui, selon les cas, se complètent ou se concurrencent, se stimulent ou s'opposent.

87

Leurs rôles respectifs étaient pourtant censés être clairement distribués et distincts. Portalis, qui aimait la jurisprudence bien plus que la plupart de ses contemporains, devait ainsi exposer la répartition de leurs territoires: «Un juge est associé à l'esprit de législation; mais il ne saurait partager le pouvoir législatif. Une loi est acte de souveraineté; une décision n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature. Or, le juge deviendrait législateur s'il pouvait par des règlements statuer sur les questions qui s'offrent à son tribunal. Un jugement ne lie que les parties entre lesquelles il intervient: un règlement lierait tous les justiciables et le tribunal lui-même<sup>1</sup>.» C'est la prohibition des arrêts de règlement qu'il souligne ainsi, cet interdit sur lequel repose, dans notre système juridique, toute la relation entre le juge et la loi. L'idée est avant tout constitutionnelle; la séparation des pouvoirs ne saurait tolérer que le juge se fasse législateur. Elle est aussi procédurale: la décision de justice ne constitue pas une contrainte à l'encontre d'autres que les parties au procès. L'autorité relative de la chose jugée est l'attribut de la décision et la limite du pouvoir officiellement reconnu à la jurisprudence. Dans cette approche, la jurisprudence

---

1. Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires au code civil*, Paris, 1827-1836, t. V, p. 67.

n'est certes pas une « puissance nulle », selon la conception de Montesquieu, voire un mot « qui doit être effacé de notre langue »<sup>2</sup>; mais elle reste subordonnée à la loi, dans une position de soumission qui l'empêche de devenir source et d'acquérir son autonomie.

88 Ce schéma harmonieux, que le célèbre Discours préliminaire au code civil exposera remarquablement, est évidemment loin de refléter ce qui adviendra. Le tableau idéal d'une jurisprudence qui se contenterait d'appliquer la loi dans un esprit fécond de collaboration avec le législateur reste une utopie de théoriciens. Loin de dépeindre la réalité, il masque, difficilement au demeurant, les figures bien distinctes que la doctrine a depuis longtemps décrites : celle d'une jurisprudence qui complète la loi, qui la combat souvent même, selon des formes variées et inventives ; celle d'une loi qui, en réaction, peut être conduite à défaire la jurisprudence et à désavouer ses solutions. Entre la loi et la jurisprudence, les relations sont multiples, variables, changeantes. Elles ne sauraient se réduire à un schéma univoque et figé. Elles sont la vie du droit et la marque des mouvements de notre système juridique.

De même, on aura beau prétendre que la jurisprudence ne saurait être une source du droit, son pouvoir créateur est bien évident. Pendant plus d'un siècle, la doctrine française a débattu de sa place dans notre système de sources et tenté d'expliquer ce passage de la décision à la règle. Comment comprendre qu'une décision liant deux justiciables puisse participer à la formation du droit ? Le mystère de la jurisprudence a nourri le dialogue de la doctrine : Gényn, Esmein, Waline, Maury, Carbonnier, Hébraud..., les plus grands esprits ont débattu de l'intrusion de la jurisprudence dans les modes d'élaboration du droit. Pendant ce temps, son poids ne cessait d'ailleurs de s'accroître à mesure, pourrait-on penser, que la loi voyait le sien diminuer. C'est un truisme de dire que le légalisme d'hier s'est érodé tandis que la nomophilie passait de mode. Le bouleversement des sources du droit a nettement entamé la confiance placée dans la loi, cette source censée être supérieure à toute autre. Mais ce n'est pas dire pour autant, on y reviendra, que la jurisprudence a su conquérir les esprits.

Au sein de cette évolution, 1958 ne constitue pas une date charnière.

---

2. Robespierre, Séance du 18 novembre 1790, Archives parlementaires, 1<sup>re</sup> série, t. XX, p. 516. La suite est fameuse : « Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi : alors il y a toujours identité de jurisprudence. »

Le changement de Constitution n'apparaît pas avoir ouvert une ère nouvelle ou marqué une quelconque rupture dans l'histoire des relations entre la loi et la jurisprudence. Comment, dès lors, l'anniversaire du demi-siècle pourrait-il mériter les bougies ? Pourtant, durant ces cinq décennies, loi et jurisprudence ont totalement changé de visage. La V<sup>e</sup> République les a vues se métamorphoser. Les deux sources cardinales ont été prises dans l'emballement de notre droit contemporain, qui a vu advenir les sources européennes du droit, décliner le droit légiféré, se développer le droit constitutionnel, se multiplier les autorités administratives indépendantes et la réglementation qu'elles secrètent, se propager la codification à droit constant, se développer les ordonnances... Depuis un demi-siècle, les bouleversements des sources du droit ont été aussi importants que ceux qui ont affecté le fond du droit. Les rapports de la loi et de la jurisprudence s'en sont trouvés nécessairement transformés, profondément même.

89

À ce titre, leurs relations se sont tant modifiées qu'elles laissent dorénavant percevoir l'avènement d'une ère nouvelle dans notre système juridique. Parmi les nombreux facteurs de cette évolution, le texte constitutionnel n'est pas resté étranger à ces bouleversements. L'avènement et l'essor du contrôle de constitutionnalité confèrent en effet à la Constitution une place nouvelle dans les relations de la loi et de la jurisprudence.

#### L'ÉVOLUTION DES RELATIONS ENTRE LA LOI ET LA JURISPRUDENCE SOUS LA V<sup>e</sup> RÉPUBLIQUE

Si l'on considère que l'histoire moderne des rapports entre loi et jurisprudence s'ouvre avec le code civil, on la fera donc débiter par la soumission de la seconde à la première. On sait ici l'importance de l'héritage révolutionnaire et la défiance à l'égard du juge qu'il légua au XIX<sup>e</sup> siècle. Nul besoin d'y insister. L'article 5 du code civil s'en fera le messager, censé empêcher la jurisprudence de se prendre pour la loi et permettre que soit inscrite dans le code fétiche la subordination statutaire du juge. Dans les rapports de la loi et de la jurisprudence, celle-ci est alors dans une position de domination, sinon d'étouffement. La procédure du référé législatif le manifesta de la façon la plus tranchée, qui vint priver les tribunaux du pouvoir d'interpréter la loi et d'en être ainsi les traducteurs naturels. La subordination pouvait-elle s'exprimer plus nettement que dans cette

nécessité faite aux juges d'en référer au législateur pour déterminer la signification de la loi ?

C'est précisément la conquête du pouvoir d'interprétation qui permettra le passage au deuxième âge de la jurisprudence<sup>3</sup>. La disparition du référé législatif et l'abandon du fétichisme de la loi écrite jetteront les bases d'une nouvelle ère. Les nécessités économiques et sociales feront le reste. C'est ainsi le XIX<sup>e</sup> siècle finissant qui voit naître la jurisprudence dans sa version moderne. Les insuffisances du code civil, le rôle de la révolution industrielle, l'essor d'une approche sociale du droit, le renouveau de la théorie de l'interprétation auront ainsi contribué à faire advenir la jurisprudence. La conjonction de tous ces facteurs est trop connue pour mériter d'y insister.

90 Aussi, quand la V<sup>e</sup> République voit le jour, la jurisprudence a déjà opéré sa mue. Gény est passé par là, auquel on prêterait sans doute bien plus qu'il n'accordait lui-même au pouvoir du juge. Divers grands arrêts ont permis à la jurisprudence d'acquérir ses lettres de noblesse. *Jand'heur* aura montré, mieux que tout autre, comment un *corpus* juridique peut trouver son enracinement dans une décision de justice<sup>4</sup>; c'est le pouvoir normatif de la jurisprudence dans sa pureté : d'une phrase de transition égarée dans le code civil naît tout le droit de la responsabilité du fait des choses. Comme le relève Carbonnier, « le régime de 1958 a trouvé la jurisprudence à l'étiage déjà considérable où elle était parvenue, avec un statut généralement reconnu de véritable source du droit. Dans les années qui ont suivi, la montée du phénomène s'est continûment amplifiée<sup>5</sup> ». La V<sup>e</sup> République sera ainsi à son tour jalonnée de ces grands arrêts que Capitant avait souhaité mettre en lumière, parce qu'ils sont le droit en mouvement. *Blieck* à lui seul suffirait à montrer la continuité dans la création prétorienne, exploitant à son tour le même membre de phrase que *Jand'heur*. De rien ou de si peu, le juge fait le droit. Sous cet aspect, rien ne change sous la V<sup>e</sup>. Mais sous cet aspect seulement.

Car, au troisième temps, la jurisprudence contrôle la loi. Il n'a pas suffi au juge d'en être l'interprète triomphant, de s'être autorisé à suppléer ses lacunes ou à la compléter. Il en contrôle désormais la vali-

3. Voir Philippe Rémy, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, n° 107, p. 22 sq. L'auteur retrace les étapes de l'histoire de la jurisprudence.

4. « Le plus grand des très grands arrêts », avance Jean Carbonnier, *Introduction au droit*, PUF, « Thémis », 2002.

5. Jean Carbonnier, *Droit et Passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 1996, p. 58.

dité. Le juge se saisit de textes supra-législatifs pour faire la leçon à la loi. Le mouvement, cette fois, apparaît sous la V<sup>e</sup> République. Les droits fondamentaux offrent ainsi une arme nouvelle, sans équivalent puisque le juge se voit autorisé à « écarter » la loi. Le voici habilité à donner une leçon de démocratie au législateur. Cette nouvelle étape constitue un changement considérable, dont on n'a sans doute pas encore montré toutes les implications. Elle met la loi en situation de sujétion. Plus encore, cette même loi devient source de suspicion, puisqu'il faut comprendre qu'elle pourrait bien être attentatoire aux droits et libertés. Elle n'était déjà plus l'alpha et l'oméga du droit positif depuis longtemps ; la voilà parfois contraire au droit positif lui-même, puisqu'elle doit céder devant des droits plus forts qu'elle. Le juge, dans cette affaire, devient « gardien » des droits et libertés. Changement d'office.

Le juge ne s'en contentera pas pour imposer des droits substantiels à la loi. Il y puisera aussi de quoi défendre la jurisprudence elle-même contre les interventions du législateur. Alors que l'on considérerait classiquement que la loi peut toujours défaire la jurisprudence – rendre « caduque la règle jurisprudentielle contraire », disait Waline<sup>6</sup> –, voici que l'ordre des choses s'inverse. Le contrôle des lois de validation ouvre ainsi sur un changement de hiérarchie. Jusqu'alors en effet, la loi de validation marquait la réaction du législateur face à la jurisprudence et donc son aptitude à en résorber les méfaits. Son contrôle signera, en sens inverse, la réplique de la jurisprudence. Pour faire prévaloir la sécurité juridique, le juge peut alors restreindre l'imperium de la loi, en s'arrogeant le droit de déterminer, en dernier ressort, qui de la jurisprudence ou de la loi doit prévaloir. Plus encore, le juge, qui n'entend pas laisser à la loi le dernier mot, prétend même déterminer si elle sert ou non l'intérêt général. En contrôlant les « motifs impérieux d'intérêt général », il inspecte la loi, jusques et y compris dans ses fondements démocratiques<sup>7</sup>.

Au reste, que le législateur ne tente pas de biaiser la jurisprudence en recourant à la loi interprétative : la Cour de cassation a montré qu'elle n'entendait pas être prisonnière de la qualification donnée. Toute l'évolution des rapports entre la loi et la jurisprudence s'exprime dans cette décision du 23 janvier 2004 de l'assemblée plénière :

6. Marcel Waline, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *Études en l'honneur de G. Scelle*, II, p. 612 *sq.*, spéc. n° 22, p. 629.

7. Ass. plén., 24 janvier 2003, *Bull. civ.*, ass. plén., n° 2 et n° 3 ; D, 2003, 1648, note S. Pariat-Pioux.

« Si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges; que cette règle générale s'applique quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même lorsque l'État n'est pas partie au procès;

92 Attendu qu'il ne résulte ni des termes de la loi ni des travaux parlementaires que le législateur ait entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours; que dès lors, la cour d'appel, peu important qu'elle ait qualifié la loi nouvelle d'interprétative, a décidé à bon droit d'en écarter l'application; que par ces motifs substitués à ceux de la décision attaquée, l'arrêt se trouve justifié...<sup>8</sup>. »

La rétroactivité est ainsi devenue l'occasion d'une lutte entre la loi et la jurisprudence. C'est d'ailleurs cette même question que l'on retrouve dans une quatrième étape.

Au quatrième temps, la jurisprudence se veut loi. Elle n'est pas seulement normative; elle reconnaît qu'elle l'est. D'où une approche bien davantage politique, consistant à tirer les conséquences de ce statut assumé de source du droit. C'est l'âge adulte d'une jurisprudence qui revendique alors son aptitude à être norme pour en tirer les conséquences. Diverses illustrations, apparemment différentes, marquent une inspiration commune dans le sens de cette profonde mutation. Mais elles témoignent aussi du fait que la jurisprudence, dans ce mouvement, subit le décalage notable entre le rôle qu'elle revendique et son statut. Et de cet écart entre le rôle et le statut de la jurisprudence naît le trouble du système juridique. La V<sup>e</sup> République a sans nul doute accouché d'une nouvelle jurisprudence, différente de celle qu'abritaient les temps antérieurs. Mais celle-ci produit de la norme sans en avoir les moyens ni les procédures. Elle sécrète du droit dans un système juridique qui subit une crise de la normativité, entre droit régulé et droit supranational.

L'avènement d'une modulation dans le temps des revirements de jurisprudence est sans doute le signe le plus net de l'institutionnali-

8. Ass. plén., 23 janvier 2004, *Bull. civ.*, ass. plén., n°2.

sation de la jurisprudence comme source déclarée. Du côté de l'ordre judiciaire, on sait que l'assemblée plénière de la Cour de cassation a ainsi admis qu'une cour d'appel avait à tort écarté un moyen de prescription tout en jugeant concomitamment que « la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge<sup>9</sup> ». La solution entend ainsi reporter l'application dans le temps d'une règle que la Cour de cassation a elle-même imposée. Elle regarde, en miroir, l'évolution que promeut, à son tour, la jurisprudence du Conseil d'État.

La mutation est fondamentale. Jusqu'à présent, la Cour de cassation récusait son propre pouvoir créateur préférant, en quelque sorte, avancer masquée. Ainsi, lorsqu'il lui était demandé de faire prévaloir la sécurité juridique en limitant dans le temps ses décisions de revirement, elle s'y refusait en des termes contribuant à entretenir la fiction contraire. D'où cette formule bien connue selon laquelle « la sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit<sup>10</sup> ». En prétextant que ses décisions n'avaient qu'un caractère déclaratif, la Cour de cassation niait son propre rôle, démarche d'humilité bien comprise. Pour vivre heureux... Cette fois, la Cour de cassation lève le voile : l'institutionnalisation d'un droit transitoire des revirements de jurisprudence marque la reconnaissance par la jurisprudence de sa propre existence. Elle reconnaît le pouvoir créateur de la jurisprudence, à l'égal de la loi.

Mais la Cour de cassation n'est pas le Parlement et ne dispose pas de travaux effectués dans des commissions spécialisées. Elle ne connaît pas le débat public qui précède la prise de décision et permet d'évaluer les solutions. L'obstacle ne saurait être négligé. Si elle prétend créer la règle, la Cour ne devrait-elle pas suivre une procédure propre non plus au jugement mais à la loi ? Dans cette perspective, la procéduralisation des choix jurisprudentiels, qui permettent de faire du droit jurisp-

9. Ass. plén., 21 décembre 2006, *Bull. ass. plén.*, n°15.

10. Parmi d'autres, voir Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, *Bull. civ.*, I, n°97 ; *D.*, 2000, 593, note Ch. Atias ; *RTDCiv.*, 2000, 666, obs. N. M. ; Civ. 3<sup>e</sup>, 2 octobre 2002, *Bull. civ.*, II, n°200 ; *D.*, 2003, 513.

dentiel un droit délibéré, pourrait sembler indispensable. D'où la tentation d'ouvrir le prétoire pour permettre aux intérêts en cause dans les décisions de principe de s'exprimer. Et voilà que se développe le recours à l'*amicus curiae*, que l'on justifie par la nécessité d'obtenir un éclairage sur des domaines qui débordent le juridique<sup>11</sup>.

94 Dans cette dernière étape, la jurisprudence tente ainsi de s'inventer les instruments de son institutionnalisation. Se prétendant source, elle doit en avoir les attributs et les moyens. Cette aspiration à changer de visage se manifeste encore par l'essor des avis, aussi bien ceux de la procédure officielle issue du décret du 15 mai 1991 que les avis informels que le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation s'est arrogé le pouvoir de délivrer, pour régler les difficultés soulevées par certains textes nouveaux<sup>12</sup>. En cherchant ainsi à s'exprimer sans attendre qu'un pourvoi ne l'ait saisie, la Cour de cassation entend ne pas être tributaire du temps de formation de la jurisprudence. Le besoin est bien concret : les opérateurs économiques réclament non pas un droit mûri mais des solutions auxquelles croire pour adapter leurs comportements. Le rythme de la vie économique n'est pas celui de la jurisprudence. La procédure des avis fait écho au propos tenu, il y a plus de trente ans, par le Premier président Bellet : « Les hommes d'aujourd'hui, submergés de textes et menacés de responsabilités de toutes sortes, ont besoin de savoir à l'avance la signification des lois... et ils sont gravement victimes de nos traditions procédurales qui les contraignent à attendre une contestation précise pour être enfin fixés sur leurs droits et leurs devoirs<sup>13</sup>. »

Suivant ce processus et contribuant à son enrichissement, l'activité doctrinale s'est nettement concentrée sur la jurisprudence. Cela fait bien longtemps que l'on n'enseigne plus le code civil ; désormais, on diffuse la jurisprudence. Les commentaires d'arrêts ont pris le relais des chroniques de législation. Les revues se nourrissent à satiété de décisions de justice. Un même arrêt peut être l'objet de dix, quinze,

11. Pierre Sargos, rapport sur Ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. ass. plén.*, 2001, n° 8, p. 19.

12. Le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation a eu recours à cette procédure informelle pour régler diverses difficultés soulevées par l'application de la loi de sauvegarde des entreprises et par celle du décret 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom.

13. Pierre Bellet, « Justice civile et désaffection des justiciables », in *Projet*, n° 65, mai 1972, p. 590 *sq.*, spéc. p. 596, cité par Bruno Oppetit, « Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois », *D.*, 1974, chron. p. 107, reproduit in *Droit et Modernité*, PUF, 1998, p. 137 *sq.*, spéc. p. 149.

vingt commentaires; les auteurs se jettent sur la jurisprudence avec avidité, jusqu'à « réserver » les décisions auprès des revues. Lesquelles, en se multipliant, viennent nourrir un phénomène qui nous conduit à l'asphyxie. La masse jurisprudentielle absorbe les hiérarchies. Tout est important mais rien ne compte. La publication systématique des arrêts de la Cour de cassation contribue à cette submersion.

Pour autant, les esprits ne sont sans doute pas prêts à laisser la jurisprudence se prétendre ainsi source pour être différemment régulée. La question même de savoir si la jurisprudence est ou non source de droit continue encore à diviser les esprits, dressant un pont entre la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et le début du XXI<sup>e</sup>, comme si nous vivions toujours sous l'ère révolutionnaire. Entre le début des années 1960 et la dernière édition de son Introduction en 2002, le doyen Carbonnier ne variera pas: « la jurisprudence n'est pas une source du droit civil ». Les arguments avancés pour récuser cette prétention à la normativité semblent comme invariables: « On aura beau, dans une jurisprudence, entasser les jugements couche sur couche, on n'aura jamais que des solutions particulières, sans rayonnement au-dehors, des accommodements, des arrangements de conflits individuels<sup>14</sup>. » Certains, nostalgiques du temps de Robespierre, continuent d'affirmer que la jurisprudence « n'est pas, et ne peut pas être par elle-même une source du droit », préférant fermer les yeux que de vivre leur droit et leur époque.

95

Philippe Malaurie, avec grande subtilité, pourra ainsi écrire que « la jurisprudence est donc une source de droit, tout en ne l'étant pas, bien qu'elle le soit. Tout cela n'est pas très clair. On ne sait plus si la source est autre que le ruisseau, le rayon autre que le foyer; il n'y a plus de sources supérieures ni de sources inférieures<sup>15</sup> ». Mais il y a bien des sources supérieures, et la première d'entre elles, on va le voir, a nettement contribué à l'évolution des rapports de la loi et de la jurisprudence.

## L'INFLUENCE DE LA CONSTITUTION DE 1958 SUR LES RELATIONS DE LA LOI ET DE LA JURISPRUDENCE

Dans les rapports entre loi et jurisprudence, la Constitution joue classiquement un rôle essentiel, puisqu'il lui revient d'imposer leurs fron-

14. Jean Carbonnier, *op. cit.* La phrase est inchangée entre 1962 et 2002.

15. Philippe Malaurie, *La Jurisprudence parmi les sources du droit*, Defrénois, 2006, art. 38352, spéc. p. 479.

tières respectives. C'est évidemment elle, nul ne l'ignore, qui garantit la séparation des pouvoirs sur laquelle repose la répartition des prérogatives entre le législateur, d'un côté, et le juge, de l'autre.

L'article 5 du code civil, au demeurant, est-il autre chose qu'un texte constitutionnel égaré dans la loi civile<sup>16</sup> ? C'est d'ailleurs la Constitution que l'on invoque pour récuser le statut de source du droit à la jurisprudence : « Si l'on considère le *jugement*, cellule élémentaire de la jurisprudence, écrit Carbonnier, on constate qu'il est enfermé dans un *statut constitutionnel destiné à l'empêcher de devenir règle de droit*. Tel est l'objet direct de l'article 5 du code civil, qui interdit formellement au juge de rendre, comme le faisaient les Parlements de l'Ancien Régime, des *arrêts* de règlement : c'est un corollaire du principe de la séparation des pouvoirs<sup>17</sup>. »

96

De la Constitution, le statut des juges est également, historiquement, souvent tributaire. Son ancrage constitutionnel dessine en creux, sous l'angle du pouvoir de juger, la place allouée à la jurisprudence. L'élection à temps des juges que la Constituante imposait marquait ainsi le refus de la jurisprudence. Quand le pouvoir de juger est constitutionnellement dépendant, la jurisprudence est empêchée. Ainsi, la Constituante cantonna les juges dans un pouvoir de juger étroitement borné : « les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction ».

La Constitution de 1958 fut évidemment attentive à la séparation des pouvoirs. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 l'imposa ainsi à la Constitution à venir<sup>18</sup>. Le texte constitutionnel, nul ne l'ignore, se contentera toutefois d'assurer l'indépendance d'une « autorité judiciaire », placée sous la garantie personnelle du président de la République. Point de pouvoir judiciaire, ainsi que le Conseil d'État le souhaite<sup>19</sup>. Sans doute faut-il souligner le rôle alors conféré au Conseil

16. Un « accident de l'histoire juridictionnelle française », soulignera B. Beignier, « Les arrêts de règlement », *Pouvoirs*, n°9, 1989, p. 45, spéc. p. 48. L'auteur rappelle d'ailleurs que la Commission appelée à réformer le code civil après-guerre proposa de ne pas reprendre dans le code la prohibition des arrêts de règlement pour la transporter dans la Constitution (voir *Avant-projet de code civil*, Sirey, 1<sup>re</sup> partie, Rapport préliminaire, p. 25).

17. Jean Carbonnier, *Droit civil*, 4<sup>e</sup> éd., n°32.

18. Paul Gaudemet, « La séparation des pouvoirs. Mythe et réalité », *D*, 1961, chron. 121, spéc. p. 122.

19. C'est à lui que l'on doit l'intitulé « De l'autorité judiciaire » qui sera retenu : voir Gilbert Mangin, « Titre VIII. De l'autorité judiciaire. Analyses et commentaires sous la direction de

supérieur de la magistrature, dont on assura qu'il était devenu le symbole de l'indépendance de la magistrature<sup>20</sup>.

Voilà pour le texte fondateur. Mais en un demi-siècle, les choses ont là encore considérablement changé. Des vicissitudes de l'article 64 de la Constitution au rôle finalement joué par le droit constitutionnel, la distance est considérable. À ce titre, il n'est sans doute pas nécessaire de retracer ici le phénomène de constitutionnalisation du droit, qui a conduit au changement de nature du droit constitutionnel mis en lumière par l'école néo-constitutionnaliste et son chef de file, Louis Favoreu. Mais il faut montrer combien cet essor du droit constitutionnel et l'extension du bloc de constitutionnalité ont pu influencer sur les relations entre la loi et la jurisprudence. L'évolution n'est toutefois pas achevée. Sous cet aspect, le cinquantième anniversaire appelle la réforme.

Il n'est pas douteux, en premier lieu, que le Conseil constitutionnel est devenu un acteur essentiel des relations entre la jurisprudence et la loi. Les décisions du Conseil ont contribué à renforcer la place de la jurisprudence ordinaire et, surtout, nourri le déclin de la loi. Dans la relation entre la loi et la jurisprudence, le Conseil constitutionnel a en effet pesé en faveur de la seconde, à l'encontre de la première. On pourrait le montrer en s'attachant aux décisions qui, à partir des années 1980, ont statué sur le fondement de la séparation des pouvoirs. Le Conseil constitutionnel a précisément eu à défendre l'interventionnisme croissant de la loi, face à l'autorité judiciaire<sup>21</sup>. La protection contre les lois de validation, que l'on a évoquée précédemment, y a trouvé un fondement constitutionnel. S'il apparaît que le Conseil a été

97

F. Luchaire et G. Conac », *La Constitution de la République française*, Economica, 1979, t. II, p. 767.

20. Pierre Hébraud, *Justice* 59, 1. *L'autorité judiciaire*, D, 1959, chron. p. 77, spéc. p. 78.

21. À partir d'une décision 80-119 DC du 22 juillet 1980, *JCP*, II, 19603, note Nguyen Quoc Vinh : « Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement ; qu'ainsi il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence. Mais considérant que ces principes de valeur constitutionnelle ne s'opposent pas à ce que, dans l'exercice de sa compétence et au besoin, sauf en matière pénale, par la voie de dispositions rétroactives, le législateur modifie les règles que le juge a mission d'appliquer ; qu'ainsi le fait que la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel intervient dans une matière ayant donné lieu à des recours actuellement pendants n'est pas de nature à faire regarder cette loi comme non conforme à la Constitution... »

plus tolérant que la Cour européenne des droits de l'homme sur les mêmes questions, il reste qu'à partir de là, la séparation des pouvoirs, invoquée jusqu'alors le plus souvent pour empêcher le juge d'empiéter sur le pouvoir législatif, montrait une autre face, sa face négative, consistant à freiner les initiatives législatives.

98 Au-delà, le contrôle de constitutionnalité pèse sur la légitimité même de la loi, devenue discutable puisque discutée. Le développement d'un contrôle de constitutionnalité des lois entraîne nécessairement une forme de mise en doute de la production législative. L'atteinte est directement consommée lorsque le contrôle porte sur la qualité même de la loi. Le Conseil constitutionnel a ainsi sanctionné des dispositions législatives « en raison de leur complexité excessive », affirmant que « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et "la garantie des droits" requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité excessive au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée »<sup>22</sup>. La consécration de l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, l'impulsion donnée à la codification à droit constant, le quitus donné pour le recours aux ordonnances sous couvert de simplification du droit sont ainsi autant d'éléments qui participent de cette mise à l'écart de la loi comme instrument d'édiction du droit. Il faut comprendre que la loi devient explicitement un risque d'insécurité juridique. C'est le temps du discrédit de la loi. Il faudrait être historien pour déterminer s'il y a déjà eu, dans notre droit, autant d'articles, d'études, de rapports, ayant pour objet de dénoncer l'instabilité législative, les malfaçons de la loi, son insécurité. La loi est devenue l'un des maux majeurs de notre droit. La jurisprudence, par effet retour, y puise son droit d'intervention.

Mais du côté du juge, précisément, qu'advient-il de cet essor du droit constitutionnel ? L'évolution n'est à l'évidence pas aboutie. Le juge administratif comme le juge judiciaire continuent à s'affirmer incompétents, depuis plus d'un siècle et demi, pour examiner la conformité d'une loi à la Constitution. Revoilà le principe de séparation des pouvoirs, puisqu'il est au fondement même de cette incompétence : le juge qui déclarerait la loi inconstitutionnelle serait considéré comme empiétant de façon illégitime sur l'exercice du pouvoir législatif.

---

22. Déc. 2005-530 DC du 29 décembre 2005.

La solution est toutefois bien singulière. Si les juridictions judiciaires et administratives refusent toujours de faire prévaloir la norme constitutionnelle sur une disposition législative qui lui serait contraire, une même réserve n'est plus de mise dès lors qu'elles appliquent une convention internationale. La Convention européenne, dont les droits qu'elle consacre sont bien souvent les mêmes que ceux protégés au niveau constitutionnel dans l'ordre interne, prévaut à l'encontre d'une loi qui lui serait contraire. À ce titre, un ancien premier avocat général à la Cour de cassation a montré comment, sous couvert de contrôle de conventionnalité, la Haute Juridiction procédait souvent, en réalité, à un contrôle de constitutionnalité honteux, puisque déguisé<sup>23</sup>. La solution est d'autant moins justifiée qu'elle revient, comme par transitivité, à prêter davantage d'effet au texte international qu'à la Constitution elle-même. L'incohérence structurelle que nourrit un système juridique qui, d'une part, fait prévaloir la norme constitutionnelle contre les lois qui sont aléatoirement déférées au Conseil constitutionnel et, d'autre part, empêche la même norme constitutionnelle de rayonner contre une autre loi n'est guère satisfaisante. Elle appelle sans doute la réforme, envisagée à diverses reprises ces dernières années, en vue d'une ouverture du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (voir l'article de Marc Guillaume dans ce numéro). Et, ce faisant, une évolution supplémentaire des relations de la loi et de la jurisprudence.

99

---

23. Michel Jeol, « Les techniques de substitution », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 69, spéc. p. 71 *sq.*

R É S U M É

---

*L'étude des rapports de la loi et de la jurisprudence constitue assurément l'un des thèmes favoris de la doctrine française. Ouverte aux publicistes autant qu'aux privatistes, aux théoriciens du droit comme aux praticiens, la réflexion sur leurs relations s'offre comme un objet inépuisable. 1958 ne constitue pas une date charnière dans les relations de la loi et de la jurisprudence. Toutefois, en cinquante ans, leurs rapports se sont profondément bouleversés. Le déclin de la loi et les mutations de la jurisprudence ont entraîné un bouleversement de leurs relations et ouvrent sur une nouvelle ère dans notre système juridique. Dans cette même période, l'avènement et l'essor du contrôle de constitutionnalité ont conféré à la Constitution un rôle nouveau. Dans ce contexte de constitutionnalisation du droit, elle est devenue un acteur des relations de la loi et de la jurisprudence.*