

En des temps où la loi est en crise, la jurisprudence semble plutôt bien se porter. Après avoir acquis droit de cité, elle conquiert aujourd'hui de nouveaux domaines et se fait plus audacieuse. Le droit constitutionnel, qui est resté très longtemps un droit purement codifié, est devenu un lieu de création prétorienne et bénéficie, de ce fait, d'un épanouissement inédit. La Cour de cassation se départit de manière audacieuse de son légendaire attachement aux textes en consacrant des principes généraux du droit que l'on croyait jusqu'alors réservés aux juges des pays de droit non codifié (1). Partout, l'image du juge se raffermi, jusques et y compris dans les systèmes juridiques qui avaient cru pouvoir l'écarter du champ de la création du droit. Outre que l'exacerbation des intérêts individuels augmente, par le développement du contentieux, la fréquence de sa saisine, le juge reçoit la mission de trouver seul les principes de son action à partir de notions peu contraignantes. Quand il est confronté à une règle rigide, il s'autorise à en moduler les contours, voire à en limiter l'application pour ménager l'équité (2) sans jamais être dominé par elle. Cette évolution confère à la pratique juridictionnelle un intérêt majeur autant dans le domaine de la connaissance théorique du droit (3) que dans celui de la pratique de l'art juridique.

Sans aller jusqu'à dire que le gouvernement des juges a succédé au règne de la loi, il n'est pas irréaliste d'affirmer que la jurisprudence occupe aujourd'hui une place majeure dans le système des sources du droit français. Au-delà des discussions relatives à son statut et à sa nature, la doctrine lui reconnaît une importance équivalente à celle de la loi. Pour atteindre ce degré de consécration, la jurisprudence a dû d'abord occuper des espaces non négligeables épargnés par la codification. Le droit administratif, on le sait, est, à l'origine, un droit purement prétorien, et si une réglementation florissante suggère qu'il ne l'est plus tout à fait (4), cette réglementation est si peu juridique qu'elle laisse encore au juge la responsabilité de construire la règle de droit (5). L'importance du juge, qu'il soit étatique, inter-étatique ou arbitral, est décisive dans cet

(1) V. « Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation », 16^e entretiens de Nanterre, J.C.P., éd. E., 1989, suppl. 5.

(2) J.D. BREDIN, « La loi du juge », *Mélanges Goldman*, 15.

(3) V. *Droits*, n° 9, « La fonction de juger ».

(4) D. LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *A.J.D.A.*, 1980.632.

(5) P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges Couzinet*, 329, n° 15.

océan de non-loi que constitue le droit international (1). Ce qui était moins prévisible lors de l'avènement des codes, c'était que la jurisprudence trouverait un terrain d'élection dans le droit codifié lui-même. Les monuments législatifs construits par Napoléon ont pu résister à deux siècles d'une des parties les plus mouvementées de l'histoire grâce à une adaptation et une transformation assurées par des juges sollicités en permanence par la clameur d'une réalité sociale fugitive.

En dépit de cette promotion, la jurisprudence demeure, pour l'essentiel, une *terra incognita*. Au nom d'une tradition législative vivace, elle est quasiment ignorée par les textes, voire par le droit prétorien lui-même. Curieux paradoxe, le succès de la jurisprudence ne repose sur aucun fondement institutionnel révélé. Cette vacuité donne lieu à un embarras et à une incertitude structurels. La pratique n'en souffre pas outre mesure si l'on en croit le fait qu'elle en est particulièrement friande. L'école l'enseigne avec autant de révérence que la loi. Toutefois, la doctrine lui destine des assauts périodiques, notamment lorsqu'elle ne partage pas ses choix ; elle n'hésite pas alors, pour mieux la pourfendre, à en appeler à la souveraineté de la loi et à renier le pouvoir prétorien du juge. L'incertitude du statut jurisprudentiel alimente de manière continue une théorie juridique déchirée qui fait de la question un morceau d'anthologie.

A cette confusion s'ajoute celle qui s'attache à la notion elle-même. La jurisprudence se réduit-elle à la pratique judiciaire envisagée comme une source potentielle de normes ou est-elle constituée par le précédent lui-même ? Tout précédent constitue-t-il de la jurisprudence ou faut-il réserver ce terme aux solutions ayant un certain degré de précision et d'abstraction (2) ? Toute juridiction est-elle habilitée à produire une jurisprudence ou faut-il n'admettre d'autre jurisprudence que celle des cours suprêmes en refusant d'utiliser ce concept pour désigner la pratique des juges inférieurs ? La jurisprudence a le charme — apprécié des non-initiés — des concepts flous et syncrétiques qui permettent de désigner plusieurs réalités à la fois sans identifier aucune d'entre elles de manière certaine.

La seule certitude que l'on peut avoir est que la jurisprudence existe, pour être aussi envahissante et palpable que la loi ; qu'elle participe au fonctionnement de l'univers juridique, forme des étudiants, inspire des juges et des législateurs, fonde des contrats. La jurisprudence doit peut-être à son omniprésence le fait d'être insaisissable. Il n'est pas exclu qu'il y ait là une entité trop fondamentale pour souffrir d'être réduite à une formulation dogmatique. L'hypothèse que la juridicité gît dans la juris-

(1) V. Ch. LEBEN, « La juridiction internationale », *Droits*, n° 9. 143.

(2) On trouve par exemple chez M. Saluden (*Le phénomène de la jurisprudence*, Thèse Paris, 1983 ; « La jurisprudence, phénomène sociologique », *A.P.D.* 1985.191) une recherche de la jurisprudence aux confins extrêmes de la pratique judiciaire.

prudence (1) est assez séduisante pour ne pas être a priori écartée. L'éventualité de traquer à travers elle l'essence du droit commande une vigilance à l'égard de ses représentations courantes. L'empirisme peut être dans l'étude de la jurisprudence une source d'égarement. Conduire cette étude sans recul par rapport au système juridique dans lequel s'inscrit son objet peut inspirer des constatations inexactes ou incomplètes. La perception du sociologue ou du technicien du droit subit l'influence d'a priori dictés par l'histoire de la jurisprudence et la philosophie politique qui est à la base de son intégration dans le système juridique français. Il n'est pas possible d'entreprendre de manière objective la connaissance de ce qui est réputé être une source du droit sans l'intégrer dans le système des sources dont elle participe ; l'analyse interne des sources du droit débouche sur une vision tronquée. Comme on l'a dit avec lucidité, on ne peut pas faire l'économie d'une ontologie juridique en matière de sources du droit (2).

L'étude de la jurisprudence ne peut oblitérer l'étape nécessaire et redoutable de la définition du droit, et l'affronter permet de comprendre tous les mécomptes qu'elle a pu provoquer. Elle passe surtout par la mise en évidence de la philosophie sous-jacente à la production du droit dans tout système juridique. Le droit français repose en entier sur l'idée de loi. Son mythe fondateur repose sur une émasculatation du juge au profit du pouvoir politique secrété par la nation. La jurisprudence est donc originellement une hérésie et sa réapparition n'a pas totalement cessé de l'être. A l'utopie panlégaliste excluant tout droit non écrit a succédé un retour à la réalité marqué par une hostilité persistante à l'égard de cette forme de droit. Nul ne songe aujourd'hui qu'il soit possible de s'en passer, mais après avoir été acclimatée dans un système hostile, la jurisprudence s'est retrouvée marquée au coin de la loi. Son statut — réel, bien qu'implicite —, en fait une dépendance, un prolongement de la loi. Le juge ne peut, en France, participer à l'élaboration du droit que dans la mesure où il interprète et respecte la loi. Son pouvoir, bien que réel, demeure dérivé et dépendant. Il n'a pas cessé, en fait, dans la philosophie des sources, d'être le porte-parole de la loi, même si tout le monde s'accorde à reconnaître qu'il existe une part d'artifice dans ce schéma. Toute décision de justice est donc exposée à un contrôle de conformité législative et toute création jurisprudentielle qui surmonte avec succès cette épreuve accède à la dignité de règle législative, hypothèse troublante qu'il va falloir vérifier. L'idée que le droit procède en entier de la loi n'est pas plus excessive que celle selon laquelle le droit procède

(1) J.L. VUILLERME, « L'autorité politique de la jurisprudence », *A.P.D.*, 1985.95 ; M. VILLEY, « Le droit dans les choses », in *Controverses autour de l'ontologie du droit*, sous la dir. de P. AMSELEK et Ch. GRZEGORCZYK, P.U.F., 1989, p. 20.

(2) Ch. PERELMAN, « Ontologie juridique et sources du droit », *A.P.D.*, 1982.23.

exclusivement de l'activité juridictionnelle. Ces deux formules totalitaires ont conduit les systèmes juridiques qui les ont adoptées à des artifices et à des concessions. *La common law*, qui repose sur la seconde, a dû satisfaire son besoin d'un droit formel uniforme et contraignant non seulement en acclimatant la loi, qu'elle pratique à petites doses, mais surtout en édifiant un système de précédents unifiés et obligatoires qui n'a pas grand' chose à envier à la technique législative. Tous les systèmes juridiques des pays modernes n'ont pu ni faire l'économie de l'élaboration d'un droit étatique contraignant, ni empêcher la production naturelle du droit non écrit. Les différences qui opposent ceux qui sont apparemment les plus opposés ne tiennent pas tant à leur système de sources qu'à l'ontologie juridique qui en constitue le fondement.

Celle du droit français influence profondément la théorie de la jurisprudence. Le droit des juges subit le joug de la loi non seulement dans son statut mais en outre dans sa conception. L'interminable discussion sur l'admission de la jurisprudence au rang des sources du droit découle du présumé législatif. Il faut se trouver dans un système où le droit est créé par la loi pour mettre en doute cette évidence dans nul autre système contestée que celui qui dit le droit crée des règles de droit. C'est l'utopie révolutionnaire du règne de la loi qui a fait oublier que le droit provient fondamentalement du procès. C'est encore un « légicentrisme » structurel qui conduit la doctrine à faire régulièrement le procès de la jurisprudence en posant la question insolite de sa valeur, et en y répondant généralement de manière négative, comme si le droit du juge était un mal nécessaire auquel il faut se résigner. C'est parce que la jurisprudence apparaît comme rivale de la source normale que constitue la loi qu'elle subit cette épreuve que l'on ne songerait pas à lui imposer si elle était la source principale du droit et dont, au demeurant, on dispense la loi. Le jugement dont elle fait l'objet ne peut être que négatif puisqu'elle est appréciée à l'aune de la loi alors qu'elle ne peut, par sa nature, qu'en différer. On l'aura compris, les rapports entre la jurisprudence et la doctrine sont eux aussi largement déterminés par la loi.

Il n'est jusqu'à la notion de jurisprudence qui n'ait apporté son tribut à la loi. Par une singulière alchimie de l'histoire, c'est le triomphe de la loi qui a provoqué au XIX^e siècle la réduction de la jurisprudence à la jurisprudence des tribunaux.

La loi est donc omniprésente dans la jurisprudence. Elle a influencé sa genèse (1^{re} partie), comme elle détermine, aujourd'hui, son statut (2^e partie).